

Foro FICP

2023-2

(Tribuna y Boletín de la FICP)

ForFICP
(abreviatura)

ISSN: 2340-2210
www.ficp.es

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático (emér.) de Derecho penal.
Universidad de Alcalá, Madrid. España.

Coordinadora General: Prof. Dra. D.^a Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz.
Secretaría del Patronato de la FICP. Socia y coordinadora.
Prof. Ayudante Doctora, acred. Prof. Contratada Doctora. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación general:

Prof. Dr. Dr. h. c. D. Javier de Vicente Remesal.
Presidente de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Vigo. España
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Miguel Díaz y García Conlledo.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho Penal. Universidad de León. España.
Prof. Dr. D. José Manuel Paredes Castañón.
Patrono fundador de la FICP. Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo. España.
Prof. Dra. D.^a Raquel Roso Cañadillas.
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal. Universidad de Alcalá, Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez.
Socio de la FICP. Prof. Contratado Doctor. Univ. de Alcalá, Madrid. España.

Coordinación técnica:

Prof. D. Enrique F. Luzón Campos.
Abogado. Máster en Derecho. Prof. de Derecho Penal en Master de Acceso a la Abogacía, Univ. Autónoma de Madrid. España.
D.^a Julieta Pellegrino Ruiz.
Investigadora de Derecho Penal y abogada. Buenos Aires, Argentina. Investigadora predoctoral en la Univ. de Alcalá, Madrid, España. Socia de la FICP.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

*La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su otra revista predominantemente interna, **Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)**, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, y desde entonces viene funcionando como revista cuatrimestral, por tanto con tres números al año.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, o de escritos profesionales suyos como sentencias, dictámenes o informes, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

*Quedan por tanto **invitados a participar** desde el número 2013-1 y siguientes **en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP**, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es **estudios o artículos, siempre ajustándose a nuestras Normas de Publicación, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias.***

*En Foro FICP, como vínculo de relación entre socios penalistas de todo el mundo, pero especialmente de los países latinos de Europa y América, **se admite la publicación en su idioma original** de trabajos redactados **tanto en español como en portugués o italiano.***

*Foro FICP es una revista **abierta al acceso libre** por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I.	TRIBUNA (para los miembros de la FICP)	6
1.	Estudios	6
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i>	6
	El consentimiento hipotético, una figura rechazable	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña</i>	27
	<i>Iter criminis</i> y actos preparatorios pluripersonales e individuales	
	<i>Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo.</i> 115	
	Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría	
	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado</i>	148
	Sobre límites constitucionales de la punición. Comentario a la acórdão N° 867/2021 del Tribunal Constitucional portugués	
	<i>Prof. Dr. Vittorio Manes</i>	159
	Sui vincoli costituzionali dell’interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della consulta)	
	<i>Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro</i>	177
	El papel del Derecho penal español ante las <i>fake news</i>	
	<i>Prof. Dra. Valentina Mongillo</i>	187
	La violencia di genere tra allarme sociale e rilettura costituzionalmente orientata	
	<i>Prof. Dr. Lucas Montenegro</i>	202
	La organización delictiva como persona ilícita. A su vez, una contribución sobre la interpretación del § 129 II StGB	
	<i>Prof. Dr. Alfonso Ortega Matesanz</i>	223
	Una aproximación a la regulación del concurso de infracciones en materia disciplinaria penitenciaria	
2.	Comentarios de jurisprudencia	229
	<i>Alfonso Allué Fuentes</i>	229
	El acceso al correo corporativo del trabajador y la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 LOPJ en la STS 56/2022, de 24 de enero	
II.	NOTICIAS DE LA FICP	236
1.	Congresos, seminarios y cursos	236
	(i) XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal.....	236
	(ii) XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal	237
2.	Publicaciones de la FICP	239
	(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario	239
	(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin.....	239
	(iii) <i>Liber-Amicorum</i> a Jürgen Wolter.....	240

(iv)	Actas de Congresos y Seminarios con ISSN.....	241
3.	Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP	242
(i)	Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo.....	242
III.	NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP	244
1.	Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos.....	244
(i)	Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado como Doctor <i>honoris causa</i> por la Univ. de Buenos Aires	244
(ii)	Homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo en la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina.....	245
(iii)	Obtención por la Prof. Dra. Marta García Mosquera de una plaza de Profesora Titular de Derecho Penal en la Univ. de Vigo.....	245
(iv)	Obtención por el Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED).....	246
(v)	Obtención del Doctorado por el Prof. Juan Carlos Cantillo Arcón	247
(vi)	Obtención del Doctorado por la Prof. Inés Molina Álvarez.....	248
2.	Publicaciones recientes de los miembros de la FICP	250
(i)	Miembros del Patronato	250
(ii)	Socios	255
3.	Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP.....	267
(i)	Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos	267
(ii)	Organización de seminarios, congresos y otros proyectos	273

I. TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Estudios

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

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

~El consentimiento hipotético, una figura rechazable*~

Sumario. I. Concepto y características del consentimiento hipotético. II. Tratamiento del consentimiento hipotético: 1. Apreciación como eximente, negando la imputación objetiva en el campo de la justificación. 2. Rechazo del consentimiento hipotético como eximente. a) Las razones de la doctrina mayoritaria para el rechazo. b) Posición propia sobre las razones fundamentales para el rechazo. 1) Improcedencia de un paralelismo con la falta de imputación objetiva en cursos causales hipotéticos por un riesgo elevado de lesión aun con la conducta alternativa lícita. 2) Producción automática de un resultado desvalorado si se realiza la intervención sin pedir un consentimiento informado al afectado que podía pronunciarse. 3) No exclusión del desvalor de la acción aun con una creencia fundada en que el afectado consentiría si se le pidiera debidamente. 4) Restantes objeciones. La diferente situación en Derecho civil. c) La restricción de las infracciones del deber de información solamente a las bastante relevantes para excluir la exención penal por no ser un consentimiento suficientemente informado, en lugar de la construcción del consentimiento hipotético.

I. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. En los últimos años del siglo XX la doctrina ha elaborado el concepto de “consentimiento hipotético”¹, tomándolo y trasponiéndolo del campo de la doc. y jurisprud. civilista alemana², para denominar en el campo del consentimiento, sobre todo en el ámbito del consentimiento informado en el tratamiento médico-quirúrgico (pero también

* El presente trabajo es un anticipo del apartado correspondiente, tras el consentimiento presunto, del Cap. 22 de mi Tratado de DP, PG, en preparación

¹ Comienzan a ocuparse de este fenómeno y utilizar la terminología consent. hipotético (*hypothetische Einwilligung*) ULSENHEIMER, NSTZ 1996, 132 ss.; RIGIZAHN, JR 1996, 72 ss.; KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; JR 2004, 227 ss. (y en Stratenwerth/Kuhlen, AT, 5.^a 2004/6.^a 2011, § 9/28), y monográficamente su discípulo DREHER, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003; PUPPE, GA 2003, 763 ss.; a partir de ellos paulatinamente la doctrina: cfr. bibl. cit. al final de este trabajo. ROXIN, no se ocupaba de esta constelación de casos en las tres primeras eds. de su AT I y sólo la trata en AT I, 4.^a, 2006, § 13/119 ss.; lo vuelve a tratar en su art. en medstra 2017, 119 ss.; y nuevamente ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/119 ss.

² Cfr. ampliamente sobre ese origen y trasposición del concepto desde la jurisprud. civil del BGH, por muchos, PUPPE, GA 2003, 763 ss.; InDret 2007-1, 2 ss.; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; BÖCKER, JZ 2005, 925 ss.; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.

se plantea en algún otro campo, como en la administración desleal³), a supuestos paralelos a los denominados cursos causales hipotéticos: se trata de casos en que el afectado, que podría hacerlo, no ha prestado un consentimiento válido a una actuación que le afecta (generalmente intervención quirúrgica o médica o alguna disposición de su administrador), o porque no ha prestado su consentimiento en absoluto para una intervención que se le practica al mismo tiempo que se le somete a otra que sí había consentido debidamente (o para una disposición del administrador sobre su patrimonio), o porque ha consentido pero de modo inválido, pues *no ha prestado el debido consentimiento suficientemente informado, pero* dadas las circunstancias de su enfermedad o situación etc. el médico (o el administrador), que sabe que no tiene el consentimiento informado y válido, parte de la base de que, *si se hubieran molestado en informarle de todas las circunstancias* de su caso y la necesidad o alta conveniencia de la intervención, habría posibilidades de que el afectado hubiera consentido

2. El grado de posibilidad ciertamente depende de la exigencia que se considere correcta para poder aplicar el *in dubio pro reo*⁴: para un posible planteamiento ciertamente restrictivo (del concepto y alcance del “consentimiento hipotético”), habría que requerir que el sujeto pasivo *con seguridad o con alta probabilidad habría consentido*; pero hay opiniones que van más allá y, haciendo el planteamiento inverso sostienen que la falta de consentimiento suficientemente informado “sólo fundamentará responsabilidad del médico por lesiones si el paciente no habría consentido en la intervención aun con una información suficiente”⁵, y por tanto consideran que la aceptación de un consentimiento hipotético que sería un *consentimiento eximente* de las lesiones, es aplicable *siempre que haya algunas posibilidades*, no ya seguridad ni siquiera

³ Cfr. p. ej. RÖNNAU, LK, II, 11.^a 2006, antes § 32/232; JAHN/ZIEMANN, ZIS 2016, 552 ss.; SCHMIDT, M., Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue, 2018, 201 ss. Ya lo aceptó la sent. OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374.

⁴ Igual que sucede en la discusión sobre la imputación objetiva o no en cursos causales hipotéticos con conducta alternativa hipotética lícita o conforme a Derecho: v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.^a 2016, 15/98 ss. Sin embargo, como considero totalmente incorrecta como veremos la concepción del consentimiento hipotético como eximente en el campo jurídicopenal, no merece la pena exponer en detalle ni lógicamente tomar partido sobre las diversas posiciones de quienes consideran preciso un determinado grado de posibilidades (seguridad, probabilidad o simple posibilidad) de hipotético consentimiento del afectado para que opere según ellos el *in dubio pro reo* excluyendo la responsabilidad penal por negar la imputación objetiva del resultado ilícito.

⁵ Así la sent. BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss. (35), y antes ya BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2. Similar la fórmula de BGH StV 2004, 373: no exención “si no se hubiera producido el consentimiento en caso de una información conforme a lo ordenado”, sentencia apoyada por RÖNNAU, NStZ 2004, 801. Son las fórmulas con las que se inicia el planteamiento de la cuestión del consentimiento hipotético en el tratado de Roxin, AT I, 4.^a, 2006, § 13/119 y n. 193 s., y ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/119 y n. 306 s.

probabilidad, *de que el sujeto pasivo hubiera consentido* la actuación si se le hubiera pedido dándole la información suficiente.

3. Lo que hace que estos supuestos difieran de los de consentimiento presunto es que en éstos el sujeto pasivo no podía prestar su efectivo consentimiento válido por no estar presente o por estar inconsciente o impedido, mientras que en los del consentimiento hipotético se puede perfectamente consultar al sujeto pasivo si presta o no su debido consentimiento informado y válido, y sin embargo el agente no lo ha hecho, infringiendo su deber de dar suficiente información y recabar el consentimiento informado⁶, con lo que actúa antijurídicamente⁷. Se parece en parte al consentimiento presunto en que en muchas ocasiones el autor –el médico, el administrador, en los casos de actuaciones en esos campos–, aunque infrinja consciente o inconscientemente su deber de previa información, no sólo actúa de buena fe en cuanto a la convicción de que el afectado realmente sí consentiría válidamente si con plena información se le pidiera, sino que esa presunción de hipotético consentimiento final del afectado puede ser objetivamente fundada y plenamente razonable, con lo cual, aunque sí tenga el dolo de conocer que el paciente realmente no ha consentido, cabría hablar –aun no siendo exacto– de que no habría “dolo” ni “imprudencia” respecto de la posibilidad de que *ex post* el afectado realmente no consintiera⁸. Pero en el consentimiento hipotético pueden darse casos de “dolo eventual” sobre esa posibilidad posterior cuando el médico se ha representado y acepta sin poderla excluir una posibilidad no desdeñable de que el afectado, si se le diera plena información (de riesgos o consecuencias secundarias), rechazara la intervención. Y también a diferencia del consentimiento presunto, en el hipotético pueden darse supuestos en que, aparte de ser ilícita la actuación inicial ya por no cumplir el deber de solicitarle al afectado su debido consentimiento informado que era posible, la creencia del agente objetivamente no sea plenamente fundada y racional y por tanto sea ya “imprudente” en

⁶ Así reiteradamente ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122 ss., 132; en contra, considerando que el consent. hipotético excluye la antijuridicidad, la sent. BGH StrV 2004, 377.

⁷ La doc. destaca que el que el paciente podía haber consentido o rechazado y no lo hizo marca una diferencia sustancial con el consentimiento presunto, donde el afectado no puede ser preguntado; cfr. p.ej. KUHLEN, JR 2004, 229 s.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/132; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379.

⁸ Utilizo aquí los términos dolo e imprudencia de modo provisional (y realmente inexacto), referidos solamente a la posibilidad de que el afectado al final no consintiera, prescindiendo de que la parte subjetiva del tipo, el auténtico dolo y la auténtica imprudencia tienen que referirse al tipo objetivo completo de ilícito o de injusto; es decir, sin entrar en la cuestión, que se aborda después, de si el hecho de que se compruebe que el afectado finalmente consentiría si se le hubiera pedido debidamente excluiría o no un hecho típico competo, consumado, que ya veremos que no es así.

cuanto a la posibilidad de que el afectado finalmente pudiera no dar su consentimiento si se le solicitara debidamente.

4. La aplicabilidad del pretendido consentimiento hipotético se ha planteado desde múltiples supuestos médicos reales debatidos ante los tribunales hasta casos imaginados por la doctrina: Baste citar como ejemplos de supuestos reales de graves infracciones tres de los primeros y más conocidos casos tratados en los tribunales penales alemanes. En la jurisprudencia penal alemana surgió la discusión en primer lugar en el llamado “caso Surgibone”, BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss.: un cirujano prefirió insertarle a seis pacientes un implante de material sintético llamado *surgibone* (*bone* en inglés = hueso, de la empresa Surgival) y al pedirles el consentimiento no les informó de la posible alternativa de un autoimplante óseo, pensando que, si les hubiera informado de esa alternativa pero diciéndoles que consideraba preferible el implante artificial, posiblemente habrían consentido, pero en este caso hubo problemas de cicatrización con el implante artificial, cuyo peligro habría sido menor con un implante óseo⁹. En el “caso del disco intervertebral” (2004)¹⁰ una cirujana, que había obtenido el consentimiento del paciente para operar un prolapso (abombamiento) discal mayor, en la intervención confunde el canal medular y elimina un prolapso discal menor, y, al darse cuenta posteriormente de su error, para no reconocerlo engaña al paciente diciendo que el prolapso mayor había experimentado una recidiva precoz y había que volver a operarlo, consintiendo el paciente en la segunda intervención, en la que la médico elimina el prolapso no operado, actuando además de modo bastante descuidado, y a continuación le dice al paciente que aprovechó para eliminar un prolapso menor; lo notable es que el BGH encargó a un nuevo juez que constatará si el paciente habría dado también su consentimiento hipotético a esa operación del prolapso mayor aun sabiendo que la cirujana se había equivocado en la primera operación. Y en el “caso de la punta de broca quebrada” (2004)¹¹, al operar un cirujano para estabilizar una articulación de húmero, se le rompe la broca quedando su punta insertada en el omoplato y no es capaz de extraerla, por lo que acaba la operación dejándola dentro, pero, al darse cuenta después de que ello

⁹ El supuesto se complicaba porque además en aquellas fechas el *surgibone*, que se implantaba normalmente en EEUU, aún no estaba autorizado en Alemania; y el BGH exigió que el nuevo tribunal sentenciador indagara si el paciente habría consentido el tratamiento con el implante *Surgibone* si hubiera sabido que en Alemania no estaba autorizado, y consideraba que, de no constatarse tal conformidad, debería aplicarse el *in dubio pro reo*.

¹⁰ *Bandscheibenfall*: BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.

¹¹ El *abgebrochene Bohrerstippen-Fall*: BGH 20.1.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 469 ss.

se vería en cualquier radiografía, para extraer la punta de la broca engaña al paciente diciéndole que es necesaria una segunda operación para estabilizar la articulación y obtiene así su consentimiento viciado; en este caso el BGH sostiene que no habrá absolución por consentimiento hipotético si se constata que el paciente no consentiría la segunda intervención si se le hubiera informado correctamente, y lo consideró probado por la posterior declaración del paciente afirmando que en ningún caso hubiese consentido¹². En cuanto a casos de infracciones no graves citaré dos: Primero el caso real “del trasplante de células hepáticas” (2011)¹³, en el que un paciente con cirrosis hepática rechazó por diversos motivos el tratamiento normal de un trasplante de hígado y eligió en cambio como su última tabla de salvación un trasplante de células hepáticas pese a haber poca experiencia en él, habiendo sido informado suficientemente de los riesgos, pero no a fondo de las ventajas de ese método, y acabó muriendo por complicaciones derivadas de la intervención; y aquí el tribunal no pudo llegar a la convicción de que el paciente habría negado su consentimiento en el caso de una completa información. Y de supuestos imaginados se puede citar uno planteado por ROXIN: un paciente con cataratas se somete a una operación del cristalino, a la que no hay alternativa, y la operación tiene éxito, pero el médico no le ha informado de los riesgos no graves de esa intervención, con lo que no hay un consentimiento plenamente válido, pero el paciente previsiblemente consentiría también aunque le hubieran informado de todos los riesgos¹⁴.

5. Pues bien, lo que se discute vivamente es si ese hipotético consentimiento (no prestado) puede o no excluir la responsabilidad penal, como sucede con el consentimiento o el consentimiento presunto cuando son eficaces, y por qué.

II. TRATAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO HIPOTÉTICO

1. **Apreciación como eximente, negando la imputación objetiva en el campo de la justificación**

Una posición, inspirada como hemos visto en la sostenida en el campo jurídico-civil, defiende el paralelismo con los cursos causales hipotéticos con la hipotética misma

¹² Frente a esta posición del BGH PUPPE, InDret 2007-1, 6, insistiendo en su tesis de que es imposible saber *ex post*, aunque se le pregunte, qué habría decidido el paciente si se le hubiera informado correctamente, objeta: “¿Pero cómo puede el paciente saber qué habría decidido si el médico, en lugar de engañarle de manera descarada y, además, estafarle posiblemente al pasar la cuenta, hubiese admitido apesadumbrado su error, le hubiese ofrecido una indemnización e, incluso, le hubiese expuesto las razones por las que la extracción del cuerpo extraño de su omoplato sería también en interés de su salud?”.

¹³ BGH 20.2.2013, NJW 2013, 1688 ss. Citándolo ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/131a.

¹⁴ Cfr. ROXIN, AT I, 4.ª, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.ª, 2020, § 13/120/121.

conducta alternativa lícita y su repercusión en la posible exclusión de la imputación objetiva del resultado: se sostiene que también en el consentimiento, ya sea causa de exclusión de la tipicidad o de justificación –según los casos o según las concepciones, aunque la intervención (quirúrgica o médica)¹⁵ la haya efectuado el agente sin tener previamente el consentimiento del afectado o sin haber dado la debida información suficiente y sin contar por ello en principio con un consentimiento eficaz, ha de existir, igual que para la imputación objetiva del resultado causado en caso de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, lícita, una conexión entre la infracción de la norma y deber de contar con un consentimiento informado y el resultado típico-ilícito que debe encajar en el fin de protección o evitación de dicha norma para que se le pueda imputar a tal infracción. Por ello se niega tal imputación del resultado de las lesiones en principio penalmente ilícitas a la infracción o vulneración de contar con un consentimiento suficientemente informado para efectuar la intervención en el hipotético supuesto de que el afectado (el paciente), pese a que no ha consentido o no eficazmente, si se le hubiera pedido su consentimiento previo o se le hubiera dado la debida información, con un grado equis de posibilidades –según la posición que se defienda– sí habría consentido en tal intervención, cosa que declara posteriormente el afectado al ser preguntado o con la que dadas las circunstancias del caso y del afectado podía contar el autor en el momento de la intervención; porque, se argumenta, en tal hipótesis la infracción de la norma y del deber de contar con consentimiento informado no se ha realizado en el resultado, éste no encaja en el fin o ámbito de evitación de la norma infringida, no se da la relación de imputación objetiva entre, por una parte, la no solicitud de consentimiento informado o la falta de información relevante cuando se pidió el consentimiento y, por otra, la realización de la intervención sin un consentimiento válido (o en todo caso penalmente eximente) del afectado, o, si se quiere formularlo de otro modo, en esa hipótesis el afectado sí habría dado un consentimiento informado, con lo que finalmente no habría un resultado ilícito. Y por tanto, con una u otra formulación, tal consentimiento hipotético opera como eximente de la responsabilidad penal (para unos como justificante, para otros como

¹⁵ O a una disposición de su patrimonio por el administrador, en los casos paralelos de administración desleal o apropiación indebida: v. *supra* I y n. 3. En toda la exposición que sigue hay que dar por sobreentendida junto a los supuestos más discutidos del campo médico también esta segunda posibilidad, pero parece preferible, para que no resulte fatigoso, no repetirla expresamente en cada ocasión.

excluyente de la tipicidad penal). Esta posición ¹⁶ ha ido aumentando en seguidores pero sigue siendo minoritaria.

2. Rechazo del consentimiento hipotético como eximente

a) Las razones de la doctrina mayoritaria para el rechazo

La doc. mayoritaria, no obstante, rechaza con razón que se aplique al campo del consentimiento y en el terreno médico quirúrgico al del consentimiento informado, sea causa de justificación o de atipicidad, paralelamente la construcción de la imputación objetiva ¹⁷, con diversos argumentos que a continuación se exponen:

1) No se puede afirmar, como hacen algunos, que si hubiera hipotético consentimiento del paciente ante una información correcta, desaparece la antijuridicidad

¹⁶ Posición iniciada en el ámbito penal por la jurisprudencia del BGH alemán: BGHR StGB, § 223 1 Heilangriff 2; BGH 29. 6.1995, NStZ 1996, 34 ss.; BGH, NStZ-RR 2004, 16 ss.; NStZ, 2004: 442; BGH 4.3.2004, StV 2004, 376 ss.; BGH, NStZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NStZ 2012, 205 ss.; BGH NJW 2013, 1688 ss. Y en la doc. KUHLEN, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; JR, 2004, 227; DREHER, M., Objektive Erfolgszurechnung, 2003, passim; ROXIN, AT I, 4.^a 2006, § 13/120 ss., aunque en 124 ss. defendiendo aquí su teoría del incremento del riesgo (pero posteriormente cambia de posición y rechaza el consent. hipotético en medstra 2017, 129 ss.); FREUND, AT, 2.^a 2008, § 3/44b-f; ROSENAU, FS-Maiwald, 2010, 691; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 107 ss.; GARBE, Wille und Hypothese, 2011, 243 ss.; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Imputación objetiva..., 2013, 291 ss.; El consentimiento en DP, 2014, 229 ss.; LH-Schünemann I, 2014, 231 ss., 243; HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung, 2013, 333 ss.; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 1.^a, 2013 a 3.^a 2022, § 5/138 ss.; SILVA SÁNCHEZ, ZIS 2014, 549 s.; BEULKE, medstra 2015, 72 ss.; MAGNUS, Patientenautonomie, 2015, 157 ss.; SCHMIDT, Die Rechtsfigur, 2018, 173 ss. y sobre admin. desleal 201 ss.; MURMANN, GK, 5.^a 2019, § 25/132. Con la fundamentación minoritaria de considerar que al final hay justificación del resultado, un resultado lícito, MITSCH, JZ 2005, 279 ss. (aunque mucho más restrictivo en trabajos posteriores: v. n. sig.).

¹⁷ Rechazando la figura como eximente de responsabilidad penal PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; Jura 2005, 682 ss.; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss., 207; RÖNNAU, LK, II, 12.^a 2006, 13.^a 2019, antes de § 32/231 s.; JuS 2014, 885; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung, 2006, 26; FS-Jung, 2007, 350 ss.; BOSCH, JA 2008, 71 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 191 ss.; FS-Beulke, 2015, 301 ss.; MedR 2019, 185 ss.; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 420 ss., 469 ss.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 163 ss., 180 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; ALBRECHT, Die "hypothetische Einwilligung", 2010, 499 ss.; OTTO/ALBRECHT, Jura 2010, 267 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 489 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss., 306 s.; JRE 24 2016, 263 ss.; SCHLEHOFER, FS-Puppe, 2011, 953 ss., 969 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1059 ss., 1064; ; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8 s.; SOWADA, NStZ 2012, 1 ss., 6 ss.; YAMANAKA, Kritisch-dogmatische Überlegungen, 2012, 236 ss., passim; CONRAD/KORANYI, JuS 2013, 975 ss., 983 ss.; ENGLÄNDER, en Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2.^a 2020, antes de § 32/27; FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; BERSTER, JA 2015, 914 ss.; HAAS, GA 2015, 147 ss., 159; PIZARRO WILSON, RDPUCV 2015-1, 97 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; ZABEL, GA 2015, 229 ss.; BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ292018, 1 ss.; STURM, Die hypothetische Einwilligung, 2016, 136 ss.; ROXIN, medstra 2017, 130 ss.; OLIVEIRA MOURA, LH-Costa Andrade I, 2018, 875 ss., 885 ss.; BECK, GdS-Tröndle, 2019, 395 ss.; GRECO, GA 2019, 684 ss.; HEINRICH, AT, 6.^a 2019, 7.^a 2022, nm. 478c; DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125 ss.; DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 379 ss.

de la conducta o lo ilícito o injusto del resultado¹⁸, porque el hecho es antijurídico al vulnerar la norma que prohíbe realizar una intervención médica sin consentimiento o sin adecuada información¹⁹, de modo que a lo sumo podría negarse la imputación objetiva del resultado ilícito²⁰. 2) Pero también es inaceptable la aplicación a estos supuestos de la teoría de la imputación objetiva, especialmente por la incorrección dogmática del paralelismo, ya que a diferencia de los supuestos de hipotética conducta alternativa lícita en vez de la real infractora de la norma, donde basta con suprimir mentalmente la infracción de la norma para que la misma conducta sea en principio lícita, en los de consentimiento hipotético no basta con suprimir mentalmente la falta de debida información, dado que una operación con debida información pero no consentida es ilícita, de modo que aquí habrá que añadir además un consentimiento a tal información para que la conducta inicial fuera una hipotética alternativa lícita²¹, o bien habría que admitir que la hipotética conducta alternativa lícita sería abstenerse de la operación, no operar, ya que no ha habido consentimiento eficaz, y entonces sí se habría impedido el resultado lesivo, lo que significará que sí ha habido nexo o conexión entre la infracción de deber y el resultado lesivo y por tanto no se puede negar tal conexión como afirma la teoría criticada²²; y además es peligroso extender y expandir el pensamiento de la imputación objetiva a otros terrenos²³. 3) Realmente el consentimiento hipotético actuará *a posteriori* cuando el afectado, que no emitió un consentimiento suficientemente informado en el momento de la operación, al ser preguntado después cuál habría sido su decisión si se le hubiera dado la información relevante y se hubiera pedido su autorización, responda que seguro o seguramente habría consentido, lo que simplemente es una encubierta ratificación posterior, un perdón, que a diferencia de en Derecho civil

¹⁸ Considerando no antijurídica la conducta las sents. BGH StV 2004, 376 ss. = JZ 2004, 799 (Bandscheibenfall: caso del disco intervertebral); BGH NSTZ-RR 2007, 340 ss.; BGH NSTZ 2012, 205 ss. (206); en la doc. MITSCH, JZ 2005, 279 ss.: justificación del resultado, resultado lícito; o BEULKE, medstra 2015, 67 ss., 73; consent. hipot. como causa de justificación independiente.

¹⁹ Así entre otros ¿???; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; medstra 2017, 130 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, 125.

²⁰ Planteamiento de ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/122; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/122, donde añaden que ello deja abierto en caso de dolo un posible castigo por tentativa.

²¹ Así la doc. mayor. cit. en n. 17; cfr. sobre los argumentos expuestos en el texto para el rechazo JÄGER, FS-Jung, 2007, 350 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 175 ss.; SOWADA, NSTZ 2012, 1 ss., 10; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/126.

²² Así JÄGER, FS-Jung, 2007, 351, 345 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung, 2009, 222; SWOBODA, ZIS 2013, 22.

²³ Así enérgicamente BÖSE, ZIS 2016, 497 ss.; REJ29, 2018, 1 ss.

no puede ser eficaz como eximente por buenas razones en Derecho penal²⁴. 4) Por ello esta figura, al prescindir de que no ha habido un consentimiento real suficientemente informado, en verdad es contraria, hostil del derecho de autodeterminación y libre decisión, de autonomía del paciente afectado, lo desprecia²⁵, “socava la autonomía del paciente”²⁶ y prescinde y desprecia, es decir, es tendencialmente contraria al deber de información médico²⁷ y por tanto al derecho de información del paciente para poder tomar una decisión de autorización sólo con un consentimiento bien informado. 5) Conceder eficacia eximente a ese consentimiento hipotético dejaría también en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto y sus requisitos, especialmente el de la subsidiariedad, porque ya no importaría el presupuesto de que no se pueda preguntar al afectado y éste no pueda manifestarse, sino que bastaría con la probabilidad de que el afectado, que sí podía pero no consintió o no válidamente por no solicitárselo debidamente, hubiera consentido si se le hubiera informado y pedido²⁸. 6) Para aceptar el consentimiento hipotético como eximente se pide una prueba apenas practicable, porque es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría en la hipótesis no sucedida de que se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información²⁹, lo que, como apunta alguna voz, esa imposibilidad se debe a que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes

²⁴ GROPP, FS-Schroeder, 2006, 207; FS-Jung, 2007, 354 ss.; WEBER, FS-Puppe, 2011, 1064; SOWADA, NSStZ 2012, 7 s.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125; similar DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 380. Solamente argumentando que lo que vale para excluir la responsabilidad civil no es válido para el enjuiciamiento jurídico-penal FRISTER, AT, 6.^a 2013, 9.^a 2020, 15/34 y n. 74. Indicando que son distintas las reglas de prueba en el Der. civil y en el penal, JANSEN, ZJS 2011, 483, 491; JÄGER, JA 2016, 474; ROXIN, medstra 2017, 133; HEINRICH, AT, 7.^a 2022, nm. 478c.

²⁵ Así PUPPE, GA 2003, 769; InDret 2007-1, 4; AT, 3.^a 2016, § 11/20; ZIS 2016, 366 ss.; ELDP 5 2017, 172 ss.; OTTO, AT, 7.^a 2004, § 8/134; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 182 ss.; GROPP, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; SICKOR, JA 2008, 14 ss.; MITSCH, FS-Achenbach, 2011, 302 ss.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 286 ss.; SOWADA, NSStZ 2012, 6 ss.; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 38 ss.; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 264 ss.; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 15/34; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125. Comparte esta crítica sólo parcialmente, dependiendo del concepto de autonomía del paciente vulnerada que se defiende dentro del determinismo o del libre albedrío) DÍAS LESTON, FS-Sancinetti, 2020, 254 ss.; ADPCP 2022, 729 ss., 743 ss.

²⁶ En palabras de SALIGER, FS-Beulke, 2015, 265.

²⁷ En este sentido ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125.

²⁸ Objeción en MITSCH, JZ 2005, 282; DUTTGE, FS-Schroeder, 2006, 184, n. 49; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 100; ALBRECHT, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 346 ss.; JANSEN, ZJS 2011, 486; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 370; SWOBODA, ZIS 2013, 26; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/132. Lo reconoce el defensor del consent. hipotético KUHLEN, FS-Roxin, 2001 347; JR 2004, 227, 229 s.

²⁹ Así PUPPE, InDret 2007-1, 6 s.; ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s.; SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 285 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/125.

de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información³⁰.

b) Posición propia sobre las razones fundamentales para el rechazo

1) Improcedencia de un paralelismo con la falta de imputación objetiva en cursos causales hipotéticos por un riesgo elevado de lesión aun con la conducta alternativa lícita

A mi juicio, además de por tales razones, el **motivo fundamental (y realmente el primero) del rechazo**³¹ debe ser éste: la aceptación como nueva eximente de un hipotético consentimiento que posiblemente o seguro habría prestado el afectado, que sin embargo no lo ha prestado o no lo ha prestado con la debida información, parte de una base totalmente errónea: la de que se puede aplicar en este campo la construcción de la no imputación objetiva del resultado a la conducta peligrosa incorrecta en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita, *por ver un paralelismo total con ella*. En efecto, el BGH³² afirma, con el seguimiento de parte de la doc. como hemos visto, respecto de intervenciones quirúrgicas ciertamente consentidas pero con un consentimiento no suficientemente informado que “desde el punto de vista de la idea del fin de protección queda excluida la punibilidad de un médico por insuficiente información al paciente si como consecuencia de una intervención efectuada con consentimiento del paciente *se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección* del deber de información vulnerado”(cursiva añadida). Sin embargo, **tal paralelismo con la posible falta de imputación objetiva del resultado en los cursos causales hipotéticos** ante una eventual conducta alternativa lícita **es totalmente improcedente por inexistente**. En efecto, en los cursos causales hipotéticos con hipotética conducta alternativa lícita hay una conducta peligrosa que, al infringir de modo imprudente o doloso (eventual normalmente) una norma sobre la forma de realizarla, por definición implica un riesgo o peligro –no seguridad– de lesión mayor que si la conducta observara la norma y para ver

³⁰ Todo esto lo subraya PUPPE, InDret 2007-1, 7, añadiendo que a esa imposibilidad no se le puede aplicar el *in dubio pro reo*; similar en ZIS 2016, 367; ELDP 5 2017, 175 s. Siguiéndola SCHLACK, RDUCN 19-2 2012, 284 ss.; InDret 2015-4, ExLibris 8.

³¹ Y sin embargo, en la doc. mayor. contraria a la figura del consentimiento hipotético no se maneja, por lo que alcanzo a ver, esta argumentación en los puntos clave que expongo a continuación: sí que hay autores (cits. *supra* en las n. 21-23) que niegan la aplicabilidad del argumento de la falta de imputación objetiva por hipotética conducta alternativa lícita al consentimiento hipotético, pero por las razones expuestas *supra* II.2 a2), y no por las razones que seguidamente desarrollo en el texto.

³² Así sent. BGH 29.6.1995, NStZ 1996, 35.

si hay o no imputación objetiva del resultado a la conducta peligrosa se examina si en el resultado se ha realizado o no ese concreto riesgo superior cuando se detecta la posibilidad, probabilidad o casi seguridad que el mismo resultado se hubiera producido aun sin infringir esa norma, por tanto con una hipotética conducta lícita. Pero en estos casos de consentimiento hipotético es **erróneo y absurdo plantear que la infracción del deber** (médico) **de información** suficiente para el consentimiento **o incluso** la infracción ya de plano del deber **de pedir el consentimiento** al paciente **suponga un riesgo o peligro**, pero sin seguridad, **de** que se produzca **un eventual desvalor del resultado** (en una intervención quirúrgica, de un resultado no atípico o no justificado de lesión de su integridad física unida al peligro de cualquier operación). Porque aquí el núcleo de la cuestión no es un curso causal por definición inseguro con distancia temporal entre la acción peligrosa infringiendo una norma y un posterior eventual resultado lesivo, sino que **la infracción de la norma que exige contar con el consentimiento y suficientemente informado** del afectado en una intervención médica supone **simultáneamente y con seguridad eo ipso en el mismo momento de la intervención** no consentida o con un consentimiento viciado e inválido **la producción de un resultado desvalorado**: la exclusión de la eximente (sea por exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad) que requiere la prestación de un consentimiento eficaz por el paciente afectado que estaba presente y en condiciones de otorgarlo o denegarlo.

2) Producción automática de un resultado desvalorado si se realiza la intervención sin pedir un consentimiento informado al afectado que podía pronunciarse

El **desvalor del resultado** de una intervención quirúrgica que pese a su potencialidad curativa futura actualmente supone una merma mediana o importante de la integridad física unida a los riesgos mayores o menores incluso para la vida de toda intervención quirúrgica, cuando no consiente o no con suficiente información el afectado por ella con capacidad para decidir asumirla o rechazarla, **ya se ha producido en el momento mismo de tal intervención no consentida debidamente**³³, y además el autor en estos casos normalmente sabe que falta tal consentimiento, o incluso engaña al paciente

³³ Salvo en los casos de estado de necesidad o consentimiento presunto por incapacidad del afectado para pronunciarse.

sobre lo que va a hacer, con lo que actúa dolosamente³⁴. Y ese *resultado lesivo desvalorado, antijurídico ya producido* seguro con la propia intervención no eficazmente consentida *no se va a excluir ni desaparecer porque con posterioridad, ex post se pregunte al afectado* dándole toda la información que no tuvo si, en caso de habersele dado la información y pedido su consentimiento antes de la intervención habría consentido *y el afectado responda tras pensarlo que es posible, probable o seguro que hubiera consentido*; ni siquiera la respuesta posterior de seguridad podría eliminar el resultado desvalorado e ilícito de la intervención que realmente no fue consentida o no debidamente, porque, como hemos visto, *ello equivaldría a una ratificación o consentimiento posterior, es decir a un perdón del afectado, que a diferencia del terreno de la responsabilidad civil en el campo penal es irrelevante* en la inmensa mayoría de los delitos³⁵ (v. *supra* II.2 a3); y con mayor razón no eliminaría ese resultado desvalorado la respuesta de simple posibilidad o probabilidad de haber consentido en tal hipótesis.

Por consiguiente, no se puede argumentar, como hace la extrapolación del criterio de la imputación objetiva a este ámbito, que hay que examinar si el riesgo de la infracción de la norma, y de su deber de contar con el consentimiento debidamente informado en la intervención, se ha realizado o no en un resultado lesivo desvalorado por la falta de consentimiento –lo que significa que un riesgo incierto y futuro más adelante, es decir con el curso de los acontecimientos se puede realizar o no– y que encajaría con el fin de evitación de la norma y su consiguiente deber. Cuando se afirma como el BGH que puede haber casos en que en una intervención efectuada con consentimiento pero no suficientemente informado del paciente “se realiza un riesgo que no cae en el ámbito de protección del deber de información vulnerado”, se está *entendiendo incorrectamente la finalidad (y ámbito) del deber* que impone *la norma de contar con consentimiento y suficientemente informado* para la intervención *como si significara* que esa norma y su deber tienen *la finalidad de evitar el riesgo de que*, al no obtener el consentimiento suficientemente informado de un sujeto, *sea un paciente que* por sus características y las del caso *sea previsible o probable que* (preguntado después, declare que) *no habría consentido* si se le hubiera pedido a tiempo el consentimiento o se le hubiera dado la suficiente información sobre el alcance y riesgos. Y por tanto, se está *concibiendo*

³⁴ A no ser que por error creyera contar con consentimiento suficientemente informado, lo que supondrá actuación imprudente, salvo en algún raro supuesto de error objetivamente invencible en la presencia del consentimiento, que supondría un caso fortuito.

³⁵ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/115.

equivocada e inadmisiblemente el fin de protección y evitación como si el deber impuesto por la norma de pedir un consentimiento suficientemente informado *no pretendiera evitar el riesgo* cuando se trate de *pacientes e intervenciones en que por sus características sea probable o posible que el afectado habría dado el consentimiento que no dio si se le hubiera solicitado* con toda la información necesaria; y se está entendiendo aquí que el riesgo preocupante para la norma sería el de que el paciente, preguntado después, declare que seguro o probablemente no habría consentido. Ya hemos visto que eso no es así en absoluto, sino que el fin de evitación del deber de solicitar un previo consentimiento suficientemente informado es el de impedir en todo caso, sin distinción de características del sujeto etc., que se produzca seguro con la propia operación no consentida o con un consentimiento viciado por falta de suficiente información el resultado ilícito, jurídicamente desvalorado, de que algo tan relevante o incluso grave como una merma o incluso pérdida parcial de la integridad corporal unida a un riesgo ulterior para la integridad o vida, por mucho que tenga potencialidad curativa final, se le haya practicado sin que haya sido asumido por la libertad de decisión del paciente al respecto.

3) No exclusión del desvalor de la acción aun con una creencia fundada en que el afectado consentiría si se le pidiera debidamente

Por ello, *menos aún* puede eliminar ese desvalor del resultado y su correlativo desvalor de acción doloso o imprudente *la creencia ex ante más o menos fundada del médico* al actuar sin el debido consentimiento *de que lo hace con un paciente que posible o probablemente o incluso seguro también consentiría* en la intervención si se le hubiera solicitado debidamente informándole de todo lo negativo, declare lo que declare posteriormente el paciente consultado; esta creencia fundada a lo sumo excluiría el desvalor de la acción (lo que ciertamente sería suficiente para excluir la antijuridicidad o según los casos la antijuridicidad penal típica). Ahora bien, sucede que esa **exclusión del desvalor de la acción** suficiente para la exención **sólo se puede admitir en el consentimiento presunto**, y ello únicamente porque –ciñéndonos ahora a los casos más normales de causa justificante–, estando **ausente o en situación de inconsciencia o incapacidad el afectado y no pudiendo por tanto éste consentir o rechazar** (el requisito esencial de la subsidiariedad en el consentimiento presunto), el ordenamiento considera adecuado, o en una situación de necesidad o aun sin ella en una situación es que es plenamente normal colegir por su comportamiento anterior etc. que el afectado

permitiría la intromisión en su bien jurídico, autorizar el riesgo permitido de actuar con una presunción jurídica de consentimiento por la creencia objetiva y racionalmente fundada *ex ante* de que el sujeto pasivo incapacitado para manifestarse consentiría si pudiera hacerlo³⁶; y ese riesgo permitido excluyente de todo desvalor jurídico de la acción se concede precisamente porque se quiere dar el mayor valor a la eventual voluntad de disposición del afectado si hubiera sido posible cuando no pudo manifestarla, pero nunca cuando el afectado sí podía manifestarse válidamente, es decir, *nunca prescindiendo del real rechazo o consentimiento suficientemente informado del* (paciente) afectado cuando sí podía expresarlo y no se contó con ello, es decir, realmente *de modo opuesto a –no permitiendo– la posibilidad de decidir del afectado*, que es lo que ocurre en el “consentimiento hipotético”, donde en la mayoría de los casos el médico obra sabiendo que no cuenta con el debido consentimiento, ocultando datos relevantes, incluso engañando al paciente (como en los citados casos del prolapso del disco intervertebral y el de la punta de broca quebrada: v. *supra* I.4), y en todo caso despreciando la ausencia de consentimiento suficientemente informado de éste.

4) Restantes objeciones. La diferente situación en Derecho civil

Una vez fundamentados detenidamente estos motivos esenciales para rechazar la figura del consentimiento hipotético y su pretendida eficacia eximente, ello repercute también en una mejor base o fundamentación para la mayoría de las razones del rechazo aducidas por la doc. mayor, cobrando por tanto a mi juicio mayor fuerza por su fundamentación más completa las objeciones de que ese consentimiento no puede eliminar la antijuridicidad o ilicitud de la conducta, ni del resultado, de que no puede haber paralelismo con la no imputación objetiva en los casos de hipotética conducta alternativa conforme a Derecho, de que el consentimiento hipotético operará como una declaración de conformidad o ratificación del afectado tras el hecho no consentido y sería por ello solamente un perdón ineficaz en Derecho penal, distinto del Derecho civil, y de que es una figura en gran medida hostil y que desprecia la autonomía y autodeterminación del afectado y su derecho a una suficiente información para decidir y correlativo deber de información (médica). La objeción de que tal figura deja en gran medida sin aplicación al consentimiento presunto, por su parte, complementa la crítica aquí efectuada a que se

³⁶ Sobre la ponderación de los intereses en tal caso v. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 3.ª 2016, 22/122. Sobre los casos de consentimiento presunto cuya justificación descansa sobre la idea de riesgo permitido cfr. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 377, 398 s.

prescinda de la imposibilidad de manifestarse del afectado, o sea de la subsidiariedad. En cambio, el argumento de que, dado que no estamos ante cursos causales naturales de estados de cosas, regidos por las leyes de la causalidad natural, sino ante el pronóstico de qué decidiría un ser humano libre si se le hubiera pedido su consentimiento y dado la suficiente información, es prácticamente imposible saber, incluso para el propio afectado, y pronosticar qué decidiría, aunque ciertamente sirve para destacar la diferencia y no paralelismo con los cursos causales hipotéticos, no es decisivo para rechazar la eficacia exigente del consentimiento hipotético: pues aunque haya casos en que sí se pueda efectuar un juicio de probabilidad razonable de lo que habría hipotéticamente decidido el afectado³⁷ (igual que en otros supuestos de comportamiento humano objetivamente previsible dadas las circunstancias, lo que por cierto indica que será muy difícil, pero no imposible), ello es irrelevante, como hemos visto, ya que lo que cuenta es que incluso un probable consentimiento hipotético no puede eliminar el resultado desvalorado e ilícito que supuso la intervención sin obtener un consentimiento suficientemente informado del afectado que estaba en perfectas condiciones de prestarlo o denegarlo.

c) La restricción de las infracciones del deber de información solamente a las bastante relevantes para excluir la exención penal por no ser un consentimiento suficientemente informado, en lugar de la construcción del consentimiento hipotético

Hay que advertir de que la vía correcta de tratamiento de los supuestos de obtención de un consentimiento del paciente no plenamente válido jurídicamente por una infracción ciertamente, pero no grave, del deber médico de información no puede ser acudir entonces para eximir de responsabilidad penal al recurso del consentimiento hipotético. En efecto, se puede sentir la propensión a considerar lógico recurrir al consentimiento hipotético para excluir la responsabilidad penal del médico en casos de infracciones u omisiones leves, no muy relevantes, de toda la debida información médica al afectado o su representante, como ocurre en los ejemplos cit. *supra* I.4 del trasplante de células hepáticas, donde se informó debidamente al paciente de los riesgos, pero no suficientemente de las ventajas de ese método frente al trasplante hepático, o el del caso de operación de cataratas, donde el único fallo consiste en no informar al paciente de los riesgos no graves de esa intervención. Y se puede sentir esa inclinación porque, como el

³⁷ Tb. DE VICENTE REMESAL, en Borja Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 387, destaca que la conclusión que extraiga el médico sobre el consentimiento presunto del paciente no ha de regirse por las reglas o criterios generalizables sobre lo médicamente correcto o razonable en esa situación, sino por la voluntad presunta del paciente, que también puede ser no razonable objetivamente.

fallo de información ha sido tan poco trascendente, nada grave, y en la operación de cataratas además no había otra alternativa para recuperar la visión, es prácticamente seguro que el paciente también habría consentido si se le hubiera dado toda la información omitida³⁸. Lo que ha ocurrido, sobre todo en la discusión alemana, es que la jurisprudencia y la doctrina civil había ido aumentando paulatina y a veces exageradamente, sobre todo si ello se pasa al campo penal, las exigencias para considerar plenamente cumplido el deber de una información médica completa y por ello para un consentimiento plenamente informado y válido del paciente, y por eso se recurrió por muchos al consentimiento hipotético como vía de compensación, pero, como se ha dicho certeramente, no es adecuado querer corregir un primer fallo con un segundo fallo o equivocación³⁹. Pues ya hemos visto detenidamente que y por qué el consentimiento hipotético no puede operar como exclusión de la imputación objetiva del resultado o como eximente de responsabilidad penal, de modo que ese no puede ser el camino correcto. Frente a esa vía errónea son muchas las voces que defienden con razón que la solución correcta es en el ámbito jurídico-penal la restricción, de modo autónomo y no estrictamente accesorio del jurídico-civil⁴⁰, de qué es una infracción del deber de información tan grave que jurídicamente impida que el consentimiento prestado sea eficaz como eximente (excluyente de la tipicidad penal) en vez que querer solucionarlo con el consentimiento hipotético⁴¹.

Lo correcto en el campo de la responsabilidad penal es efectivamente **interpretar con carácter general en el consentimiento real restrictivamente las infracciones del**

³⁸ Así formula inicialmente ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/120; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/120/121 en el caso de las cataratas planteado por él que puede parecer lógico acudir en ese caso al consentimiento hipotético y negar la imputación al fallo en la información, pese a que en la 4.^a ed. él defendía otra solución (la de su criterio del incremento del riesgo) y a que ya en medstra 2017, 129 ss. y en la 5.^a ed., § 13/125 ss. rechaza frontalmente el consentimiento hipotético.

³⁹ Así ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128, tras destacar el origen del problema en las excesivas crecientes exigencias de la jurisprudencia civilista sobre el deber de información, generando como vía de compensación el recurso al consentimiento hipotético.

⁴⁰ Destacándolo, SICKOR, JA 2008, 11 ss.; JR 2008, 179 ss., 182; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung, 2009, 471 ss.; ALBRECHT, Die "hypothetische Einwilligung", 2010, 507 ss.; SOWADA, NStZ 2012, 10; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, 2014, 51 ss., passim; SALIGER, FS-Beulke, 2015, 257 ss., 269 ss.; STERNBERG-LIEBEN, FS-Beulke, 2015, 299 ss., 306 ss.; MedR 2019, 185 ss., 190 ss.; GRECO, GA 2019, 684 ss., 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128.

⁴¹ En este sentido STERNBERG-LIEBEN, StV 2008, 193; FS-Beulke, 2015, 299 ss.; MedR 2019, 190 s.; EISELE, FS-Strätz, 2009, 181 s.; RENZIKOWSKI, FS-Fischer, 2010, 365 ss., 377 s.; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung, 2010, 142 ss.; SWOBODA, ZIS 2013, 31 s.; KRÜGER, FS-Beulke, 2015, 137 ss., 146; medstra 2017, 18; ROXIN, medstra 2017, 119 ss.; GRECO, GA 2019, 699; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128-128 b; y los demás cits. en n. anterior: SICKOR, EDLBAUER, ALBRECHT, SOWADA, GAEDE, SALIGER. Algunos reflejan esta posición ya en el título de su trabajo, como GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung (Derecho penal médico limitadamente accesorio en vez

deber de información capaces de excluir la eficacia como eximente penal del consentimiento no plenamente informado, considerando que *ello no sucede si solamente ha habido una omisión o infracción leve del deber de información*⁴². Como ya he expuesto en general para el consentimiento informado⁴³, igual que parece lo correcto para otros posibles vicios de consentimiento, a mi juicio **no todo vicio o defecto, por pequeño que sea, de la debida información médica va a excluir la exención penal**, sino que hay que distinguir: a) *Para* un consentimiento plenamente válido también jurídico-civilmente que sea *causa de justificación (o incluso* haya adecuación social y jurídica como *causa de atipicidad de entrada* por exclusión evidente de todo indicio de ilicitud) el consentimiento sí *ha de ser plenamente informado* según la capacidad del paciente. b) Ahora bien, un *consentimiento no plenamente informado por alguna deficiencia o carencia no grave de toda la debida información*, p. ej. por no explicarle que una concreta operación muy conveniente y poco peligrosa pese a todo tiene un porcentaje de riesgo bajo por la anestesia o posibles complicaciones, pero que, pese a esa infracción del deber de información –que ya supone antijuridicidad y excluye por tanto la justificación y la atipicidad de entrada cuando no hay indicio de ilicitud–, sí es un consentimiento lo *suficientemente informado* para que el paciente *comprenda lo esencial* del alcance y repercusiones de esa indicada intervención médica o quirúrgica con merma inicial o perdurable de su integridad y por ello *el hecho no puede tener gravedad suficiente para constituir un ilícito penal* típico (un delito de lesiones): estará amparado por un consentimiento como *causa de exclusión (sólo) de la tipicidad penal (o del ilícito penal)*, aunque por esa infracción no grave del deber de información la intervención médica ciertamente será extrapenalmente ilícita, generando como *posible ilícito civil* deber de indemnización de perjuicios y sobre todo, lo que es más importante, un *ilícito*

de consentimiento hipotético), SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht (Alternativas al consentimiento hipotético en el DP), o en dos de los trabajos de STERNBERG-LIEBEN, ...Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung (Reducción de la carga de la información en lugar de consentimiento hipotético), y Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht (Restricción de la responsabilidad penal a una vulneración grave y de peso del deber médico de información). Sobre los criterios concretos de varios de ellos cfr. la exposición de ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/128a, donde en nm. 128 b sostiene el criterio, propuesto ya por ROXIN, medstra 2017, 135 ss., y GRECO, GA 2019, 697, del “conflicto de decisión” del paciente con razones a favor y en contra para rechazar una operación como situación en que no habrá eximente.

⁴² Efectivamente, a diferencia de las operaciones efectuadas totalmente sin consentimiento del afectado, donde no cabe distinción posible, en los casos de consentimiento pero con defectos de la debida información sí cabe distinguir según que los fallos o vicios de información sean graves o claramente leves. Sobre la diferenciación entre intervención sin consentimiento e intervención con vicios de información, DE VICENTE REMESAL, en Borja/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, 2022, 381-384.

⁴³ Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, 22/100.

disciplinario médico que puede sancionarse en ese ámbito por incumplimiento aunque no grave de la normativa legal y de la *lex artis* médica sobre el deber de contar con un consentimiento plenamente informado. Así pues, serán solamente las faltas o carencias o deficiencias de información médica completas, esenciales o al menos graves sobre el alcance, repercusiones y riesgos de la intervención las que excluirán la eficacia penalmente exigente del consentimiento. Por consiguiente, con esta interpretación restrictiva de los fallos de información que impiden un consentimiento suficientemente informado como exigente excluyente de la tipicidad penal, en los supuestos de infracciones leves del deber de información como en los citados casos del trasplante de células hepáticas sin información suficiente de las ventajas del método o de la operación de cataratas sin informar de sus riesgos no graves no hace ninguna falta acudir a la errónea figura del consentimiento hipotético para llegar al resultado satisfactorio de admitir pese a esos fallos no graves un consentimiento suficientemente informado eficaz como tal exigente penal.

Bibliografía: ALBRECHT, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2010; BECK, Was ist das Hypothetische an der hypothetischen Einwilligung, GdS-Tröndle, 2019, 389 ss.; BERSTER, Leber oder Leben, JA 2015, 911 ss.; BEULKE, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra 2015, 67 ss.; BIRNBACHER, Vulnerabilität und Patientenautonomie – Anmerkungen aus medizinethischer Sicht, MedR 30 2012, 560 ss.; BÖCKER, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, 925 ss.; BOSCH, Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA 2008, 70 ss.; BÖSE, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS 2016, 495 ss.= ¿Exclusión del injusto a través de disposiciones hipotéticas del bien jurídico protegido? Sobre la relación de los requisitos formales y materiales de la justificación, trad. Schurmann Opazo, REJ 29, 2018, 1 ss.; BRAUER, Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; CHUAN-CHING, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, München, Utz, 20119; CONRAD/KORANYI, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht ..., JuS 2013, 975 ss.; CZEMPIEL/MUGLER, Speiseröhren-Fall. Die hypothetische Einwilligung, FAMOS 2012/9, 1 ss.; DIAMANTI, Scriminanti incomplete e giudici controfattuali, Torino, Giappichelli, 2019; DIAS LESTON, L., Hypothetische Einwilligung und Patientenautonomie. Eine analytische Rekonstruktion der Debatte, FS-Sancinetti, 2020, 253 ss. = Consentimiento hipotético y autonomía del paciente. Una reconstrucción analítica del debate, ADPCP 2022, 729 ss.; DÖLLING, Gerechtfertigter Behandlungsabbruch und Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZIS 2011, 345 ss.; DREHER, M., Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, Aachen, Shaker, 2003; DUTTGE, Die “hypothetische Einwilligung” als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, FS-Schroeder, 2006, 179 ss.; EDLBAUER, Hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, Hamburg, Dr. Kovac, 2009; EISELE, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern: § 223, § 26 StGB: Mangelnde ärztliche Aufklärung; Unwirksamkeit der Einwilligung; Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung; BGH, Beschluss vom 15. 10. 2003 ..., JA 2005, 252 ss.; Rechtfertigung kraft hypothetische Einwilligung, FS-Strätz, Regenstauf, Rechtskultur, 2009, 163 ss.; EL-GHAZI, Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre, GA 2022, 449 ss.; ENGLÄNDER, en

Matt/Renzikowski, StGB, 2013, 2.^a 2020, antes de § 32/27; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, Imputación objetiva. Realización del riesgo en las causas de justificación. El consentimiento hipotético, Milano, Giuffrè, 2013; El consentimiento en DP, Valencia, Tirant, 2014, parte 2.^a: Consentimiento hipotético e imputación objetiva, 229 ss.; La relación de violación de deber en la antijuridicidad, LH-Schünemann I, 2014, 231 ss., 243; FREUND, AT, 2.^a 2008, § 3/44b-f; FRISTER, AT, 9.^a 2020, 15/34; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, Heidelberg Müller, 2014; GARBE, Wille und Hypothese – zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, Berlin, BWV, 2011; GEPPERT, Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK 2004, StGB § 223/3; GRECO, Die Befreiung des Strafrecht vom Pflichtverletzungsdenken. Zur Kritik an der (nicht nur asymmetrischen) Akzessorietät, GA 2019, 684 ss.; GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, FS-Schroeder, 2006, 197 ss.; HAAS, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, GA 2015, 86 ss.; Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatunrechts, GA 2015, 147 ss.; HEFENDEHL, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, FS-Frisch, 2013, 465 ss.; HEHR/PORTEN, StGB §§ 223 Abs. 1, 230 (Ablehnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht). Anmerkunz zu AG Moers, Urt. vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, medstra 2016, 123 ss.; HEINRICH, AT, 7.^a 2022, nm. 478b-c; HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Berlin, Springer, 2013; HILGENDORF, Einführung in das Medizinstrafrecht, 2.^a ed., München, Beck, 2019; HILGENDORF/VALERIUS, AT, 2.^a, 2015, § 5/138 ss.; HÜTTENRAUCH, Die hypothetische Einwilligung beim ärztlichen Eingriff, NJ 2013, 38 ss.; JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, Heidelberg, Müller, 2006; Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, FS-Jung, 2007, 345 ss.; Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand. Anmerkung zu AG Moers, Urt. v. 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA 2016, 472 ss.; JAHN, Heileingriff als Körperverletzung und hypothetische Einwilligung, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JuS 2007, 1145 s.; JAHN/ZIEMANN, Untreuestrafrecht 2.0. Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat, ZIS 2016, 552 ss.; JANSEN, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 6 2011, 482 ss.; KINDHÄUSER, StGB, 4.^a 2009 a 8.^a 2017, antes de § 32/57 ss.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, AT, 9.^a, 2020, § 19/17; KNAUER, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – überzogene Anforderungen an den Arzt?, en Roxin/Schroth (eds.), Medizinstrafrecht, 2.^a, Stuttgart, Boorberg, 2001, 9 ss.; KRÜGER, Zur hypothetischen Einwilligung, FS-Beulke, 2015, 137 ss.; Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra 2017, 12 ss.; KÜHL, AT, 8.^a 2017, § 9/47a; KUHLEN, Ausschluß der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, FS-Müller-Dietz, 2001, 431 ss.; Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, FS-Roxin, 2001, 331 ss.; Ausschluß der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, 227 ss.; Hypothetische Einwilligung und “Erfolgsrechtfertigung”, JZ 2005, 713 ss.; LANCIONI, Negato il risarcimento al paziente che avrebbe scelto di sottoporsi all’intervento anche se adeguadamente informato, RItMLDS, 2012, 357 ss.; LUZÓN PEÑA, Lecc PG, 4.^a 2023, § 22/132a; 3.^a/4.^a 2016/2023, § 22/117 ss.; MAGNUS, Patientenautonomie im Strafrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, 153 ss.; MERKEL, G., Prinzipielles und prozessuales zur hypothetisches Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ 2013, 975 ss.; MITSCH, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ 2005, 279 ss.; Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, FS-Achenbach, 2011, 299 ss.; Einwilligung und Einwilligungssurrogate – insbesondere bei ärztlichen Heileingriffen, JRE 24 2016, 255 ss.; MOURA: v. Oliveira Moura; MURMANN, GK, 5.^a 2019, § 25/132; OLIVEIRA MOURA, Consentimento “hipotético” em direito penal?, LH-Costa Andrade I, 2018, 875 ss.; OTTO, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 ss.; AT, 7.^a 2004, § 8/134; OTTO/ALBRECHT, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura 2010, 264 ss.; PAEFFGEN, NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 32/168a; PANTALEÓN DÍAZ, Ausencia de consentimiento, defecto de información y responsabilidad médica: perspectiva penal y civil (1), LL 11-10-2018, 1 ss.; Responsabilidad penal y civil médica por defectos de consentimiento informado, LH-Jorge Barreiro, 2019, 683 ss.;

PIZARRO WILSON, En oposición al consentimiento hipotético informado, RDPUCV 2015-1, 97 ss.; PUPPE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, GA 2003, 763 ss.; Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen. Anmerkung zum Urteil des BGH v. 20.1.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, 470 ss.; La justificación de la intervención médica curativa, trad. Felip i Saborit, InDret 2007-1; NK, 4.^a 2013, 5.^a 2017, antes de § 13/91 ss., 126 ss.; AT, 3.^a 2016, § 11/29 ss.; Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 366 ss.; tb. en en: Rotsch (ed.), Zehn Jahre ZIS, Baden-Baden, Nomos, 2018, 409 ss. = El consentimiento hipotético y el derecho de autodeterminación del paciente, trad. Dias, ELDP 5 2017, 172 ss.; RENZIKOWSKI, Die hypothetische Einwilligung, en, Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, 2010, 365 ss.; RIEDELMAIER, Ärztliche Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, Baden-Baden, Nomos, 2004; RIGIZAHN, JR 1996, 72 ss.; RÖNNAU, Anmerkung zu BGH 15.10.2003, JZ 2004, 801 ss.; LK, II, 12.^a 2006, 13.^a 2019, antes de § 32/164 ss.; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.; Hypothetische Einwilligung, JuS 2014, 882 ss.; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – eine sinnvolle Rechtsfigur?, <https://lawjournal.nuk.edu.tw> 2020-3, 273 ss.; ROSENAU, Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern?, en Rosenau/Hakeri eds., Der medizinische Behandlungsfehler, Baden-Baden, Nomos, 2008, 215; Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, FS-Maiwald, 2010, 683 ss.; ROSTALKI, Zur Irrelevanz hypothetischer Verläufe im (Straf-)Recht, JR 2015, 306 ss.; ROXIN, AT I, 4.^a, 2006, § 13/119 ss.; Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra 2017, 129 ss.; ROXIN/GRECO, AT I, 5.^a, 2020, § 13/119 ss.; SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, FS-Beulke, 2015, 257 ss.; SCHLACK, El consentimiento hipotético de la víctima en el DP alemán, RDUCN 19-2 2012, 275 ss.; Recensión a Beatriz Escudero García-Calderón, El consentimiento en Derecho Penal, ..., 2014, InDret 2015-4, ExLibris: 5 ss.; SCHLEHOFER, Die hypothetische Einwilligung – Rechtfertigungs-oder Strafunrechtsausschließungsgrund für einen ärztlichen Eingriff?, en Piper ed., Neues aus Wissenschaft und Lehre, Berlin/Boston, düsseldorf university press, 2010, 485 ss.; “Pflichtwidrigkeit” und “Pflichtwidrigkeitszusammenhang” als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, FS-Puppe, 2011, 953 ss.; SCHMIDT, M., Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), Baden-Baden, Nomos, 2018; SCHÖCH, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Doppingmassnahmen?, GA 2016, 294 ss.; SCHROTH, Die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht, JuS 1992, 476 ss.; SCHWARTZ, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Bern/Frankfurt, Lang, 2009; SICKOR, Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, 11 ss.; Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung..., JR 2008, 179 ss.; SILVA SÁNCHEZ, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe. Versuch einer Differenzierung, ZIS 2014, 546 ss.; SOWADA, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, 1 ss.; STAM, BGH vom 21.05.2019 –VI ZR 119/18– Anforderungen an die hypothetische und die mutmaßliche Einwilligung eines Patienten, medstra 2020, 97 ss.; BGH vom 03.07.2019 –5 StR 393/18– Grenzen der Strafbarkeit bei ärztlich assistierter Selbsttötung, medstra 2020, 100 ss.; SPECTOR, Verantwortung, Kausalität und freier Wille, FS-Sancinetti, Berlin, 2020, 219 ss.; STERNBERG-LIEBEN, Anmerkung zu BGH StV 2008, 189, en StV 2008, 190 ss.; Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, FS-Beulke, 2015, 299 ss.; Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MedR 2019, 185 ss.; STURM, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016; SWOBODA, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, 18 ss.; TAG, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 2015, 523 ss.; ULSENHEIMER, Anmerkung zu BGH v. 29. 6.1995, NStZ 1996, 34, en NStZ 1996, 132 ss.; VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff. Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS 2014-1, 22 ss.; DE VICENTE REMESAL, Decisiones quirúrgicas en la mesa de operaciones: cuando el paciente no puede consentir, en Borja

Pozo/García Amado (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, 369 ss.; WEBER, Zu den Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmässigkeitsalternativen, FS-Puppe, 2011, 1059 ss.; WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, 50.^a, 2020, nm. 596 ss.; WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Baden-Baden, Nomos, 2010; YAMANAKA, Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung, FS-Maiwald, 2010, 865 ss.; ZABEL, Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung, GA 2015, 219 ss.

* * * * *

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

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

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

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

I. EL *ITER CRIMINIS* Y SUS FASES

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

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

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

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

1. Ideación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Actos preparatorios¹¹ y actos ejecutivos

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

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

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

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

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

2. Preparación individual y preparación pluripersonal

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

a) *Actos preparatorios individuales*

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

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

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

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

b) Actos preparatorios de la intervención plural o pluripersonal¹⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) Fundamento

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Clases

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

graves o de cierta gravedad³⁷.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

d) Naturaleza

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de la gravedad mayor o menos del supuesto concreto⁶⁶.

III. PROPOSICIÓN O INSTIGACIÓN A OTRO

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El intento de inducción en el StGB alemán

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁵ Cfr. para exposición (y crítica) de esa posición –tanto la que se conforma con la necesidad (esencialidad) de la cooperación y por tanto un mero dominio negativo, como la que siguiendo a Roxin exige además que la cooperación actúe en la fase ejecutiva (o estadio ejecutivo): *im Ausführungsstadium*– DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991, 596 ss., 651 ss., 664 ss., 672 ss. y citas en 673 n. 444 de quienes exigen actuar en fase ejecutiva y quienes no; LUZÓN /DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2000), FS-

delito).

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

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

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

Roxin, 2000, III. 2 c, 592 ss.; AFDUA extraord. 2000, 70 ss. = DPCo 2003-2, 108 ss.; inalterado en ForFICP 2023-2, 130 ss.; añadiendo la doc. actualizada hasta hoy cfr. el propio ROXIN, Täterschaft u. Tatherrschaft, 11.^a 2022, 862 ss. sobre dominio funcional en general, y 877 s. para la posición restrictiva que exige aportación en el estadio o fase ejecutiva.

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

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

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

2) b' ss.). En el mismo art. 17.2 desde 1995 hasta su cit. reforma en 2015, así como en el art. 4, 2.º del anterior CP 1944/1973 la definición inicial era la misma, “el que ha resuelto cometer un delito”, pero al final se decía “invita ... a ejecutarlo” en vez de a participar en él, y una definición parecida se usaba en el mismo art. de los CP DE 1848/1850, 1870 y 1932: “propone su ejecución” –e idéntico en el art. 8, 3.º CP chil. o en el 7, 4.º CP urug.–, ampliando el art. 42, 2.º del CP 1928 la solicitud (“solicita de otra u otras personas”) a que lo ejecuten o ayuden a ejecutarlo, mientras que el primer CP, el de 1822 simplemente hablaba de la proposición hecha para cometer delito⁷⁹. Como acto sólo preparatorio se trata siempre de una propuesta o invitación en que el instigado no ha pasado a la ejecución o tentativa. Y por una parte, como ya he anticipado *supra* II 3.c 1) b'2 y 1) a', el sistema del actual CP esp. de *numerus clausus* de delitos previstos en la PE en los que es punible la proposición es el de orientación más liberal que siguieron los CP históricos de 1822, 1848, 1870 y 1932, mientras el sistema de *numerus apertus*, o sea de punición de la proposición para todos los delitos, más bien minoritario en Derecho comparado⁸⁰, se siguió en nuestros CP 1850, 1928 y 1944/1973, de orientación más dura o autoritaria. Por otra parte, todos los CP españoles, incluyendo el vigente (éste en los correspondientes preceptos de la PE) han castigado la proposición, como los otros actos preparatorios pluripersonales, con la misma pena de la tentativa, la inferior en uno o dos grados a la de la consumación, lo que ya he expuesto que no es acertado: v. *supra* II 4.

4. Requisitos, especialmente en el CP español

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

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

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

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

inducción, pero anterior a una inducción con el efecto de que el inducido entra en la fase de ejecución.

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

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

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

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

En cambio, invitación o propuesta directa no significa que necesariamente haya de ser personal o de propia mano del sujeto ante el otro, de modo que *sí* se puede proponer *a través de un tercero* sirviéndose de él (*proposición mediata*) si la proposición es expresa (directa).

c) Proposición o instigación completa

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

d) ¿El proponente ha de co-intervenir?

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

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

⁸² Así (antes y después del CP 1995) FERRER, Com I, 1946, 93; QUINTANO, Curso I, 1963, 225; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, Coment I, 1972, 171; ORTS BERENGUER, CPC 1982, 503; RUIZ ANTÓN, El agente provocador, 1982, 86; COBO/VIVES, PG, 3.ª 1991, 553, 5.ª 1999, 723 s.; GÓMEZ RIVERO, La inducción, 1995, 296 s. (que sin embargo con la vigencia del nuevo CP 1995 cambia a la posición amplia: v. *infra* n. 88); REBOLLO VARGAS, La provocación, 1997, 51 ss.; OLMEDO CARDENETE, La inducción, 1999, 809, 825 ss.; en Cobo (dir.) Coment CP, I, 1999, 879, 882 s.; CAMPO MORENO, Actos preparatorios, 2000, 51 s.; FUENTES OSORIO, La preparación, 2007, 309 ss. dentro del *iter criminis*, 390 s. dentro de la participación; CUELLO CONTRERAS, PG II, 2009, XIV/342 ss., 370 ss., pp. 319 ss., 332 s.; BERDUGO/ARROYO/ET AL., Curso PG, 2.ª 2010, 392; Díez RIPOLLÉS, PG, 3.ª 2011, 494, 5.ª 2020, 548; GIL GIL, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 1.ª 2011, 321; 2.ª 2015, 327 s.; ORTS/GONZÁLEZ CUSSAC,

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

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

Comp PG, 4.ª 2014, 267, 9.ª 2022 281 s. (ponen ejs. sólo de proponente que piensa ser autor); MELENDO, en Gil/Lacruz/Melendo/Núñez, Curso PG, 2.ª 2015, 397 s; tb. jurisprud. anterior como STS 8-2-1980, A 455; 21-3-1986, A 1678; 5-2-1993, A 880 (porque la jurisprud. castigaba la inducción intentada como provocación, lo que cambia desde el nuevo CP 1995 –impidiendo la provocación personal privada– con STS 1994/2002, 29-11, que admite la simple tentativa de inducción). No terminante DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 1985, 1524, se inclinaba más por esta posición, pero dejaba abierta la posibilidad de la otra interpretación (incluir la mera inducción intentada, que es la que sostiene tras no poderse incluir en la provocación en el nuevo CP 1995: v. n. sig.). Sin pronunciarse RODRÍGUEZ RAMOS, Comp PG, 4.ª 1988, 235, o SAINZ CANTERO, Lecciones, 3.ª 1990, 777, se limitan a reproducir la dicción legal el que ha resuelto cometer un delito.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

incitación a una pluralidad de personas⁹³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

preferible suprimirlo¹⁰².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f) Ausencia de efecto: no ejecución

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

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

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

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

IV. PROVOCACIÓN (INCITACIÓN, INSTIGACIÓN) PÚBLICA. APOLOGÍA

1. Provocación pública a delinquir

a) *En el CP español*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) En Códigos de otros países

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

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

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

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

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

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

¹¹⁸ V. *supra* n. 48.

2. Apología y provocación pública

a) Apología en el CP español

1) Introducción

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

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

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

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

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

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

2) *Concepto de apología y limitaciones*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3) Figuras distintas, específicas en la PE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) Apología en Códigos de otros países

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

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

¹³⁷ V. *supra*. n. 130.

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

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

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

1. Introducción: regulación actual del CP español

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

2. Características generales

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

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

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

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

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

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

¹³⁹ Ni por la mayoría de legislaciones.

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

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

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

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

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

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

4. Requisitos de la conspiración

a) *Requisitos no polémicos*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

organización) con carácter estable o permanente, esa es la diferencia con la asociación para delinquir¹⁵² e incluso con la organización criminal.

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

b) Ámbito de sujetos intervinientes (requisito polémico)

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

1) Posición restrictiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) Posición amplia (preferible)

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

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

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

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

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

b’) Argumentos formales y materiales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c’) ¿Inclusión también del instigador o inductor?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3) Posiciones intermedias

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. OTROS POSIBLES ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

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

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

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

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

VII. CONCURSO DE DIVERSOS ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. DESISTIMIENTO VOLUNTARIO EN LOS ACTOS PREPARATORIOS PLURIPERSONALES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * * * *

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

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

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal, Univ. de León, España. Patrono de la FICP.

~Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*~

Sumario. I. Introducción. II. La elección de un concepto restrictivo de autor. 1. La polémica en torno a los conceptos unitario y restrictivo de autor. 2. La opción por un concepto restrictivo de autor. 3. El fundamento de la autoría en un concepto restrictivo de autor. III. Los criterios o características de la autoría. 1. La realización típica. 2. El dominio o determinación del hecho. a) Criterio material de autoría. b) ¿Carácter objetivo o subjetivo? c) ¿Carácter negativo o positivo? IV. La autoría en el delito imprudente. 1. ¿Concepto unitario o restrictivo de autor? 2. Las formas de autoría en el delito imprudente. 3. La participación imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente.

Este artículo nuestro conjunto fue inicialmente concebido sobre todo para dar a conocer a la doctrina alemana nuestras posiciones sustancialmente coincidentes sobre autoría que hasta ese momento sólo habían aparecido en lengua española, publicándolo en la Festschrift (Libro Homenaje) a Claus Roxin, nuestro maestro alemán, por su 70.º aniv. (con el título: Objektive positive Tatbestimmung und Tatbestandsverwirklichung als Täterschaftsmerkmale, FS-Roxin, 2000, 575-608). Obviamente también quisimos que apareciera en español, porque destacábamos nuestras posiciones coincidentes y citábamos los lugares y años exactos donde las habíamos publicado, pero la verdad es que en aquellos años un tanto inexplicablemente no nos preocupamos demasiado de su difusión y el artículo apareció inicialmente únicamente en España en una revista poco difundida y además no específica de Derecho penal, el Anuario de la Fac. de Derecho de la Univ. de Alcalá (n.º extraord. 2000), y después, de toda Iberoamérica únicamente en la rev. colombiana Derecho Penal Contemporáneo (n.º 2 2003). Por eso hemos decidido publicar en este año 2023 nuestro trabajo inalterado en las dos revistas electrónicas de la FICP, en ForFICP de acceso abierto, y por su importancia también en Libertas, de contenido restringido a los socios. Al recogerse ahora en edición “online” se proporciona sin duda una difusión mucho mayor del artículo en cualquier país a todos

* Se publica inalterado nuestro trabajo del mismo título cuya versión en español apareció primero en: Anuario Fac. Derecho Univ. Alcalá 1998/99, núm. extraord. homenaje al Prof. García San Miguel, Alcalá 2000, pp. 53-87, y posteriormente en Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional, 2, 2003 (Bogotá, Colombia), pp. 89-128. Solamente se ha subsanado alguna mínima laguna en la cita de algún trabajo nuestro. El querer reproducirlo sin cambios ni adiciones tal como se publicó en su momento explica la fecha límite de la doc. manejada.

los lectores hispanohablantes o hispanoentendientes. Siendo esto lo esencial, también confiamos en poder publicar más adelante una nueva versión actualizada de nuestro trabajo conjunto.

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya bastantes años nos ocupamos de la cuestión de la autoría y hemos ofrecido, trabajando conjuntamente, una construcción, que uno de nosotros ha calificado como “versión heterodoxa de la teoría del dominio del hecho”¹, plasmada en multitud de trabajos², y que ha tenido un notable eco entre los penalistas españoles, sea para adherirse a ella con mayores o menores matizaciones, sea para criticarla. Hasta el presente, nuestra concepción de la autoría es poco conocida, aunque no plenamente ignorada, en Alemania³. Se trataría por tanto aquí de esbozar las líneas principales de la misma, si bien

¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en Derecho penal 1991, 603.

² Aunque, como se ha dicho, partiendo de unas ideas iniciales de LUZÓN PEÑA [meramente insinuadas en Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28-4-1978 y 3-5-1978), publicado por vez primera en RDCir 1978, 387 ss., espec. 390 n. 9, y después en su: Derecho Penal de la Circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), 2.ª ed. 1990, 73 ss., especialmente 80; y algo más perfiladas en Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales (Comentario a la Sentencia TS 27-1-1984), publicado originalmente en RDCir 1984, 275 ss., en especial 278, 281, después en su: DPCir, 2.ª ed. 1990, 81 ss., en especial 92, 99], desarrolladas y concretadas ya en La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss., hemos ido elaborando conjuntamente nuestra concepción de la autoría, éste es el primer trabajo sobre el tema que firmamos conjuntamente. Los trabajos de los autores sobre la materia (en especial los de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) son múltiples, pero destacaremos aquí los dos que consideramos fundamentales: el cit. de LUZÓN PEÑA, La “determinación objetiva del hecho”. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, ADPCP 1989, 889 ss. (publicado también en sus: Estudios Penales, 1991, 197 ss., y DPCir, 2.ª ed. 1990, 105 ss.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en DP, 1991. Quizá merezca destacarse aquí además el trabajo de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Autoría y participación, LL (La Ley) 1996-2, 1283 ss., por expresarse en él la interpretación de éste, desde la concepción señalada, de los preceptos sobre autoría y participación del nuevo Código Penal español de 1995 (en vigor desde finales de mayo de 1996); asimismo ya con el nuevo CP LUZÓN PEÑA, Curso de DP, PG I, 1996, 507 ss. Naturalmente, existen algunas discrepancias entre los dos autores del presente trabajo, pero éstas (que en ocasiones se pondrán de manifiesto) no afectan a los puntos centrales de la concepción.

³ Salvo seguramente y sobre todo para ROXIN. El propio ROXIN se ha ocupado en alguna reunión científica internacional de nuestra tesis, además de mencionar el libro de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría en la bibliografía de Täterschaft, 6.ª y 7.ª ed. 1994/2000, y en LK, 11.ª ed. 1992, antes del § 25/13 n. 29, y, sobre todo, ha contestado a la crítica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en relación con el criterio del dominio funcional del hecho en Täterschaft, 7.ª ed. 2000, 685 s., discutiendo a la vez la idea del “dominio positivo” que sustentamos. Nos honra profundamente que ROXIN haya dedicado un espacio en una obra tan capital a ocuparse de nuestra tesis y de nuestras críticas; lamentablemente, hemos tenido acceso a la 7.ª ed. 2000 de Täterschaft cuando ya estaba terminado nuestro trabajo y, por lo tanto, no hemos podido ocuparnos como se merece de la opinión de Roxin en relación con nuestra tesis (y con otras recientes). También se encuentra alguna referencia a este libro en la obra de BOTTKE Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems 1992. LUZÓN PEÑA divulgó parte de su concepción en la ponencia Täterschaft und Teilnahme beim fahrlässigen Delikt, presentada en junio de 1987 en el Seminario jurídicopenal dirigido por el Pros. Hirsch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Colonia, y dictada como conferencia en junio y julio del mismo año en las Universidades de Erlangen, Passau y Múnich. Ambos autores hemos

no es posible, por lógicas limitaciones de espacio, confrontarla a fondo con las principales concepciones que de la autoría se sustentan en España y en Alemania.

Nuestra tesis es que tanto en el Derecho penal español como en el alemán se debe partir de un *concepto restrictivo de autor*, cuyas notas características (al menos en la mayoría de los delitos) serían la *realización* por el sujeto del *tipo de la Parte especial* y, como criterio material que concreta el anterior, la posesión por el sujeto del *dominio o determinación del hecho*. Como notas especialmente diferenciadoras de otras concepciones aparecen que el concepto restrictivo de autor que propugnamos –y con sus mismos elementos caracterizadores– se predica (frente a la doctrina alemana mayoritaria) como *válido también para los delitos imprudentes*, y que el dominio o determinación del hecho se conciben como *objetivos y positivos*.

II. LA ELECCIÓN DE UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

1. La polémica en torno a los conceptos unitario y restrictivo de autor

Para determinar cuáles son los criterios que definen la autoría, es importante decidir si se opta por un modelo o concepto unitario o restrictivo de autoría⁴. Como es sabido, la doctrina alemana rechaza de modo prácticamente unánime para los delitos dolosos el concepto unitario de autor, al cual no se presta demasiada atención, haciéndole objeto de una crítica acérrima⁵. En España, el concepto unitario de autor es también generalmente

defendido posteriormente en diversas reuniones científicas internacionales, casi siempre con participación de penalistas alemanes, nuestra concepción o aspectos o aplicaciones de ella; así, entre las que han dado lugar a publicaciones, puede citarse las aportaciones de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Dominio funcional, determinación positiva y objetiva del hecho y coautoría, en: Silva Sánchez (ed. española)/Schünemann/de Figueiredo Dias (coords.), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Coimbra, 1995, 305 ss. [cit. LH-Roxin (Coimbra)]; “Coautoría” alternativa y “coautoría” aditiva: ¿Autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, en: Silva Sánchez (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin con ocasión de su investidura como Doctor *Honoris Causa* en la Universidad de Barcelona, 1997, 295 ss. [cit. LH-Roxin (Barcelona)].

⁴ El concepto extensivo de autor que se ha defendido tanto desde teorías subjetivas como objetivas de la autoría, si se desarrolla consecuentemente, en nuestra opinión no es más que un concepto unitario funcional de autor con ligeros matices, o es contradictorio con el Derecho positivo al que se pretende aplicar, especialmente el StGB, que se decanta por un concepto restrictivo de autor con acogimiento expreso del principio de accesoriedad de la participación. Al respecto, ampliamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 253 ss.

⁵ En la doctrina reciente defienden un concepto unitario funcional de autor sólo KIENAPFEL (se cita únicamente sus trabajos publicados en Alemania), “Beteiligung” und “Teilnahme”. Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB, NJW 1970, 1826 ss.; Der Einheitstäter im Strafrecht, 1971, *passim*; Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, en: Müller-Dietz (eds.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik 1971, 21 ss.; Schlußwort zu Dreher, Der Einheitstäter im Ordnungswidrigkeitenrecht. Eine letzte Stellungnahme, NJW 1971, 123 s.; Probleme der Einheitstäterschaft, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, I (Strafrechtliches Seminar), 1973, 63 ss.; Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 1974, 1 ss.; Der Einheitsgedanke – lebendiger denn je, en: Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, VII (Strafrechtliches

rechazado⁶, si bien en la jurisprudencia a menudo se ha manejado sin ese nombre un concepto cercano al unitario, con exclusión, eso sí, de la complicidad⁷.

Lo cierto es que el Derecho positivo alemán toma partido claramente por un concepto restrictivo de autor al consagrar en los §§ 26 y 27 StGB la accesoriidad limitada de la inducción y la complicidad. Lo que llama la atención es que, pese al rechazo doctrinal generalizado del concepto unitario de autor para los delitos dolosos y la plasmación en el StGB de un concepto restrictivo de autor (al menos claramente para esos delitos), la doctrina ampliamente dominante en Alemania defiende un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes (si bien cada vez son más las voces en contra), pero de esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

Por lo que respecta al Derecho positivo español, bajo la vigencia del CP 1944/73, existió una importante tradición doctrinal en el sentido de interpretar sus preceptos sobre codelincuencia⁸ desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, si bien en nuestra opinión no era ni mucho menos evidente la obligatoriedad de interpretarlos desde esa perspectiva⁹. El vigente CP de 1995 ha introducido modificaciones que lo aproximan más aún al concepto restrictivo de autor, sobre todo al distinguir expresamente entre quienes *son* autores y quienes *también serán considerados* tales (a efectos de pena)¹⁰, si bien no ha sido lo claro que resultaría deseable¹¹.

Seminar), 1979, 53 ss.; AT, 4.^a ed. 1984, 546 ss.; y DETZER, Die Problematik der Einheitstäterlösung (esis doct., Erlangen-Nürnberg), 1972, 63 ss. (y *passim*). Sobre autores de diversos países que defienden un concepto unitario de autor (entre los recientes, sobre todo austriacos), v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 49 ss., 60 ss. Más adelante mencionaremos brevemente la peculiar concepción de LESCH e incluso la de JAKOBS, que se aproximan, al menos parcialmente, a conceptos unitarios funcionales de autoría (o de intervención o participación en sentido amplio).

⁶ V. referencias doctrinales en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 64 s. n. 73.

⁷ V. amplias referencias en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 208 ss. n. 14, 213 ss. n. 19 ss.

⁸ Los dos preceptos centrales en la materia eran los arts. 14 y 16. El art. 14 CP 1944/73 rezaba: “Se consideran autores:/1º. Los que toman parte directa en la ejecución del hecho./2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo./3º. Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado”. Por su parte, el art. 16 establecía: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo 14, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

⁹ A esta conclusión llegaban separadamente y prácticamente a la vez en el tiempo (la cuestión no había sido estudiada en profundidad anteriormente, aunque algunos autores habían señalado la proximidad –sobre todo en perspectiva histórica- del CP a un concepto unitario de autor) PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriidad, 1990, 322 ss.; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 205 ss., a quienes siguieron posteriormente otros autores.

¹⁰ El art. 28 del vigente CP español establece: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento./También serán considerados autores:/a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo./b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. El art. 29 dispone: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

¹¹ Al respecto, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LL 1996-2, 1285.

2. La opción por un concepto restrictivo de autor

Sin embargo, estimamos que un concepto unitario *funcional* (no meramente formal o causal) de autor, convenientemente desarrollado y matizado, con previsiones legislativas que eviten sus consecuencias menos deseables, no adolece de tantos defectos como pretenden sus detractores¹², como lo demuestra, entre otras cosas, el hecho de que dicho concepto se haya sostenido históricamente y en la actualidad en diversas legislaciones¹³, señaladamente hoy la austriaca, sin demasiados inconvenientes¹⁴.

No obstante, creemos que el concepto restrictivo de autor, especialmente por anudarse estrechamente a la idea de la accesoriedad limitada de la participación¹⁵, es en todo caso preferible. La razón fundamental de ello es que dicho concepto o sistema de autoría (y participación) permite un mejor recorte o perfilamiento de los tipos frente a lo que supone un concepto unitario (incluso funcional) de autor, lo que lo convierte en más acorde con el mandato de determinación o concreción de los tipos penales, y, por tanto, con el Derecho penal propio de un Estado de Derecho. El concepto restrictivo de autor hace más tolerables las lagunas de previsión legislativa, si existieran, pues se trataría de lagunas de punición, mientras que los olvidos del legislador en la evitación de las consecuencias indeseables de un concepto unitario de autor se traducirían en una punición excesiva¹⁶.

¹² Sobre las diversas críticas a que se somete el concepto unitario de autor, tomando posición respecto de ellas, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *La autoría*, 1991, 117 ss.

¹³ V. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO *La autoría*, 1991, 56 ss.

¹⁴ Concluyen que el concepto unitario de autor no es tan desafortunado como a menudo se pretende DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 200 (entre otras pp.); y, prefiriendo hablar de un "sistema" o "concepto unitario de participación", PEÑARANDA, *La participación*, 1990, 323, a quienes han seguido posteriormente diversos autores.

¹⁵ Nos referimos aquí a la accesoriedad *cualitativa o interna*, es decir, la que se refiere a qué elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él; en este sentido nos pronunciamos en favor de la accesoriedad limitada, que exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico. Y a los efectos de mayor determinación de los tipos como ventaja del concepto restrictivo de autor, interesa sobre todo el aspecto o función negativos (v. HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, 139 ss. –resumiendo–; PEÑARANDA, *La participación*, 1990, 336 ss.), que implica que, si el hecho del autor no reúne los caracteres mínimos necesarios (ser típicamente antijurídico), nunca se puede castigar la participación en él (esta faceta no admite más quebras que las que expresamente establezca la ley). No nos referimos por tanto aquí al aspecto o función positivos de la accesoriedad, que significa que el hecho del autor posibilita el castigo del partícipe y, sobre todo, determina el tipo por el que se castiga al partícipe, ya que éste será en principio el mismo que haya cometido el autor (esta faceta admite, además de las quebras que expresamente se establezcan en la ley, otras derivadas de principios dogmáticos o valorativos, fundamentadas en el hecho de que el injusto del partícipe es propio y sólo parcialmente apoyado en el del autor; no podemos detenernos aquí en el alcance de tales quebras, cuestión sobre la que existen opiniones diferentes).

¹⁶ Toda esta argumentación (seguida posteriormente por diversos autores en la doctrina española) con mayor detenimiento y señalando además otras ventajas de menor transcendencia del concepto restrictivo

Por todo ello, optamos (ya bajo la vigencia del CP 1944/73 y con mayor motivo bajo la del actual de 1995) por interpretar los preceptos del CP español desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, como viene haciéndolo unánimemente la doctrina española moderna¹⁷ (del mismo modo que sucede en el StGB). Pero, una vez tomada la decisión por un concepto restrictivo de autor, para que éste conserve sus ventajas, hay que ser lo más coherente posible con el mismo y no ampliar en casos concretos ese concepto por razones de más justa punición, salvo que la propia ley establezca excepciones concretas a ese sistema de autoría. De lo contrario, se pueden producir ataques a la seguridad jurídica tal vez mayores que los que produce un concepto unitario de autor construido prudentemente¹⁸. Y, en nuestra opinión, se producen ampliaciones indeseables en el concepto de autor por parte de defensores de un concepto restrictivo, especialmente en la coautoría (no sólo desde teorías subjetivas hoy prácticamente desechadas, sino desde la teoría del dominio del hecho) y, desde luego, en la adopción de un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes por parte de la doctrina dominante alemana y de un sector de la española.

3. El fundamento de la autoría en un concepto restrictivo de autor

Desde la perspectiva adoptada, conviene reflexionar sobre el papel que desempeñan en un concepto auténticamente restrictivo de autor con accesoriadad limitada de la participación las consideraciones de merecimiento y necesidad de pena, presentes, se confiese o no, en éste y en todos los problemas jurídicos penales¹⁹. Creemos que ese papel

de autor, en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 130 ss., 201 s., 531 (entre otras pp.). Destacan, entre otros, la función de precisión de los tipos que desempeña el principio de accesoriadad ROXIN, LK, 11.^a 1993, antes del § 26/5; RUIZ ANTÓN, El agente provocador en Derecho Penal 1982, 204; HERZBERG, Täterschaft, Mittäterschaft und Akzesorietät der Teilnahme, ZStW 99 1987, 61, 65 s., 67 s. Como señala DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Roxin (Barcelona), 1997, 305 n. 68, olvida este aspecto (sin duda, por otro lado, limitado) del principio de accesoriadad LESCH, Täterschaft und Gestaltungsherrschaft –Überlegungen zu der gleichnamigen Monographie von Wilfried Botke–, GA 1994, 118 s., quien pone en tela de juicio la idea del mejor cumplimiento del mandato de precisión de los tipos y la mejor adecuación al Estado de Derecho del concepto restrictivo de autor, y quiere desplazar las diferencias entre autoría y participación desde el marco de la realización típica al de las consideraciones de medición de la pena; no obstante, coincidimos con este autor en que el concepto restrictivo de autor no es el “garante irrenunciable” de los principios de precisión y adecuación al Estado de Derecho.

¹⁷ V. PEÑARANDA, La participación, 1990, 325; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 251 s. (entre otras pp.).

¹⁸ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 202 s., 531 (entre otras pp. y lugares).

¹⁹ Sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y su relevancia para los elementos del delito, v., en la doctrina española, LUZÓN PEÑA, Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechenbau, en: Schünemann/Figueiredo Dias (eds.) Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin 1995, 97 ss. (La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito, ADPCP 1993, 21 ss.), con ulteriores referencias, entre otras muchas, a la posición de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO respecto de la relevancia de esas categorías en el ámbito de la codelinencia.

es doble: por un lado, en la diferenciación entre autor y partícipes en sentido estricto, habrá que decidir qué sujeto merece y necesita una sanción penal independientemente de la calificación jurídica de la conducta de otros intervinientes (ése será el autor); por otro lado, en la fijación de marcos penales, habrá que ver qué conductas, sin llegar a merecer o necesitar una sanción autónoma, sin embargo merecen y necesitan una pena tan alta como la del autor y cuáles no²⁰.

Así, conducta de autoría sería aquella que más directamente se enfrente a la prohibición o mandato contenido en la norma penal típica, o sea, la que más directamente realice el injusto típico, la que de modo directo (que no hay que confundir con inmediato) lesione o ponga en el peligro descrito por el tipo de la parte especial el bien jurídico protegido por el mismo, la que, según se desprende de la propia redacción típica, la ley pretende impedir de manera más perentoria o urgente, o como quiera expresarse la idea que subyace a las anteriores formulaciones²¹.

Especialmente en lo que se refiere a la urgencia o perentoriedad en la prohibición puede apreciarse una cierta relación de la citada fundamentación con la fundamentación normativa que propone STEIN²², aunque desde luego nuestra concepción de la autoría es muy diferente a la de este autor²³. Como ROXIN²⁴ ha efectuado una crítica a la

²⁰ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 453 s., 456, 531 s. (entre otras pp.).

²¹ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA, La autoría, 1991, 454, 532 (entre otras pp.). Similar LUZÓN PEÑA, Coimbra-Symposium für Roxin 1995, 102 (ADPCP 1993, 27 s.). Ya antes, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 907 s. (Estudios Penales, 1991, 217 s.), había expresado que se podía encontrar un fundamento material y prejurídico -aunque formulado “en términos de cierta relatividad”- al criterio de autoría que propone para los delitos puros de resultado en “la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado”, que podría ligarse al específico fundamento jurídicopenal de la autoría, que LUZÓN formula en términos parecidos a los de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.

²² STEIN, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, 221 ss., 283 ss. También diferente, pero con puntos de contacto, BLOY, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, 290 ss. V. además BOTTKE, Täterschaft, 1992, 21 s. Recientemente, RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, especialmente 123 ss., fundamenta la diferencia normativa entre la autoría y la participación en la autonomía de la conducta del autor, ausente en la del partícipe (naturalmente esto es una simplificación de la explicación del citado autor); esta idea, junto a la de que el tipo objetivo es igual en el delito doloso que en el imprudente (algo que admite la mayoría de la doctrina española), aproximan la tesis de RENZIKOWSKI a la que aquí defendemos, si bien el autor alemán no proporciona un criterio manejable para distinguir autoría de participación, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, por lo que su construcción puede ser calificada de “incompleta” (así lo hace, poniendo de relieve los aspectos positivos de la misma, ROSO CAÑADILLAS, La autoría y la participación en el delito imprudente, tesis doctoral, Univ. Alcalá, 1999, 191 s. [así cit. por nosotros en la vers. inicial de 2000; en la vers. posterior en DPCo ya cit. por su libro Autoría y participación imprudente, Comares, 2002, 133-135])

²³ Como se desprende de la valoración crítica de la concepción de STEIN que realiza DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 660 ss., 703 ss. (en estas últimas pp. se contiene también la réplica a ROXIN que se reproduce en el texto).

²⁴ ROXIN, Täterschaft, 7.^a. 2000, 648 s. A pesar de estas críticas, como el propio ROXIN reconoce, las soluciones a que conduce la concepción de STEIN no están demasiado lejos de las de ROXIN. En realidad, conducen a resultados más alejados de los que se derivan de la concepción que nosotros mantenemos.

fundamentación de STEIN que podría afectar a la nuestra, nos ocuparemos brevemente de ella.

ROXIN señala con razón que difícilmente se puede distinguir entre autoría y participación en virtud de la urgencia, si se afirma, como hace STEIN²⁵, que ésta es igual en la autoría y en la inducción. Pero creemos que ello se debe a que STEIN confunde aquí el grado de perentoriedad o urgencia con la mera cuestión de la magnitud de pena con que se conmina la autoría y la inducción, que efectivamente es idéntica, tanto en el Derecho alemán como en el español, olvidando un rasgo fundamental distintivo de la autoría respecto de las formas de participación en sentido estricto en un concepto restrictivo de autor: el carácter independiente de la responsabilidad del autor, frente al accesorio de la del partícipe²⁶.

Menos convincente nos parece la opinión de ROXIN de que es imposible graduar los deberes de conducta según su perentoriedad o urgencia, argumentando que un comportamiento injusto no está más o menos prohibido, sino prohibido sin más, y que la introducción por parte de STEIN de consideraciones de merecimiento de pena cuantificadoras en la teoría del injusto conlleva el riesgo de que se conviertan en consideraciones generales de medición de la pena. Pero creemos que tal riesgo puede efectivamente existir si no se contempla adecuadamente la idea de perentoriedad o urgencia y se identifica ésta exclusivamente con la conminación de una pena mayor o menor, como hace STEIN. Sin embargo, no existe tal riesgo si se entiende la urgencia de la prohibición no como un más o un menos de prohibición (lo que, como hemos visto, resulta problemático en el supuesto de la inducción, y también en el de la cooperación necesaria, conminada con la misma pena que la autoría en el Derecho español), sino como una forma distinta de prohibición. En un sistema de autoría restrictiva, la mayor urgencia en prohibir un comportamiento de autoría frente a uno de participación se deduce no sólo ni principalmente del marco penal al que se somete cada figura, sino más bien del hecho de que la conducta de autoría se prohíbe autónomamente (si bien con las limitaciones que la imputación recíproca supone en la coautoría que, en este sentido, comparte algunos caracteres con la participación en sentido estricto), mientras que la prohibición de la conducta del partícipe se hace depender, por un lado, de la propia actuación de éste (que

²⁵ STEIN, *Beteiligungsformenlehre*, 1988, 241 ss.

²⁶ También se echa de menos en la concepción de STEIN un criterio practicable, al margen del fundamento normativo, para distinguir autoría y participación.

evidentemente realiza su propio injusto), pero, además, por otro, de que la actuación del autor revista ciertas características (accesoriedad de la participación). El que esta diferencia se exprese en términos de perentoriedad o urgencia, de realización más o menos directa del injusto típico, de riesgo más o menos directo y grave de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, etc., resulta en cierto modo secundario. Por tanto, en la fundamentación de un concepto restrictivo de autor es fundamental la atención a la presencia de una responsabilidad autónoma o (parcialmente) accesoria²⁷.

En la equiparación o distinción de marcos penales entre la autoría y las diversas formas de participación intervienen otras consideraciones en las que aquí no podemos detenernos, aunque señalaremos que nos parece un acierto la equiparación penológica en el CP español no sólo de la inducción, sino también de la cooperación necesaria (art. 28, 2.º inciso, b) a la autoría.

III. LOS CRITERIOS O CARACTERÍSTICAS DE LA AUTORÍA

1. La realización típica

Dado el carácter restrictivo del concepto de autoría que se ha propugnado y la fundamentación de la autoría que se acaba de exponer, ambos estrechamente ligados a la tipicidad, autor de un delito es quien, cumpliendo el resto de los requisitos típicos y cuando en el tipo no existan razones formales que impidan su castigo, realiza la acción típica o, si se prefiere, quien realiza el tipo²⁸ de la Parte especial o aquel cuya conducta es

²⁷ Idea que creemos no está ausente en el “principio rector” contenido en la definición de ROXIN, Täterschaft, 7.ª 2000, 25 s., del autor como “figura central del proceso de actuación” (“*Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens*”) o del “proceso de actuación concreto” (“*des konkreten Handlungsgeschehens*”) (op. cit., 527), en su búsqueda metodológica de un modo de contemplación que sintetice los aspectos ontológicos y teleológicos en una formulación concretable. Por lo demás, esta idea de la “figura central” de ROXIN, generalmente aceptada en la doctrina, tiene una relativa significación, siempre que no se la considere desde un punto de vista puramente prejurídico y se la dote de un contenido normativo (de atención al tipo legal) mayor al que le da ROXIN (v. al respecto la valoración parcialmente crítica de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 586 ss.; más extremo en su crítica, STEIN, Beteiligungsformenlehre, 1988, 63 ss.).

²⁸ Así, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 892 (Estudios Penales, 1991, 202); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 513, 532 (entre otras pp. y como resumen de una larga argumentación desarrollada en confrontación con la teoría objetivo-formal en las pp. anteriores), si bien añadiendo que ha de tratarse de la acción típica *nuclear*. La razón por la cual DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO añade el adjetivo “nuclear” es porque deja abierta la posibilidad de que, en alguno de los tipos de la Parte especial que describen más de una acción típica, no todas ellas sean de autoría, sino que lo sea alguna o algunas de ellas, que sería(n) la(s) que constituyen el núcleo del tipo, pudiendo ser otras, cuando las realiza una persona distinta, de participación (en concreto, en el vigente CP español de cooperación necesaria del art. 28, segundo inciso b, conminada con la misma pena que la autoría, pues su carácter esencial para el curso del acontecer típico es destacado expresamente por la ley). Este aspecto de la concepción de la autoría de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO ha sido probablemente el más criticado de toda ella en la doctrina española, incluso entre quienes, por lo demás, aceptan con mayores o menores matices la tesis de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO; el propio

subsumible en el correspondiente tipo de la Parte especial²⁹.

La estrecha vinculación entre autoría y realización típica es hoy generalmente aceptada y es uno de los méritos que cabe atribuir a la teoría objetivo-formal³⁰. Otra cosa es que, en el desarrollo de otras teorías, singularmente la del dominio del hecho, se sea siempre consecuente con la idea de esa vinculación.

Por lo demás, especialmente en los delitos de resultado (sobre todo si no son delitos con modalidades limitadas o tasadas de acción), el criterio de la realización típica no es suficiente, pues precisamente en ellos no se deriva directamente del tipo quién, por ejemplo, “mata”³¹.

LUZÓN ha manifestado, aunque no por escrito, dudas sobre la corrección de la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO en este punto. La crítica consiste en decir que en los delitos con más de una acción típica no cabe distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares, sino que toda acción descrita en un tipo es de autoría, por expresa decisión legal. Pese a todo, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO considera que las críticas son, por un lado, exageradas, pues se dirigen a un aspecto bastante secundario o marginal de una concepción completa sobre la autoría, y, por otro lado, injustificadas. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO no afirma (como parece deducirse de lo que expresan algunos de sus críticos) que en todos los casos en que un tipo legal describe más de una acción unas sean nucleares y otras no, sino que simplemente admite la *posibilidad* (al menos como mera hipótesis) de que los criterios de interpretación generales, aplicados a alguno de los tipos de la Parte especial que describan en el tipo más de una acción, hagan constatar que, en algún caso, la ley configura una parte de la conducta como central y otra u otras como meramente instrumentales de ella (aunque muy importantes); en definitiva, que el carácter central o accesorio de un elemento típico no tiene por qué depender necesariamente de que el mismo se exprese en forma de acción o de otra manera; el que siempre que en el tipo se exprese un elemento en forma de acción tenga que conducir necesariamente a considerarla de autoría le parece excesivamente formalista. Como se ve, la cuestión es meramente de interpretación de los tipos de la Parte especial. Por otro lado, ya el propio ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 37, denunció el excesivo formalismo de la idea –propia de la teoría objetivo-formal– de que sea el que se haya realizado cualquier acción descrita en el tipo lo que fundamente la autoría (si bien, al fundamentar este autor la coautoría en el dominio funcional del hecho, llega a resultados distintos –ampliatorios– a los que aquí se sostienen –restrictivos–).

²⁹ Lo que por cierto supone que toda forma de autoría se encuentra comprendida en los tipos de la Parte especial y que los preceptos de la Parte general del StGB y del CP que definen las formas de autoría poseen carácter *declarativo* y no *constitutivo*. De todas formas, esta afirmación podría resultar discutible sobre todo respecto de la coautoría, pero aquí no podemos detenernos en una argumentación detallada.

³⁰ Así, por muchos, ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 35 s.

³¹ Éste es el defecto fundamental de una de las versiones de la teoría objetivo-formal que se defiende en España y que considera autor a aquel cuya conducta es sin más subsumible en el correspondiente tipo de la Parte especial (y que remite la problemática de la autoría a la interpretación de cada uno de los tipos de la Parte especial; por cierto, guarda cierta similitud con esta concepción la propuesta por FREUND, AT, 1998, § 10 especialmente nm. 51). Sobre la teoría objetivo-formal, que aún hoy cuenta con bastantes defensores en la doctrina española, sus versiones y la crítica a las mismas, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 411 ss. con ulters. citas. Si bien la doctrina española ha sido dominante la teoría objetivo-formal en alguna de sus versiones, en los últimos tiempos son cada vez más los adeptos a la teoría del dominio del hecho o a otras cercanas a ella, como la que nosotros defendemos o la de la “pertenencia del hecho” sustentada por MIR PUIG, PG, 5.^a 1998, 14/31 s., y sus discípulos, hasta el punto de disputarle a la teoría objetivo-formal la condición de dominante. La teoría del dominio del hecho ha cobrado notable importancia en los últimos años también en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

2. El dominio o determinación del hecho

a) Criterio material de autoría

Por tanto, especialmente en los delitos puros de resultado, es preciso encontrar un criterio material y practicable que permita, conforme a las premisas anteriormente expresadas, decidir quién realiza el tipo. Fue un mérito de las teorías objetivo-materiales el destacar que no toda condición del resultado puede ser jurídicamente autoría³², si bien muchas de estas teorías fracasan al intentar diferenciar autoría y participación sobre la base de distinciones en el plano causal³³.

El criterio adecuado al fundamento de la autoría en un sistema de autoría restrictivo nos parece, en líneas generales, el que propone la *teoría del dominio del hecho*, pues, en los delitos puramente resultativos, las aportaciones de los contribuyentes al hecho no se hallan en un mismo plano, sino que unas resultan determinantes para la realización típica (y, en consecuencia, serán aquellas que la norma pretenda impedir con mayor perentoriedad o urgencia) y otras suponen un apoyo, fomento o facilitación (que puede revestir diversa importancia) de éstas. Determinantes y, por tanto, de autoría serán las conductas que supongan un dominio del hecho, del acontecer típico, es decir, aquellas que decidan el si (*ob*) y el cómo del mismo³⁴. Sin embargo, en lo que no coincidimos es en la caracterización de la concepción dominante del dominio del hecho como criterio distintivo de la autoría.

b) ¿Carácter objetivo o subjetivo?

Como es sabido, la concepción mayoritaria del dominio del hecho entiende que éste, además de elementos objetivos, posee un componente subjetivo³⁵. Éste, con casi total seguridad por influjo del finalismo³⁶, se relaciona generalmente con la finalidad (“dirección final ...”), o sea, con el dolo (“doloso tener en las manos ...”). Naturalmente, no se trata del dolo entendido simplemente como conocer y querer la realización típica,

³² Así lo destaca, entre otros, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 892 (Estudios Penales 1991, 202).

³³ V. por muchos la exposición y crítica de teorías objetivo-materiales (no sólo causales) en ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 38 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 535 ss.

³⁴ Las diferentes concepciones de la teoría del dominio del hecho son suficientemente conocidas. Sobre ellas, v., por muchos, ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 60 ss. (además, a lo largo de toda esta impresionante obra construye ROXIN su concepción de la autoría y –en los delitos de dominio– del dominio del hecho, que consideramos no ha sido superada por ninguna otra, y con muchísimos de cuyos desarrollos coincidimos plenamente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 545 ss.

³⁵ V. las referencias doctrinales que recoge DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 573 s. n. 125.

³⁶ V., p.ej., WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 1939, 538 s.; *Teilnahme an unvorsätzlichen Handlungen?*, JZ 1954, 429 s.; *Strafrecht*, 11.^a 1969, 98 s.

que lógicamente también concurre en los partícipes, sino del dolo entendido como voluntad consciente de realizar aquello que *objetivamente* fundamenta el dominio del hecho. La consecuencia fundamental de esta concepción es que se considera inaplicable el criterio del dominio del hecho a los delitos imprudentes, lo que, al no hallar un criterio alternativo, ha dado lugar a que una amplia mayoría de la doctrina alemana moderna abogue por un concepto unitario de autor en ellos. Otros, como ROXIN³⁷, no llegan tan lejos en la exigencia del elemento subjetivo del dominio del hecho, considerando que éste consiste en un “conocimiento fundamentador del dominio”, es decir que “el autor ... debe conocer las circunstancias del hecho, y además debe ser consciente de las circunstancias fácticas que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento”). En definitiva, piden no tanto finalidad como consciencia³⁸.

Incluso autores que no comparten la teoría del dominio del hecho ven como evidente que éste requiere dolo o consciencia. Así, GIMBERNAT³⁹ señala: “Ciertamente que es preciso que el titular del dominio del hecho sepa que lo tiene, que conozca, como dice Roxin, las ‘circunstancias fácticas ... que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento’; cierto que este ‘dolo’ del dominio del hecho es algo más que un mero ‘presupuesto de imputabilidad’(‘*Zurechenbarkeitsvoraussetzung*’): es ya una parte integrante del dominio del hecho, del que desconoce los factores objetivos constitutivos del dominio del hecho no se puede decir que lo tenga, pero que, por falta de dolo, no le es imputable (ist ihm nicht zurechenbar), sino que la ignorancia de la situación objetiva lleva consigo ya la no existencia en el sujeto del dominio del hecho”; en este punto acude a un ejemplo del propio ROXIN⁴⁰: “Si un médico ruega a su colega, que no sospecha nada, que ponga una inyección (en realidad de veneno), no es posible decir que el colega que actúa tiene ‘objetivamente’ el dominio del hecho y que lo que sucede es únicamente que, por faltarle el dolo, no lo sabe: lo que sucede es más bien, que no tiene dominio del hecho en absoluto. La idea de un dominio ‘objetivo’ del hecho así concebido sería una *contradictio in adiecto*; sería tan carente de sentido como querer hablar en un hecho culposo de una actuación ‘objetivamente dolosa’ ”. En conclusión, según GIMBERNAT, es

³⁷ ROXIN, *Täterschaft*, 7.ª 2000, 316.

³⁸ Lo mismo podría decirse de los autores que aceptan la posibilidad de hablar de dominio en la imprudencia consciente, como, por citar un solo ejemplo, sucede con JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996, 654 s.

³⁹ GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, 126 s.

⁴⁰ ROXIN, *Täterschaft*, 7.ª 2000, 331.

“cierto, pues, que sin dolo no existe dominio del hecho”⁴¹.

Sin embargo, nos parece que las cosas no son tan evidentes como se pretende. Tomando el último ejemplo de ROXIN, el del médico que dolosamente (con dolo de que se produzca la muerte del paciente) entrega la inyección al colega, aparentemente lo que decide la situación de dominio del hecho por parte del primer médico es precisamente que él actúa con dolo, con finalidad consciente o con conciencia de las circunstancias que fundamentan su dominio (conciencia de que la inyección tiene veneno y de que el otro médico no lo sabe), y que el segundo médico no lo tiene. De entrada, en este caso, ya se podría afirmar que la existencia de dolo en el primer médico no es lo que fundamenta su dominio de la situación, sino esta existencia de dolo *unida a la no existencia de dolo* (o conciencia) en el segundo médico. Pero realmente aún hay más. Cambiemos por un momento el supuesto de hecho: el sujeto A pide a su buen amigo B que entregue un paquete a C en otra ciudad a la que B va a viajar; A comenta a B, quien no tiene razón alguna para sospechar que se trate de otra cosa, que el paquete contiene un conjunto de piezas para el automóvil de C, cuando lo que en realidad contiene son dos armas automáticas desmontadas con las que posteriormente C y otro compinche llevan a cabo un atraco bancario. Aquí la relación entre los sujetos A y B es idéntica a la que se produce en el ejemplo de ROXIN (dolo por parte de A, ignorancia absoluta por parte de B) y, sin embargo, nadie (o casi nadie) diría que A es (co)autor mediato del robo. Por tanto, la existencia de dolo en el sujeto de atrás y la carencia del mismo en el que actúa “delante”, para lo único que sirve (y ya es bastante) es para poder afirmar que un sujeto (A) realiza una acción a través de otro (B) del que se sirve como instrumento, pero todavía no es el elemento esencial para afirmar que existe dominio del hecho, es decir, para afirmar que un sujeto es autor; es más, esta relación entre existencia y ausencia de dolo no es la única que puede fundamentar la realización de acciones a través de otro. En el ejemplo de ROXIN nos encontramos ante una *autoría mediata* del primer médico y en el que hemos propuesto nosotros ante un supuesto de *participación mediata* de A sencillamente porque la acción que realiza el instrumento en el primer caso es una acción de matar, mientras que la que realiza el instrumento (B) en el segundo caso no es una acción de robo violento o intimidatorio. La acción de poner la inyección determina objetivamente que se produzca la muerte, mientras que la acción de entregar el arma ni siquiera determina que se produzca la violencia o intimidación necesaria para el robo y menos aún la sustracción.

⁴¹ GIMBERNAT, Autor, 1966, 127.

El que el sujeto sepa o no sepa es por tanto algo secundario para determinar quién es autor, lo fundamental es lo que el sujeto haga. Y no cabe duda de que poner la inyección venenosa es una acción que determina más que ninguna otra el si y el cómo de la muerte, “domina” positivamente la misma; sólo porque se da (o va darse) esta acción puede empezar a hablarse de autoría (de quien sea). Quien pone la inyección no es, en el sentido de la responsabilidad jurídicopenal, autor sencillamente porque le falta un elemento subjetivo del tipo doloso de homicidio, que es precisamente el dolo, exactamente igual que en nuestro ejemplo B no es partícipe, en sentido penal, de un robo porque su acción, que sin duda posee el carácter de favorecedora propio de la participación, es realizada sin dolo. No resulta tan absurdo, por tanto, hablar de un “dominio objetivo” del hecho, pues ello no es similar a hablar, como decía ROXIN, de acciones imprudentes “objetivamente dolosas”, sino más bien sería una expresión similar a la de “favorecimiento objetivo del hecho”, referida a la participación, que parece que nadie pondría en discusión (cuestión distinta es si el mero favorecimiento objetivo o incluso imprudente es punible)⁴².

Por tanto, quizá podría hablarse ya de “dominio objetivo o control objetivo del hecho”, existente, con independencia de la voluntad del agente, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes⁴³. Pero, como ha destacado LUZÓN PEÑA⁴⁴, podría parecer que lingüísticamente (o incluso conceptualmente) las expresiones “dominio del hecho” y “control” “requieren una actuación de dirección querida, para llegar a ser realmente ‘dueño del hecho’” y que en el uso del lenguaje sólo por extensión podría hablarse de “control objetivo” o “dominio objetivo”. Como la cuestión resulta al menos dudosa, parece preferible renunciar al empleo de la expresión “dominio objetivo del hecho” para evitar un rechazo con origen en los usos lingüísticos habituales, debiendo destacarse y precisarse la *base objetiva del dominio del hecho* como característica objetiva de la situación y de la conducta que permite, como regla general, apreciar autoría

⁴² Toda la argumentación precedente en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 579 s. Admite la posibilidad de la existencia de un dominio objetivo del hecho, incluso en acciones fortuitas (o también en la actuación de factores naturales), aunque hablando entonces de “‘autor’ entre comillas o en sentido figurado, amplio o translaticio (por extensión) del hecho en la indicada acepción naturalística”, “autor –en sentido amplio– del hecho” o “de la parte objetiva del tipo estricto o positivo”, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 908 s. y n. 39 (Estudios Penales 1991, 219 s. y n. 39), modificando su anterior opinión en RDCir 1984, 281 = DPCir, 2.ª 1990, 98, de que no podía ser autor de un hecho quien actuara sin dolo ni imprudencia (si bien incluso en ese trabajo señalaba que quien actúa fortuitamente “no es autor *de un hecho típicamente antijurídico*”, lo cual es rigurosamente cierto, no tanto porque falte la autoría, sino por ausencia de tipo subjetivo). V. también LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 511.

⁴³ Así, LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 ss. = DPCir, 2.ª 1990, 92 ss.

⁴⁴ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 893 s. (Estudios Penales, 1991, 203 s.). Siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 581, entre otras pp.

y no mera participación en el delito imprudente, pero también como característica definidora de la autoría en los delitos dolosos, en los que, si además concurre voluntad consciente, podrá hablarse sin problemas ya de dominio del hecho.

Esa característica de la autoría (en los delitos de resultado) es denominada por LUZÓN PEÑA “**determinación objetiva del hecho**”, del acontecer típico, del curso causal, de la producción del resultado. En ella se encuentra la base objetiva de la autoría, es decir, de la auténtica realización del hecho típico, tanto en el delito doloso como en el imprudente. Tal conducta, consciente o inconscientemente, de hecho marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico, fija el si y el cómo de éste e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección (en los delitos de resultado, hacia la producción del resultado)⁴⁵. Antes de seguir caracterizando (sobre todo como “**positiva**”) esa determinación, conviene hacer algunas precisiones.

En primer lugar, hay que destacar una de carácter terminológico: la expresión española “determinación objetiva del hecho” o “del curso del hecho” debe entenderse precisamente en el mismo sentido en que por ejemplo WELZEL⁴⁶ habla de “supradeterminación” (“*Überdetermination*”) (final) del acontecer del hecho, pero prescindiendo en la determinación objetiva del hecho precisamente de la voluntad y, por tanto, del prefijo “supra” (“*über*”). Pero, en todo caso, ha de subrayarse que no se trata aquí de ninguna manera de una *determinación al hecho* como en la inducción⁴⁷.

En segundo lugar, el que se afirme que la determinación objetiva del hecho como nota diferencial de la autoría es básicamente igual en los delitos dolosos y en los imprudentes, no implica que la presencia de dolo no posea ninguna influencia en la posibilidad de determinar objetivamente el hecho. Especialmente en los cursos causales prolongados, si hay dolo (en vez de imprudencia o caso fortuito), hay mayores posibilidades, pues el sujeto está preparado para cualquier eventualidad o modificación del curso de los acontecimientos y para contrarrestarlo; o porque el simple hecho de que el sujeto pasivo sepa que el autor sabe y quiere –dolo- ya puede ser más eficaz sobre la

⁴⁵ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 894 s. (Estudios Penales, 1991, 204 s.) y *passim* (en la n. 18 cita ampliamente LUZÓN a autores que antes que él se han servido de la expresión “determinación” o similares para caracterizar la autoría); Curso PG I, 1996, 509 ss. Siguiéndole, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 631 ss. y *passim* (entre otras pp. y lugares).

⁴⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª 1969, 33 ss.

⁴⁷ Así lo advierte expresamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, LH-Roxin (Coimbra) 1995, 305 s.; más resumidamente en LH-Roxin (Barcelona) 1997, 322.

voluntad de aquél para que ceda o no intente evitar o escapar a la lesión del bien jurídico: piénsese en unas coacciones o amenazas –dolosas- con un arma de fuego a quienes pretendan pasar por una calle que unos matones ocupan como suya, y compárese con el caso de que el sujeto armado que charla con otro a la entrada de la calle, estando ostensiblemente distraído, no sea consciente de que unos transeúntes lo ven y se pueden atemorizar ante su presencia y dudar si pasar o no⁴⁸.

El concebir la determinación (el “dominio”) del hecho como objetivo ha sido un aspecto central de nuestra concepción criticado por un sector de la doctrina española, especialmente desde las filas del finalismo ortodoxo. Así, especialmente CEREZO MIR⁴⁹ ha reprochado a nuestra concepción que se compagina mal con una concepción personal del injusto, o más en general, con una concepción del injusto que considere el dolo (o, en su caso, la imprudencia) como un elemento subjetivo esencial del injusto. Efectivamente, aun sin compartir la teoría finalista, consideramos, con la doctrina prácticamente unánime en Alemania y cada vez más dominante en España, que el dolo pertenece a la parte subjetiva del tipo de injusto, pero ello para nada impide que se destaque lo que es propio y peculiar de la autoría: la determinación objetiva del hecho, exigiéndose para que se dé el tipo de injusto otros elementos, unos objetivos, como la causalidad o la imputación objetiva en los delitos de resultado, y otros subjetivos, como el dolo (o la imprudencia); es decir, que para defender que el dolo forma parte del tipo de injusto no hace falta afirmar el carácter subjetivo de los demás elementos (entre otros, la autoría) que componen ese tipo de injusto⁵⁰.

c) ¿Carácter negativo o positivo?

La concepción de la autoría que defendemos no conduce a resultados muy diferentes que otras versiones más habituales de la teoría del dominio del hecho en la autoría inmediata individual o unipersonal ni en la autoría mediata en los delitos dolosos (en ésta, naturalmente, hay discrepancias respecto de qué supuestos constituyen esta clase de autoría y cuáles no, pero ello sucede en general dentro de los defensores de la teoría del dominio del hecho), aunque creemos que sí aporta algunas precisiones, en las que aquí

⁴⁸ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 (Estudios Penales, 1991, 208). Por otra parte, como hemos visto en el ejemplo de los médicos y la inyección, la presencia de dolo en el sujeto de atrás y la ausencia de él en el de delante puede influir en la fundamentación de que un sujeto realiza la conducta a través de otro, aunque ello no significará por sí solo que exista autoría mediata, sino actuación (autoría o participación) mediata.

⁴⁹ En diversos lugares, p.ej. últimamente CEREZO, PG-Lecciones, 2.ª 2000, 187 y n. 25.

⁵⁰ Así ya aproximadamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 581 n. 154.

no podemos detenernos, respecto de las concepciones al uso⁵¹. Sin embargo, es en la coautoría donde se produce una mayor divergencia entre las concepciones mayoritarias, especialmente de la teoría del dominio del hecho, y la nuestra.

Prescindiendo de otras concepciones que diseñan el dominio del hecho en la coautoría de forma que el mismo, en ocasiones, viene prácticamente a coincidir con el acuerdo previo en la actuación, cosa que nos parece inaceptable, centraremos nuestra atención en la idea, mucho más matizada, del dominio funcional, diseñada por ROXIN y aceptada por diversos autores en Alemania y por la mayoría de los partidarios de la teoría del dominio del hecho en España, aunque no siempre se utilice esa terminología⁵².

Extrayendo, para resumir, una frase de la mucho más rica exposición de ROXIN sobre lo que sea el dominio funcional caracterizador de la coautoría en los delitos de dominio⁵³, posee éste y por tanto “es coautor ... todo interviniente cuya aportación en el estadio de ejecución constituye un requisito imprescindible para la realización del resultado perseguido, por tanto, aquel con cuyo comportamiento conforme a su función la empresa total existe o fracasa”⁵⁴. La construcción se basa en las ideas del autor como figura central del acontecer típico, de la división del trabajo y de que, en la manera señalada, cada sujeto no sólo domina su propia aportación, sino que participa en el dominio conjunto del hecho⁵⁵. Los concretos elementos del dominio funcional del hecho son el plan común, que no es algo tan estricto como un plan detallado o un acuerdo

⁵¹ Respecto de la autoría inmediata individual, v. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 911 ss. (Estudios Penales, 1991, 221 ss.), donde, de la mano de diversos ejemplos, demuestra que la actuación de propia mano no es siempre decisiva para caracterizar la autoría inmediata o directa individual, sobre todo por existir casos en que una persona que interviene sola y de propia mano en el curso causal no obstante no es autor, sino participe impune de la “cuasi-autoría” o “autoría” en sentido extensivo y figurado de la fuerza natural, porque se limite a favorecer o facilitar la eficacia autónoma de la fuerza natural sin llegar a determinar objetiva y necesariamente su curso (aunque en los casos en que alguien interviene junto a un fenómeno natural ya actuante hay que extremar el cuidado, pues por el carácter ciego y automático del fenómeno natural, es más fácil que el sujeto determine forzosamente a través del mismo el curso de los acontecimientos y sea autor; así lo señala también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 643 s.); según LUZÓN PEÑA, las manifestaciones de simple participación objetiva impune en la eficacia determinante de fenómenos naturales sobre el curso causal podrá tener especial relevancia en el campo de las actuaciones imprudentes, mucho más que en el de las dolosas; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 639 ss. Respecto de la autoría mediata, v. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 910 s. (Estudios Penales, 1991, 220 s.); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 645 ss.

⁵² V. múltiples referencias bibliográficas en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 651 ss.

⁵³ Tal exposición puede verse en ROXIN, Täterschaft, 7.^a 2000, 275 ss., 684 ss.; Die Mittäterschaft im Strafrecht, JA 1979, 519 ss.; LK, 11.^a ed. 1993, § 25/153 ss. Una exposición resumida, con la correspondiente y amplia valoración crítica, de la concepción general de ROXIN sobre el dominio del hecho es abordada por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 583 ss. (sobre el dominio funcional, especialmente 596 ss., 651 ss., donde se desarrolla más detenidamente la exposición del texto, se valoran diversas posiciones y se expone la propia).

⁵⁴ ROXIN, Täterschaft, 7.^a 2000, 280.

⁵⁵ V. p.ej. ROXIN, Täterschaft, 7.^a 2000, 278 s.

expreso y previo⁵⁶, la esencialidad de la contribución del sujeto concreto para el éxito del plan común, entendida de tal modo que, si el sujeto deja de prestar su contribución, todo el plan común se viene abajo y fracasa (es decir, entendido como algo más que poder de interrupción, que también poseería un tercero mediante actuaciones positivas como la de acudir a la policía)⁵⁷, y, por fin, que la contribución esencial se produzca en la fase ejecutiva⁵⁸.

Consideramos insuficiente el criterio del dominio funcional para fundamentar con carácter general la coautoría, desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor desarrollado de forma estricta que hemos adoptado. Es requisito necesario para poder hablar de coautoría la existencia de un acuerdo de voluntades, entendido como una especie de dolo común (al menos en la coautoría dolosa), porque sólo así se respeta el principio de responsabilidad subjetiva y, sobre todo, porque es el acuerdo con división del trabajo o acumulación de esfuerzos lo que permite hablar de una *acción conjunta* que supera a las acciones parciales de cada uno, si bien esto no es suficiente para sustentar ya la coautoría, pues el siguiente paso será contrastar si esa acción conjunta es una acción de autoría (típica, por tanto)⁵⁹.

En cuanto a la esencialidad de la contribución, al margen de que es dudoso que en algunos ejemplos de coautoría de los que ofrece ROXIN se pueda hablar de “figura central”⁶⁰, y de las dificultades en la determinación de cuándo hay esencialidad⁶¹, que no invalidan por sí solas el criterio del dominio funcional, lo fundamental es que la esencialidad de la que habla ROXIN no confiere al sujeto un dominio del hecho “con la misma intensidad que el autor en sentido estricto o el autor mediato”, en palabras de

⁵⁶ Así, ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 285; JA 1979, 519; LK, 11.^a 1993, § 25/173 ss.

⁵⁷ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 278 ss., 283; Sobre la autoría y la participación en el derecho penal (trad. de BACIGALUPO), en: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, 1970, 67 s.; JA 1979, 523 ss.; LK, 11.^a 1993, § 25/189 ss.

⁵⁸ ROXIN, *Täterschaft*, 7.^a 2000, 294 ss.; Homenaje-J. Asúa 1970, 67 s.; JA 1979, 522 s.; LK, 11.^a 1993, § 25/179 ss.

⁵⁹ Más detenidamente, sobre el papel que asignamos al acuerdo en la coautoría, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 653 s.

⁶⁰ Aunque creemos que ello no es demasiado relevante. V. la crítica a ROXIN realizada por GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 146 ss., y la opinión al respecto de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 667.

⁶¹ En este sentido, acusando a ROXIN de una vuelta a la antigua teoría de la necesidad, GIMBERNAT, *Autor*, 1966, 149; similar, JAKOBS, *AT*, 1983, 515 s. Defendiendo el criterio de ROXIN frente a la crítica de Gimbernat, CERZO, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, en: *FS für Welzel*, 1974, 652 s. (La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española, en su libro: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, 177 s.). Relativizando la crítica de Gimbernat, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 668 s.

GIMBERNAT⁶², o, más concretamente, como señala LUZÓN PEÑA⁶³, el dominio que confiere la prestación de cualquier contribución esencial es puramente negativo (aunque más fuerte que el mero poder de interrupción mediante una actividad positiva). El que realiza una aportación esencial, lo único que consigue es que el hecho no se detenga (más que un poder sobre el “si” (“*ob*”) del hecho, detenta un poder sobre el “no”, sobre la “no producción” del mismo). Pero, por mucho que se empeñe, con su actuación no puede decidir positivamente que el hecho se produzca: suponiendo un acto esencial de vigilancia en un robo (que no todos lo serán), por mucho que el sujeto vigile y vigile, si nadie toma la cosa no habrá robo, es decir, está en manos de otro u otro la realización del tipo; quienes toman la cosa determinan positivamente sin embargo el robo. Entre ellos hay por tanto una diferencia de grado de dominio, que, desde la perspectiva por nosotros adoptada, supone un diferente grado de enfrentamiento a la norma de unos y otros, y con ello una distinta perentoriedad en la pretensión de la norma de evitar esas conductas. Será la de quien determine positivamente el hecho la que más directamente se enfrente a la prohibición típica y la que la norma prohibitiva (del robo en nuestro ejemplo) tenga un interés más inmediato en evitar y, por tanto, ésa será la conducta de autoría⁶⁴.

⁶² GIMBERNAT, Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts, ZStW 80 1968, 933 s.

⁶³ LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 895 s., 896 n. 23 (Estudios Penales, 1991, 205 s., 206 n. 23); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 669 ss., 675 s. Reconoce también el carácter meramente negativo del dominio funcional del hecho una partidaria del mismo como VALDÁGUA, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftsdelikten, ZStW 98 1986, 871, pero considerándolo suficiente para fundamentar la coautoría.

⁶⁴ ROXIN, Täterschaft, 7.^a 2000, 686, discrepa (en contestación a lo expuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) en cuanto a que el dominio que se deriva de la tesis del dominio funcional del hecho sea meramente negativo, aduciendo que en el ejemplo de quien sujeta a la víctima (para nosotros partícipe, para él coautor) mientras otro le clava el cuchillo, el que sujeta realiza mediante la “preparación” o “puesta a disposición” de la víctima una aportación a la realización del tipo tan “positiva” como la del que clava el cuchillo, siendo el fracaso del plan en caso de que desista de su aportación tan sólo el reverso “negativo” de ese co-dominio positivo. Por tanto, no habría diferencia con la situación del que clava el cuchillo, de modo que nuestra pretendida diferenciación no puede fundamentar una diferente valoración de las aportaciones parciales. Pues bien, la verdad es que decidir dónde acaba un dominio “negativo” y uno “positivo” es siempre discutible, entre otras cosas porque depende del contenido que se quiera dar a esas expresiones. También es verdad que la fijación de los límites de la coautoría es una cuestión que en buena medida depende de consideraciones e interpretaciones valorativas y no viene expresamente resuelta por la ley. Por tanto, la diferente influencia en el acontecer típico que existe entre quien sujeta y quien clava el cuchillo en relación con la muerte de la víctima (parece que quien clava el cuchillo atenta de modo más directo contra el bien jurídico vida, que la decisión determinante de matar queda en sus manos, etc.) puede no considerarse relevante para la existencia o no de (co)autoría, entre otras cosas dependiendo de las consecuencias penológicas que ello conlleve y que, como enseguida veremos, resultan insatisfactorias en Derecho alemán si se niega la coautoría del que sujeta. Ello no sucede, como enseguida se comprobará, en el Derecho penal español, por lo que es más sencillo mantener un concepto altamente restrictivo de autor (con sus ventajas) que responda a la idea de estricta realización típica (aquí, “matar”), sin tener que restringir de algún modo lo que antes se ha extendido en exceso (eso sucede cuando, tras exigir esencialidad de la contribución, se pide actuación en fase ejecutiva, lo cual no parece lógico si lo que decide el co-dominio es que la retirada de la aportación del sujeto desbarate el plan, pues ello sucede respecto de la aportación de

Por fin, el requisito de actuación en fase ejecutiva es, en principio, en cierta medida contradictorio con la idea de ROXIN de que el dominio funcional lo confiere el poder desbaratar el plan común con sólo retirar la contribución propia, pues ello puede suceder con determinadas contribuciones en fase preparatoria⁶⁵. Realmente creemos que el requisito de la actuación en fase ejecutiva supone un loable intento (no compartido por gran parte de la doctrina alemana) de no desvincular en exceso la coautoría de la realización típica; la idea la ha expresado gráficamente RUDOLPHI al referirse a la “adcripción al tipo” (“*Tatbestandsbezogenheit*”) del concepto de dominio del hecho en la coautoría⁶⁶. Pero, en definitiva, y desde nuestra perspectiva, la exigencia de actuación en fase ejecutiva no explica que guarden la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima de unas lesiones que la de quien clava el cuchillo para producírselas o la de quien vigila en un robo y quien toma la cosa; más bien creemos, como hemos señalado, que guardan una relación distinta, que debe traducirse en la consideración de unos como partícipes y otros como autores⁶⁷.

En definitiva, la idea del dominio funcional no nos parece adecuada para caracterizar la coautoría, porque amplía (aunque de manera más tolerable que otras concepciones menos exigentes en materia de coautoría) el concepto de autor más allá de la estricta realización del tipo, perdiéndose con ello en parte las ventajas que hacían aconsejable optar por un concepto restrictivo de autor⁶⁸.

Por tanto, como la autoría es una forma de autoría en sentido estricto, en ella se trataría de la realización conjunta de la acción típica por más de un sujeto, lo que se concreta en los delitos puramente resultativos mediante el criterio de la *determinación*

algunos intervinientes en la fase previa). No obstante y como siempre, las observaciones de ROXIN deberán ser meditadas más detenidamente.

⁶⁵ Así ya GIMBERNAT, Autor, 1966, 149 s. En este sentido se puede entender la (algo exagerada en sus términos) crítica de LESCH, GA 1994, 124 s. a la exigencia de actuación en fase ejecutiva también por parte de BOTCKE, Täterschaft, 1992, 90. BOTCKE, como los autores que con ROXIN sustentan esa exigencia, fuerza su concepto de (co)autoría con este requisito para no alejar la coautoría de la realización típica; para quienes, como LESCH, GA 1994, 118 (con especial claridad), no identifiquen (co)autoría y realización típica la exigencia de actuación en fase ejecutiva pierde sentido.

⁶⁶ RUDOLPHI, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriff bei der Mittäterschaft, FS für Bockelmann, 1979, 369 ss. (*passim*); la preocupación de este autor por que la autoría, de la clase que sea, no rebase el ámbito de lo típico, se observa también en su trabajo Täterschaft und Teilnahme bei der Strafreitelung, FS für Kleinknecht, 1985, 383. La idea de la adcripción al tipo (*Tatbestandsbezogenheit*) ha sido adoptada literalmente, al menos, por BLOY, Beteiligungsform, 1985, 369.

⁶⁷ V., más detenidamente, la valoración del requisito de la actuación en fase ejecutiva de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 672 ss.

⁶⁸ En este sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 675 ss. (entre otras pp.).

*positiva conjunta del hecho*⁶⁹. El acuerdo o plan común y la división del trabajo o la acumulación de esfuerzos son los datos que permiten hablar de una acción conjunta superior a cada una de las acciones parciales que la componen. Pero ello no es suficiente para hablar de coautoría, pues también explica acciones conjuntas de coparticipación y podría hablarse incluso de un hecho conjunto de todos los intervinientes en la empresa delictiva en la línea de un concepto unitario de autor⁷⁰. Por tanto, para que esa acción conjunta sea de coautoría, ha de tratarse de la acción típica, la que determine positivamente el hecho en los delitos puramente resultativos⁷¹.

Este concepto de coautoría es claramente más restrictivo que los que normalmente se defienden en la doctrina⁷², y sólo alcanzaría a los supuestos de *actuación correlativa* de varios sujetos de los que sólo del conjunto (y no ya de alguno de sus individuos) pueda decirse que realiza el tipo o determina positivamente del hecho.

Un concepto tan restrictivo de coautoría conduce probablemente a algunos resultados insatisfactorios en el Derecho penal alemán⁷³, pues, si quienes poseen un mero

⁶⁹ Sobre ésta, resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 677 s., 690; también LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898, 906 s. (Estudios Penales 1991, 201, 216 s.); Curso PG I, 1996, 510.

⁷⁰ Así, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 524 ss., 652. En sentido similar, SCHMIDHÄUSER, AT Lb., 2.^a 1975, 505; BLOY, Beteiligungsform, 1985, 367.

⁷¹ Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 653 n. 381, 677, 690, entre otras pp.

⁷² Así lo pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 677, con ejemplos en las pp ss.; también, negando que exista coautoría en los supuestos comúnmente denominados de “coautoría” alternativa y aditiva, en Política criminal 1997, 324, 328 s. y *passim*.

⁷³ Ello, entre otras cosas, podría explicar el que a ROXIN, Täterschaft, 7.^a 2000, 686, le parezca que nuestra concepción (personalizada por el insigne autor alemán en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, que es, efectivamente, aquel de los dos firmantes de este trabajo que más se ha ocupado de la coautoría) restringe en exceso la coautoría, de modo que los casos que abarcaría ya estarían la mayoría de las veces comprendidos en la autoría inmediata (individual), es decir que cada uno de “nuestros” coautores ya sería autor inmediato (se podría hablar de pluriautoría –*Mehrtäterschaft*–). De esta forma estaríamos excluyendo de la coautoría los casos realmente relevantes en la práctica. Ciertamente, nuestro concepto de coautoría es bastante estricto, pero no parece correcto decir que los que nosotros calificamos de coautores ya puedan ser considerados autores inmediatos individuales. En el ejemplo del hurto que ROXIN utiliza contra nuestra tesis, es verdad que cada uno de los que toma una cosa ya es autor individual de un hurto (y, por lo tanto, se le puede castigar como autor del delito del § 242 StGB), pero de un hurto sólo de la cosa que cada cual toma, mientras que la existencia del plan común y del reparto de tareas los convierte en coautores del conjunto del hurto (de todas las cosas); ello puede parecer irrelevante, si se considera que la cuantía de lo hurtado no es suficiente para constituir un caso especialmente grave de hurto del § 243 StGB (aunque, al menos, podrá ser tenida en cuenta en la determinación de la pena); pero imaginemos que la acción de cada sujeto sólo constituye un hurto-bagatela que se considere penalmente irrelevante: sólo mediante el recurso (aquí justificado) a la coautoría el hecho deja de ser “bagatela” y pasa a ser punible (en el Derecho penal español se aprecia aún mejor la trascendencia en muchos casos de que se trate de una autoría individual o una coautoría, pues la cuantía de lo hurtado separa la falta –infracción penal menos grave– de hurto –art. 623.1 CP, cuando el valor de lo hurtado no exceda de cincuentamil pesetas– del delito de hurto –art. 234 CP–, previéndose además una agravación de éste cuando el hurto “revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos” –art. 235.3, primer supuesto, CP–). Además, existen otros ejemplos en que de ninguna manera quienes actúan conjuntamente podrían ser considerados ya autores individuales del delito (consumado): así, por ejemplo, cuando la muerte de una persona se produce sólo por la conjunción

dominio negativo –no positivo– del hecho no son calificados de coautores (§ 25.2 StGB), tendrán que serlo sólo de cómplices (§ 27) StGB, con la consiguiente rebaja obligatoria de pena, resultando un insuficiente castigo de partícipes de gran importancia para la realización del conjunto del hecho. Por ello, es comprensible que la doctrina alemana amplíe el concepto de autor en la coautoría, sobre todo si se hace dentro de unos límites relativamente estrechos, como es el caso de quienes defienden el criterio del dominio funcional del hecho como lo configura ROXIN. Así y todo, esta extensión del concepto de autoría le priva de o, al menos, hace menos evidentes las ventajas alegadas en favor de un concepto restrictivo de autor. Este problema no se produce en el Derecho español, pues éste cuenta con dos figuras de cooperación: la necesaria (art. 28, 2.º inciso, b CP), conminada con la pena de la autoría, y la no necesaria o complicidad (art. 29 CP), para la que se establece una rebaja obligatoria de pena (art. 63 CP), de manera que puede castigarse con la misma pena de la autoría, pero sin convertirlos en autores, a partícipes de especial importancia, como los que poseen un dominio negativo del hecho⁷⁴.

Por tanto, con la caracterización de la autoría mediante los criterios de la realización típica y la determinación objetiva y positiva del hecho hemos expuesto los rasgos fundamentales de nuestra concepción. Ha de advertirse que lo dicho no prejuzga el que, en casos especiales, puedan regir otros criterios de autoría, cuestión en la que aquí no podemos detenernos⁷⁵. Aunque ya hemos indicado la validez de los criterios propuestos para los delitos imprudentes, pondremos de relieve brevemente a continuación las principales consecuencias de nuestra tesis para la autoría y la participación en esos delitos.

de las heridas provocadas por dos sujetos que se han puesto previamente de acuerdo. En cuanto a que nuestra concepción deja fuera de la coautoría los casos más relevantes desde el punto de vista práctico, creemos que la afirmación de ROXIN viene motivada por las consecuencias indeseables que la regulación de las formas de participación en el Derecho penal alemán se producen y que señalamos en el texto, pero que no alcanzan desde luego al Derecho penal español.

⁷⁴ Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 676 s., 693 ss., entre otras pp.; LH-Roxin (Coimbra) 1995, 306 s.; LH-Roxin (Barcelona) 1997, 325 ss. No obstante, en parte por influencia de la doctrina alemana y de la teoría del dominio del hecho, diversos autores españoles consideran que el cooperador necesario es un verdadero coautor siempre o en algunas ocasiones (cuando posea dominio –negativo- del hecho): v. las referencias en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 743 ss. (v. también LL 1996-2, 1285), lo cual nos parece, desde el punto de vista del mantenimiento de las ventajas de un concepto restrictivo de autor, menos explicable que en el Derecho alemán.

⁷⁵ V. p.ej. las reflexiones de LUZÓN PEÑA, *ADPCP* 1989, 900 ss. (Estudios Penales 1991, 210 ss.); Curso PG I, 1996, 511, apuntando que, excepcionalmente, en supuestos y para sujetos concretos, los delitos imprudentes funcionan como delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), aunque no acepta que lo sean con carácter general, como sostuvo ROXIN hasta la 2.ª ed.. 1967 de *Täterschaft* (557 ss.), aunque posteriormente abandonó esta idea. V. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 635 n. 342.

IV. LA AUTORÍA EN EL DELITO IMPRUDENTE

a) ¿Concepto unitario o restrictivo de autor?

La opinión dominante en la doctrina alemana moderna defiende un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes (al menos en los de pura causación o resultado), considerando que no es posible o no es conveniente distinguir en ellos autoría y participación ni tampoco entre diversas formas de autoría, resultando autores inmediatos o directos todos los intervinientes imprudentes en el hecho que lo hayan favorecido, añadiéndose a menudo, eso sí, que no basta con que hayan contribuido causalmente al resultado, sino que éste debe ser objetivamente imputable a su conducta (como no podía ser menos)⁷⁶. El influjo del finalismo y de su concepción objetivo-subjetiva del dominio del hecho tienen sin duda que ver con este estado de opinión, que, según LUZÓN PEÑA⁷⁷ supone una falsa *petitio principii* y una situación de atraso y estancamiento de la teoría del delito imprudente en este punto.

Entre otros, se alegan en apoyo de este concepto unitario los argumentos de que el StGB exige dolo en la conducta del partícipe (§§ 26 y 27 StGB)⁷⁸ y la formulación causal de la mayoría de los tipos imprudentes, frente a la más estricta de los dolosos⁷⁹. Pero tales argumentos no son decisivos. El primero podría interpretarse como la consagración en el StGB de la impunidad de la participación imprudente⁸⁰. En cuanto al segundo, bastaría para desvirtuarlo acudir al análisis que realiza ROSO CAÑADILLAS⁸¹, quien cuenta cuarenta y cinco tipos imprudentes en el StGB, de los cuales sólo poco más de la mitad (veinticuatro) utilizan en su redacción el verbo “causar” (“*verursachen*”), que aparece en treinta y cinco tipos más del StGB, en su mayoría delitos cualificados por el resultado, delitos dolosos y en algunas descripciones de conceptos. En algunos delitos imprudentes, junto a la utilización de este verbo, se alude a la descripción típica del correspondiente delito doloso. En definitiva, esta autora deduce de su análisis que los únicos tipos

⁷⁶ Así, por muchos, y con ulteriores citas WELZEL, *Strafrecht*, 11.ª 1969, 99 ss., 113 (entre otros lugares); ROXIN, *LK*, 11.ª 1993, § 35/217 ss.; SAMSON, *SK I AT*, 5.ª 1993, § 25/141; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 49.ª 1999, antes de § 25/10. Aunque ambas autoras defienden un concepto restrictivo de autor para los delitos imprudentes, v. las amplias referencias a la doctrina alemana mayoritaria moderna de PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el CP de 1995*, 1999, 22 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *La autoría*, tesis, 1999, 54 ss. [*Autoría y partic. imprud.*, 2002, 34 ss.]

⁷⁷ LUZÓN PEÑA, *ADPCP* 1989, 890 (Estudios Penales, 1991, 199 s.).

⁷⁸ Así, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª 1996, 695.

⁷⁹ Por muchos y con diferentes matices HERZBERG, *Täterschaft*, 1977, 100; BOTTKE, *Täterschaft*, 1992, 23 ss.

⁸⁰ V., entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 132 n. 315.; ROSO, *La autoría*, tesis, 1999, 107 ss. [*Autoría y partic. imprud.*, 2002, 70 ss.] (ampliamente).

⁸¹ ROSO, *La autoría*, tesis, 1999, 101 ss. [*Autoría y partic. imprud.*, 2002, 64 ss.]

imprudentes descritos en el StGB meramente como causación de un resultado son el homicidio imprudente (§ 222), las lesiones imprudentes (§ 229) y el incendio imprudente (§ 306 d). En consecuencia, creemos que la utilización de unos u otros verbos en la redacción típica casi siempre resulta demasiado aleatoria como para estimar que refleja decisiones normativas en este terreno; por ejemplo, tal vez en el caso del homicidio imprudente la expresión “causar la muerte” en vez de “matar” se deba a un cierto reparo del legislador en expresar que alguien (incluso aunque sea autor en sentido estricto) “mata” por imprudencia⁸². Desde un punto de vista políticocriminal tampoco aparece como evidente que todo interviniente imprudente deba quedar impune: ¿qué razón de peso puede aducirse para que un cómplice doloso en un hecho doloso reciba una pena inferior en grado a la del autor, mientras que la misma conducta objetiva, pero imprudente, que favorece el mismo hecho objetivo, pero imprudente, sea peor tratada equiparando su pena a la del autor imprudente? Llevando al absurdo el razonamiento (y prescindiendo de la prohibición de regreso), ¿por qué entonces no se castiga también el favorecimiento imprudente de un hecho más grave como el doloso?⁸³.

Ciertamente y probablemente por la falta de fundamentación dogmática y políticocriminal sólida, cada vez son más las voces que en la doctrina alemana introducen restricciones al concepto unitario mayoritario. Interesante es la fundamentación normativa de un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes que lleva a cabo recientemente RENZIKOWSKI⁸⁴, aunque en su concepción se echa de menos la formulación de un criterio practicable para distinguir entre autoría y participación en esos delitos. Más discutibles, aunque muy interesantes, resultan desde nuestra perspectiva las tesis de JAKOBS⁸⁵ o LESCH⁸⁶, quienes, sin llegar a un concepto restrictivo de autor, limitan algo la punición de la participación imprudente, pero tienen el defecto (en términos muy generales) de extraer de la teoría de la codelinuencia estos problemas, llegando a conceptos extensivos (o similares a los unitarios funcionales) de autor que tampoco resultan satisfactorios, y engrosando la categoría de la imputación objetiva hasta extremos

⁸² Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Un sistema de Derecho penal en evolución, RDPCr, 2ª época, 2 1998, 417, atendiendo, en cuanto al ejemplo del homicidio imprudente, a una sugerencia de LUZÓN PEÑA.

⁸³ Este tipo de argumentación es común entre quienes rechazamos un concepto unitario de autoría en el delito imprudente, por lo que omitiremos la cita detallada.

⁸⁴ RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff, 1997, 123 ss., 150 s., 225 ss. y *passim*.

⁸⁵ JAKOBS, AT, 2.ª 1991, 21/111 ss. (entre otros); Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, 253 ss.

⁸⁶ LESCH, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, especialmente 184 s., 197 ss.; GA 1994, 119 ss. y *passim*.

que la hacen perder su sentido originario y que provocan la disolución de otras categorías penales más asentadas, cuya delimitación mediante el trabajo dogmático ya muy elaborado redundaría en seguridad jurídica; por lo demás, especialmente la concepción de LESCH incurre en la contradicción de tratar a partícipes imprudentes como autores (aunque su carácter de partícipes se tenga en cuenta en la determinación de la pena) y de perder las ventajas ya apuntadas que (aunque sea de modo limitado) supone el principio de accesoriedad de la participación. Desde nuestro punto de vista, la posición diferenciadora de SPENDEL⁸⁷ posee la ventaja de acudir a un criterio objetivo, pero el inconveniente de partir de un concepto extensivo de autor. Todas las tesis (por lo demás con abundantes diferencias entre unas y otras) que parten de la dominabilidad o del dominio potencial del hecho⁸⁸ como característica de la autoría en el delito imprudente adolecen de un defecto de base: poder dominar no es aún dominar y una posibilidad de dominio la poseen incluso personas que no intervienen en el hecho. Las concepciones basadas en la prohibición de regreso⁸⁹ (a menudo muy diferentes entre sí) o en el principio (relacionado estrechamente con lo anterior) de autorresponsabilidad⁹⁰ muestran una

⁸⁷ SPENDEL, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, 749 ss.

⁸⁸ Cfr. STRATENWERTH, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, FS für Eb. Schmidt 1961, especialmente 390 ss.; AT I, 3.^a 1981, nm. 1149 ss., pp. 305 s.; FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, 1961, 37 ss.; OTTO, *Kausald diagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*, FS für Maurach, 1972, 95 ss.; *Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht*, JuS 1974, 704 s.; *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, Jura 1987, 258; *Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht*, Jura 1992, 97 s.; *Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich*, FS für Spengel 1992, especialmente 277 ss.; *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a 1996, § 21/1 ss., 110 ss. (su posición podría incluirse igualmente en otro grupo); STAUSSACHER, *Die Teilnahme am fahrlässigen Delikt*, tesis doct. Univ. Zürich, 1980, 39 ss.; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, 6.^a 1984, § 47/63 ss.; 7.^a 1989, § 47/102 ss. (con cambio de opinión); o BLOY, *Beteiligungsform*, especialmente 124, 142 ss., 227. Evidentemente, la crítica manifestada en el texto es demasiado global y no hace justicia a todas estas opiniones, cuyo análisis merecería una contemplación más detallada de la que aquí es posible. Ha de advertirse que LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente*, RDCir 1984, 278, 281 = DPCir, 2.^a 1990, 92, 99; La “determinación objetiva del hecho”, ADPCP 1989, 897, 899 s. (*Estudios Penales*, 1991, 207, 209 s.), también alude al dominio potencial, si bien advierte expresamente que se trata, no de la mera posibilidad de dominio, sino de una “fórmula adicional explicativa del criterio de la determinación objetiva del curso causal provocador del resultado y de que la misma es susceptible, capaz, de transformarse en auténtico dominio del hecho en caso de dolo ... se trata sobre todo de una fórmula *heurística* y auxiliar para precisar en casos dudosos cuándo se puede afirmar que una conducta imprudente determina objetivamente el hecho: cuando la acción de intervención en el hecho esté configurada de tal manera que en caso dolo habría habido dominio final del hecho”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 637, manifiesta sus dudas respecto de la conveniencia de acudir a tal fórmula, por los equívocos que puede producir.

⁸⁹ Cfr. LAMPE, *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, ZStW 71 1959, 611 ss.; WEHRLE, *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt – Regreßverbot?*, 1986, especialmente 81 ss., 105 ss.

⁹⁰ Cfr., entre otros, WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, 276 ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung*, 1986, especialmente 6 ss., 110 ss.; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer” bei riskantem Zusammenwirken*, 1991, 88 ss., 111 ss., 126 ss. y *passim*; DIEL, *Das Regreßverbot als allgemeine*

loable tendencia a la restricción de la responsabilidad penal del primer actuante imprudente, pero no ofrecen desde luego criterios (aunque sí algunos principios) practicables para distinguir autoría y participación imprudente⁹¹.

El panorama en la doctrina moderna española es diferente, pues mayoritariamente se acepta la posibilidad de distinguir autoría y participación también en los hechos imprudentes⁹². Importante en la creación de este estado de opinión fue el argumento aportado en su día por RODRÍGUEZ MUÑOZ⁹³, sobre la base de la regulación de la imprudencia en el CP 1944/73, de que la conducta objetiva es la misma en los delitos dolosos y en los imprudentes⁹⁴. Con el cambio de sistema de castigo de los delitos imprudentes operado en el vigente CP 1995, el argumento derivado de la ley no es tan evidente⁹⁵, pero, en cualquier caso, se sigue manteniendo por la doctrina mayoritaria la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes, desde diversas teorías (aunque las excepciones a esta doctrina mayoritaria suelen venir precisamente de los defensores de la teoría del dominio –final o consciente- del hecho, que se encuentran con las mismas dificultades para aplicar este criterio que la doctrina alemana mayoritaria⁹⁶). La razón última, se diga o no se diga, es casi siempre la de carácter políticocriminal anteriormente

Tatbestandsgrenze im Strafrecht, 1997, especialmente 315 ss., 330 ss. (combina principio de autorresponsabilidad y dominabilidad)

⁹¹ Evidentemente, la enumeración de intentos de restricción que precede y la valoración crítica realizada son muy insuficientes. Mucho más amplia es la exposición y valoración de todas ellas que ofrece ROSO, La autoría, tesis, 1999, especialmente 152 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 77 ss.], con múltiples ulteriores referencias, a menudo apoyadas en las opiniones de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Esta autora, discípula de LUZÓN PEÑA, comparte en líneas generales nuestras tesis sobre la autoría.

⁹² Para evitar largas citas, remitimos aquí a las instructivas y completas exposiciones de Pérez Manzano, Autoría 1999, 27 ss., y más ampliamente ROSO, La autoría, tesis, 1999, 309 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 218 ss.] (doctrina antigua), 334 ss., 415 ss. [Autoría y partic. imprud., 2002, 234 ss., 315 ss.] (doctrina moderna), con explicación de los argumentos de las diversas posturas y amplias referencias doctrinales. Ambas autoras defienden un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes (y ambas consideran además impune la participación imprudente).

⁹³ RODRÍGUEZ MUÑOZ, Notas de Derecho español al Tratado de Derecho Penal de E. Mezger I, 2.ª 1946, 204 ss., 207. No se refería aquí este autor estrictamente al tema de la autoría y la participación, sino que realizaba consideraciones generales sobre la naturaleza de los delitos imprudentes en el CP de la época.

⁹⁴ El CP 1944/73 castigaba los delitos imprudentes mediante un sistema de *numerus apertus*, en el cual unas cláusulas genéricas de castigo de las diferentes formas de imprudencia se ponían en conexión con los correspondientes tipos dolosos. Así, el primer párrafo del art. 565 de ese CP, en su última versión, señalaba en referencia a la imprudencia temeraria: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare dolo, constituiría delito, será castigado con la pena de ...”. Por tanto, el argumento era que el *hecho* era el mismo en los delitos dolosos y en los imprudentes.

⁹⁵ El nuevo CP establece un sistema de castigo excepcional y de *numerus clausus* similar al del StGB. No obstante, el argumento legal no puede considerarse totalmente inválido, pues, junto a tipos imprudentes que describen de modo autónomo la conducta típica, otros se remiten a los *hechos* o a los *delitos* de los artículos anteriores (o fórmulas similares), es decir a descripciones de delitos dolosos.

⁹⁶ Paradigmático en este sentido CEREZO, PG-Lecciones, 2.ª 2000, 187, 203 ss. (por citar sólo el último de sus trabajos en que se pronuncia en ese sentido, pues su postura la ha expuesto desde hace ya mucho tiempo también en otros), quien niega también (191, 197) la posibilidad de autoría mediata y de coautoría imprudentes.

apuntada: no existen razones para tratar (comparativamente) peor a quienes meramente favorecen imprudentemente un hecho imprudente que a quienes favorecen dolosamente un (más grave) hecho doloso.

Dentro de esta doctrina mayoritaria española, lo que se discute es si la participación imprudente se castiga conforme a las reglas generales en todos o en algunos casos o si resulta siempre impune⁹⁷. Como esta última es una cuestión interna del Derecho español, no nos detendremos en ella, aunque señalaremos que nos parece que la participación imprudente ha de resultar impune⁹⁸, por algunas razones derivadas de la propia regulación positiva de la participación (y quizá de la imprudencia) en el Derecho español, pero, sobre todo, por una razón de política criminal: dado que la participación en los sistemas restrictivos de autoría supone una extensión de la tipicidad, que el castigo de la imprudencia es excepcional y que la gravedad de los hechos imprudentes es (a igualdad de injusto objetivo) menor que la de los dolosos, conviene realizar una interpretación restrictiva, sustentada en el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del Derecho penal, excluyendo de la tipicidad y, por tanto, de la punición las formas de mero favorecimiento imprudente (que no reúna las características de la autoría) –y más aún las de favorecimiento meramente objetivo- de hechos imprudentes o dolosos, sin perjuicio de que las de favorecimiento imprudente puedan constituir un ilícito extrapenal. Es posible que esta solución conduzca a resultados insatisfactorios en algún caso particular cuyas peculiaridades hagan más peligrosa la participación imprudente; para tales casos puede recurrirse a la tipificación como delito autónomo de esa figura de favorecimiento o participación imprudente⁹⁹. Como puede apreciarse, de ser correcta esta opinión, la misma encajaría perfectamente en la regulación del StGB, pues sus §§ 26 y 27 excluyen expresamente de las formas de participación en sentido estricto las conductas imprudentes.

Con independencia de la cuestión de la punibilidad de la participación imprudente, consideramos por tanto conveniente y posible mantener un concepto restrictivo de autor

⁹⁷ Sobre las diversas opiniones al respecto, nos remitimos nuevamente a los trabajos de PÉREZ MANZANO, *Autoría*, 1999, 81 ss., y ROSO, *La autoría*, tesis, 1999, 514 ss. [*Autoría y partic. imprud.*, 2002, 395 ss.]. Ambas autoras defienden la impunidad de la participación imprudente.

⁹⁸ Así LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 ss. = DPCir, 2.ª 1990, 92 ss.; ADPCP 1989, 902 ss. (*Estudios Penales* 1991, 212 ss.); Curso PG I, 1996, 507 ss., entre otros lugares (de hecho LUZÓN PEÑA es probablemente el autor que más ha influido en la doctrina reciente en el sentido de considerar impune la participación imprudente); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, 1991, 283 n. 94; RDPCr 2 1998, 416 s., entre otros lugares.

⁹⁹ Así LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 902 (*Estudios Penales*, 1991, 212 s.).

en los delitos imprudentes, que ofrecería las mismas ventajas que en los delitos dolosos. Creemos además que el criterio caracterizador de la autoría que proponemos, especialmente en los delitos de resultado, es decir, la determinación objetiva y positiva del hecho, posee la ventaja de resaltar la característica específica de la autoría en todos ellos y servir por tanto, como ya hemos señalado, también para los delitos imprudentes.

Dicho esto, no obstante, como plantea LUZÓN¹⁰⁰, conviene dejar abierta la posibilidad de que la propia naturaleza de la determinación meramente objetiva del hecho en el caso de la imprudencia, en comparación con el dominio voluntario del hecho propio del dolo, pueda conducir, al menos en algunos casos a un concepto de autoría para los delitos imprudentes más amplio –o más restringido- que el de los delitos dolosos de resultado. El indagar a fondo esta posibilidad excede los límites de este trabajo.

Para concluir, dado que de nuestros postulados se deriva que es posible distinguir en el delito imprudente entre diversas formas de autoría y entre autoría y participación, citaremos a continuación algunos ejemplos, a modo de pequeña ilustración y sin que sea posible aquí una fundamentación más detallada.

b) Las formas de autoría en el delito imprudente

Puesto que la base objetiva de la autoría en los delitos imprudentes es, para nosotros, la misma que en los dolosos, ello significa que también en la imprudencia cabe distinguir las mismas formas de autoría que cuando hay dolo. La menos problemática es la *autoría inmediata o directa individual o unipersonal*, cuando sólo una conducta imprudente es determinante objetivamente del hecho¹⁰¹.

La *autoría mediata* imprudente tendrá lugar cuando, aunque sea sin quererlo, una conducta no cuidadosa determina, marca forzosamente el sentido y curso de una segunda conducta imprudente –o a veces incluso fortuita- que a su vez determina objetiva e inmediatamente el hecho, pero funcionando como mero instrumento de la primera, es decir, sin que la decisión de actuar haya sido plenamente consciente y libre. Aquí, no podrá afirmarse del autor mediato imprudente que realiza y determina el hecho utilizando o empleando consciente y voluntariamente a otro como instrumento (desde luego, no en

¹⁰⁰ LUZÓN PEÑA, RDCir 1984, 278 = DPCir, 2ª 1990, 92; ADPCP 1989, 900 (Estudios Penales 1991 210).

¹⁰¹ V. LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 (Estudios Penales, 1991, 208); PG I 1996 (509). Recuérdese, no obstante, lo advertido por LUZÓN (*supra* n. 53) sobre esta forma de autoría y la actuación de propia mano. Por otro lado, cuando simultáneamente tengan lugar varias conductas, cada una de las cuales realice totalmente el tipo, podrá hablarse de *pluriautoría* (*Mehrtäterschaft*).

la imprudencia inconsciente, aunque tal vez sí en la consciente), pero sí que realiza y determina el hecho a través de la conducta de otro que objetivamente funciona como instrumento del primero. Ello no sucederá sólo cuando la primera actuación imprudente fuerce o provoque falta de responsabilidad en la actuación del segundo, sino también cuando la primera conducta imprudente, por proceder de alguien con especial obligación o competencia o con una posición de superioridad (no es posible matizar aquí de qué grado), provoque error o suponga presión, coacción u orden para el ejecutor, que a su vez omite la prudencia debida. Ello sucede, por ejemplo, cuando un ingeniero industrial diseña una determinada maquinaria con fallos en el sistema de funcionamiento, o de sustentación o anclaje, que hicieran peligroso su funcionamiento posterior y, pese a que los defectos deberían haber sido reconocidos por los mecánicos cualificados encargados del montaje de la maquinaria, éstos no lo noten, confiados en la competencia del ingeniero, o se sientan especialmente presionados y no se atrevan a manifestar sus dudas, confiando finalmente en que no pase nada, por lo que efectúan la instalación de la maquinaria, que, al entrar en funcionamiento, provoca un accidente. Otro ejemplo de autor mediato imprudente puede ser el de la persona (supongamos que un policía de tráfico) que, sin el debido cuidado, da instrucciones erróneas a un conductor que realiza una maniobra de aparcamiento de manera incorrecta y fiándose de las instrucciones recibidas de quien dirige la maniobra, provocando daños personales o en las cosas con relevancia penal¹⁰².

La *coautoría* imprudente se producirá cuando sólo la conjunción de varias conductas no cuidadosas realizadas de común acuerdo (que, igual que sucede en la coautoría dolosa, no ha de tratarse de un acuerdo estricto y expreso) determina (y, por tanto, las diversas conductas co-determinan) el curso del hecho. Ello ocurrirá en múltiples supuestos de división de funciones o tareas o de trabajo en equipo, cuando se trate de posiciones coordinadas (de igualdad, si se quiere) y no de supra- y subordinación (por ejemplo, en la construcción de obras o viviendas, en el tratamiento médico y quirúrgico, etc.). También podrá apreciarse coautoría imprudente incluso en supuestos de imprudencia consciente por parte de quien ejecuta u ordena ejecutar la acción determinante del resultado, pero en los que la primera acción que aparentemente sólo

¹⁰² Con mayor detalle y con estos y otros ejemplos, sobre la autoría mediata imprudente LUZÓN PEÑA, Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente, RDCir 1984, (275 ss.), 280 ss. = DPCir, 2.ª 1990, (81 ss.), 98 ss.; ADPCP 1989, 898, 906 (Estudios Penales, 1991, 208 s., 216 s.); Curso PG I 1996, 509 s. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 634 s. n. 342.

colabora con o incita imprudentemente a la segunda, realmente es absolutamente co-determinante de la producción del acontecer típico, ya que la segunda lo determina no por sí sola, sino únicamente en unión de la primera sin que, por otra parte, quien realiza la segunda acción actúe como mero instrumento del que realiza la primera. Así, por ejemplo, un maestro de obras se presta voluntariamente, de acuerdo con las sugerencias del constructor y movidos ambos por el mismo ánimo de lucro, a construir un edificio con materiales de escasa calidad suministrados por el constructor, o con insuficiente proporción de cemento en el hormigón, lo que posteriormente da lugar a una catástrofe por hundimiento del edificio. La conducta del constructor es más que incitación o colaboración imprudente, pues, como de él dependen los empleados (y el material), su intervención es tan determinante en la construcción de la obra como la del maestro de obras: sólo la conjunción de ambas co-determina objetiva y positivamente el curso del hecho, y por tanto hay coautoría imprudente (en este caso normalmente coautoría mediata imprudente por utilización de los obreros como instrumentos inconscientes o no libres)¹⁰³.

Por fin, la *autoría accesoria* (aunque es dudoso que se trate de una figura autónoma de autoría como las anteriores) imprudente tendrá lugar cuando dos o más acciones descuidadas, efectuadas separadamente sin consciencia ni acuerdo recíprocos (se trata por tanto de un caso –no el único- de “conurrencia de culpas”), sin embargo co-determinan objetivamente el hecho. Ello sucede, por ejemplo, cuando el conductor de un coche, al llegar a un cruce, no respeta una señal de “stop” y se introduce sin detenerse en la vía preferente, y otro automovilista que llega por esta vía preferente lo hace desatento y a gran velocidad, sin respetar el límite de velocidad que había al acercarse al cruce, por lo que chocan ambos vehículos y, por ejemplo, se produce la muerte de algún o algunos pasajeros de uno o ambos vehículos. A diferencia de lo que ocurre en supuestos semejantes de autoría accesoria dolosa, en que si cada una de las conductas era insuficiente para producir el resultado, éste no podrá imputarse objetivamente a ninguna de las conductas dolosas y sólo habrá tentativas inidóneas (salvo que, en algunos casos, pueda establecerse simultáneamente una responsabilidad por imprudencia), en la autoría accesoria imprudente serán mucho más frecuentes (aunque no será la única posibilidad) los supuestos en que el resultado sea imputable a las dos o, al menos a una de las conductas imprudentes, por ser objetivamente previsible la posible concurrencia de otra

¹⁰³ Sobre la coautoría imprudente, en términos casi idénticos a los del texto, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 898 s., 906 s. (Estudios Penales 1991, 209, 217); Curso PG I 1996, 510. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 635 n. 344.

conducta (imprudente o diligente) que co-determine el curso del hecho, es decir, por ser adecuada esa forma (curso causal) de producirse el resultado, y por suponer éste, aunque su causación haya sido en conjunción con otra conducta, la realización de un riesgo inherente a aquella conducta imprudente y que la norma pretendía evitar¹⁰⁴.

c) La participación imprudente y la participación dolosa en el delito imprudente

Como se deduce de todo lo señalado anteriormente, en los casos en que una conducta imprudente favorezca o contribuya causalmente a la producción del resultado típico, pero sin llegar a determinar objetivamente el curso causal productor del resultado, el sujeto que actúa no es autor, sino simple partícipe imprudente, para nosotros impune. Si hay acuerdo o conjunción con otro o, al menos, consciencia del posible favorecimiento de la acción determinante de la producción del hecho, podremos hablar de participación imprudente (impune) en sentido propio o subjetivo. Si la concurrencia con la conducta determinante no es consciente ni buscada, se tratará de favorecimiento o participación imprudente objetiva o en sentido amplio (naturalmente también impune), es decir, de supuestos de “concurrencia de culpas” en que sólo una reúne los requisitos de la autoría, mientras que la otra es de simple favorecimiento. Así, por ejemplo, hay participación imprudente (impune) en sentido propio o subjetivo, concretamente inducción, en un delito imprudente de lesiones u homicidio cuando el pasajero de un coche anima o incita alocadamente al conductor a emprender un adelantamiento viniendo de frente otro automóvil a cierta distancia, a lo que el conductor accede, realizando la maniobra imprudente, con la consiguiente colisión y resultados lesivos. Habría mero favorecimiento objetivo o participación en sentido amplio imprudente (impune), por ejemplo, cuando un ciclista, infringiendo las reglas de tráfico, marcha en paralelo a otro ciclista, ocupando así a velocidad lenta buena parte de la mitad derecha de la calzada, y entonces un automovilista que llega detrás a fuerte velocidad, en vez de reducirla, para adelantar al ciclista que va más a la izquierda, rebasa la línea continua e invade bastante la mitad izquierda de la calzada en una curva sin visibilidad, chocando frontalmente con otro vehículo que circulaba correctamente por el lado de la carretera que el primero ha invadido, muriendo a consecuencia de ello el conductor del coche que circulaba correctamente. La conducta imprudente del primer ciclista ha favorecido el curso causal

¹⁰⁴ Así, sobre la autoría accesoria imprudente y con ulteriores precisiones, LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 899 y n. 26 (Estudios Penales, 1991, 209 y n. 26); Curso PG I, 1996, 510 y n. 9. V. además DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, 1991, 635 s. n. 344.

y la colisión, pero no ha determinado o co-determinado forzosamente la maniobra del conductor que realiza (como mínimo) el tipo de homicidio imprudente.

Siendo ello así, naturalmente también será también impune la mera participación o favorecimiento imprudente de un delito doloso. Así, en el “caso Vinader”, objeto de la sentencia del Tribunal Supremo español de 29-1-1983, el periodista Vinader publicó en una revista de gran difusión nacional un reportaje indicando que dos personas, de las que aportaba el nombre, fotografías y otros datos personales, eran miembros de grupos ultraderechistas que habían atentado contra miembros de la banda terrorista ETA. Días después, terroristas de ETA asesinaron a las dos personas aludidas. La sentencia considera que el informe contenido en el reportaje influyó causalmente en que se produjera el asesinato, pero no estima probado que existiera dolo, ni siquiera eventual, en el periodista, confirmando la condena en instancia a Vinader por un delito de homicidio imprudente. Desde nuestra perspectiva, la solución judicial del caso es incorrecta, pues su conducta imprudente no determinó objetivamente el curso causal de las muertes, sino que simplemente favoreció (o incluso quizá incitó) las conductas determinantes del hecho (las de los terroristas de ETA), y por tanto no constituyó autoría de homicidio imprudente (de dos homicidios), sino mera participación imprudente (impune) en dos asesinatos dolosos¹⁰⁵. De igual modo resulta impune la mera participación (no objetivamente determinante, por tanto) imprudente en acciones atípicas de autolesión o suicidio, en que la atipicidad e impunidad de la participación se ve reforzada¹⁰⁶ por las consecuencias del principio de accesoriedad limitada de la participación¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Así ya LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 904 ss.= Estudios Penales, 1991, 214 ss.; Curso PG I, 1996, 384 s., 507 s. En cambio, GIMBERNAT, Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del derecho a la libre expresión de las ideas, en: Varios autores, Libertad de expresión y Derecho Penal, 1985, 107 s. (Estudios de Derecho Penal, 3.ª 1990, 95 s.), discrepa también del resultado de la sentencia de instancia (que confirmó el Tribunal Supremo) por falta de prueba de la relación causal. Nuestra solución, sin embargo, evita entrar en este caso en la complicada cuestión de la prueba de la relación causal (o, en su caso, de la posibilidad de imputar objetivamente los resultados a la conducta imprudente de Vinader).

¹⁰⁶ Claramente en el caso de las autolesiones dolosas o imprudentes o en el supuesto de la causación imprudente de la propia muerte. En el caso del suicidio (causación dolosa de la propia muerte), el principio de accesoriedad sufre una quiebra por disposición expresa del CP español, pues su art. 143 castiga algunas formas de participación (hay que entender que dolosa) en sentido estricto en el suicidio (que es atípico).

¹⁰⁷ Toda la argumentación que precede en este apartado en LUZÓN PEÑA, ADPCP 1989, 902 ss. (Estudios Penales, 1991, 212 ss.); Curso PG I, 1996, 507 ss., con ulteriores ejemplos y matizaciones (como, p.ej., la de que en algunos supuestos la participación imprudente en sentido estricto o subjetivo en un hecho imprudente podría llegar a ser punible como participación dolosa –con dolo de peligro– en un delito doloso de peligro, cuando la conducta imprudente del autor se halle expresamente tipificada como delito de peligro). LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 511, señala que “si lo que determina objetivamente la producción del hecho es únicamente la conducta de un tercero o de la propia víctima, o incluso un fenómeno natural,

Sin embargo, las razones dogmáticas y políticocriminales que pueden esgrimirse a favor de la impunidad de la participación imprudente no concurren en absoluto cuando se trate de *participación dolosa* en el hecho de un autor imprudente. Aunque frecuentemente la intervención dolosa del sujeto de atrás constituirá ya autoría mediata del delito doloso por suponer una utilización del autor del delito imprudente como instrumento, no cabe descartar supuestos en que la intervención dolosa no reúna los requisitos de la autoría mediata. En esos casos, el interviniente doloso podrá ser castigado al menos como partícipe doloso en el hecho principal constitutivo de delito imprudente. Y, aunque en virtud de la accesoriedad, el marco penal del que hay que partir sea el del delito imprudente, la existencia de dolo en el partícipe puede ser tomada en cuenta en la determinación de la pena y puede resultar aconsejable en muchos casos imponerla en cuantía más elevada al partícipe doloso que al autor imprudente¹⁰⁸.

* * * * *

entonces será éste realmente el ‘autor del hecho’ (utilizando esas expresiones por extensión y sólo en un sentido naturalístico cuando se trate del sujeto pasivo o de un fenómeno natural), y por tanto la aportación causal de la conducta imprudente del sujeto será un mero favorecimiento o participación objetiva atípica”.

¹⁰⁸ Así LUZÓN PEÑA, Curso PG I, 1996, 509.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho, Univ. de León, España. Patrono de la FICP.

~Sobre límites constitucionales de la punición. Comentario a la acórdão N° 867/2021 del Tribunal Constitucional portugués¹~**I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA CONSTITUCIONAL**

Un ciudadano fue condenado a penas de dieciséis meses de prisión por cuatro delitos agravados de maltrato de animales domésticos. Plantea recurso de inconstitucionalidad contra la norma penal que tipifica tal delito, el artículo 387, apartados 1 y 2, del Código Penal, que dice así, en la redacción de 2014 que aquí importa (y que en la redacción dada por la posterior Ley 69 39/2020 no tuvo cambios que no afectan al tema que aquí se plantea):

“Artigo 387.º (Maus tratos a animais de companhia)

1 - Quem, sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos a um animal de companhia é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Se dos factos previstos no número anterior resultar a morte do animal, a privação de importante órgão ou membro ou a afetação grave e permanente da sua capacidade de locomoção, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”.

El análisis de la constitucionalidad de tal precepto penal se hace sobre la base del apartado 2 del artículo 18 de la Constitución portuguesa, cuyo tenor es el siguiente:

“La ley sólo puede restringir los derechos, libertades y garantías en los casos previstos expresamente en la Constitución, debiendo limitarse las restricciones a lo necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos”².

Según el Tribunal Constitucional, “el artículo 18^a número 2 del Código Penal consagra los principios de necesidad y de proporcionalidad del Derecho penal, positivando la regla de que el Derecho penal -derecho fragmentario y de última ratio- debe tener una función de protección de bienes jurídicos”.

Tal como expresa el Tribunal, en virtud de tal precepto constitucional la punición de conductas tiene su límite en “el principio de Derecho penal del bien jurídico”. “Manifestación específica del imperativo de proporcionalidad, al que se subordina

¹ <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210867.html>

² “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

transversalmente la restricción de derechos fundamentales, este principio se perfila como una barrera frente al exceso -sea arbitrario o simplemente inadvertido- en la restricción por vía penal del derecho a la libertad, prohibiendo toda criminalización que no pueda ser justificada en nombre de otros derechos o intereses constitucionalmente consagrados”.

En consecuencia, y como en la sentencia se resalta, para que se pueda castigar penalmente una conducta no basta que resulte censurable para el sentir ético-jurídico dominante en la comunidad, sino que ha de tratarse de que tal conducta ofenda en grado suficiente “un bien jurídico con dignidad constitucional”.

Téngase en cuenta que con la pena para el delito del que aquí se trata está en juego la libertad de los eventuales condenados, lo que afecta al derecho a la libertad consagrado en el artículo 27 de la Constitución de Portugal³.

II. A MODO DE EXCURSO. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Queda claro que del citado artículo 18, apartado 2, de la Constitución se desprende lo siguiente, según el propio Tribunal repite:

(i) Las libertades y derechos únicamente pueden restringirse en los casos que la Constitución prevea. En otras palabras, la ley no puede restringir ningún derecho o garantía de los sujetos si no es con base en una norma constitucional que permita tales restricciones.

(ii) Las restricciones de derecho y garantías únicamente pueden hacerse para salvaguardar derechos o intereses constitucionalmente protegidos.

(iii) Tales restricciones deben limitarse al grado estrictamente necesario para amparar esos derechos o intereses. En otras palabras, que el costo en derechos o garantías derivado de la protección de un derecho o interés constitucional no puede ser mayor de lo estrictamente exigido para hacer efectiva tal protección⁴. La sentencia que comentamos

³ Apartado 1 del artículo 27: “Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

Apartado 2: “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”.

⁴ Resulta muy interesante aquí no perder de vista lo que dice el apartado 3 del mismo artículo 18 de la Constitución portuguesa: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben tener carácter general y abstracto y no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión o alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales”.

lo dice así: “a lei só pode criminalizar uma conduta na medida necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses consagrados na Constituição”.

El Tribunal hace alguna concesión expresiva a la mitología de la ponderación, con sus tres tests: “Por outro lado, constituindo a restrição do direito à liberdade a consequência jurídica mais drástica de entre as que o ordenamento jurídico português admite, justifica-se que os limites da atuação legislativa que se traduza em sancionar uma dada conduta com essa consequência sejam entendidos como manifestações especialmente intensas do princípio da proporcionalidade. Não porque envolvam qualquer variação estrutural desse princípio: trata-se, ainda aqui, essencialmente de procurar as linhas a partir das quais o parâmetro constitucional se opõe e impõe à vontade da maioria democraticamente organizada. Antes porque permitem que logo à partida se assuma que os juízos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em que o mesmo se desdobra só serão positivos quando a favor dessa restrição militem nítidas exigências de proteção de outros direitos fundamentais, podendo neste sentido considerar-se que a margem de liberdade do legislador ordinário na criminalização de condutas é menos ampla do que o é na generalidade da sua atuação”

Como veremos, en la sentencia ese enfoque es puramente colateral o testimonial, pues la clave del juicio de constitucionalidad no se va a plantear realmente en términos de juicio de proporcionalidad, viendo si es más la afectación negativa del derecho de libertad del artículo 27 de la Constitución o la afectación positiva del derecho o bien constitucionalmente protegido por el artículo 387 del Código Penal. Comprobaremos que no hay nada que ponderare porque el tribunal opina que ese precepto penal no protege ningún bien jurídico con entidad constitucional. Pero la alusión *en passant* a la proporcionalidad nos da pie a alguna reflexión a modo de excurso.

El llamado principio de proporcionalidad penal se refiere a la debida equivalencia entre gravedad del delito y gravedad de la pena. Todos entendemos que si la ley prevé una pena de veinte años de cárcel para el que roba una bicicleta o seis meses de prisión para el que viola y mata a un bebé, hay desproporciones sangrantes ahí, sea por exceso o sea por defecto en la pena.

Ahora bien, la cuestión importante y difícil es cómo se mide la pena proporcionada para cada delito. La doctrina suele diferenciar entre proporcionalidad cardinal y proporcionalidad ordinal. La primera compara gravedad del delito y de su pena y la segunda compara penas de diferentes delitos con distinta gravedad. Por ejemplo, sobre

esto último, si el delito de lesiones se castiga con pena mayor que el delito de homicidio, diremos que hay falta de proporcionalidad ordinal.

Esas distinciones ayudan, pero no solucionan el problema. ¿Lo soluciona la aplicación de los pasos de la ponderación de Alexy, con sus tests de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto? Creo que no. Veamos por qué.

(i) Test de idoneidad. Toda pena es limitación de un derecho, sea el de libertad, el de propiedad, o el ejercicio de algún derecho político, como el de sufragio activo y pasivo, etc. El test de idoneidad nos diría que la norma penal que limita uno de esos derechos para no beneficiar a ninguno es inconstitucional. Una norma que me impusiera a mí pena de multa por tocarme la nariz mientras explico en las aulas universitarias parece que sería un ejemplo de tal despropósito. Pero es verdaderamente difícil imaginar una pena legalmente establecida que no reporte algún bien, real o imaginario, para algo o alguien.

Creo que ahí está la gran ventaja de la regulación constitucional portuguesa, ese es el beneficio que aporta el citado artículo 18,2 de la Constitución, pues viene a decirnos que ningún cálculo utilitarista o de mero interés social justifica la punición a una conducta, si no es un derecho o interés expresamente mencionado y protegido por la Constitución.

Eso restringe la cuestión del test de idoneidad, pero no la elimina, ya que cabrá preguntarse si, en una norma penal que proteja un bien constitucional, esa protección realmente se consigue en algún grado o en ninguno. Pero insisto en que me parece difícil concebir un caso, ya que tendría que tratarse de una norma penal absurda. Pensemos que la norma que castigue con una semana de pena privativa de libertad el homicidio es evidentemente desproporcionada, pero superaría el test de idoneidad, pues eso es más que nada.

(ii) Test de necesidad. Implica que la pena prevista es inconstitucional si el mismo nivel de protección del bien penal con la norma amparado se puede lograr con una pena más leve y, por tanto, menos limitativa de los derechos del autor de la respectiva conducta. Así, si para un delito de ofensa a las creencias religiosas se prevé pena privativa de libertad por un año y la misma eficiencia protectora tendría una pena de multa de mil euros, entonces aquella previsión legal sería inconstitucional por no ser la más benigna de las que resguardan igual el bien jurídico penal.

La idea es intuitivamente seductora, pero se me antoja de aplicación sumamente difícil. Para aplicarla de un modo no puramente arbitrario o ideológico, se necesitan datos criminológicos y hasta psicológicos suficientes, muy elaborados y que generalmente no se tienen.

En primer lugar, hay que saber qué considera el sujeto un coste más fuerte, de entre dos penas posibles. El ejemplo que hace un momento anterior puse es extremo, pero pensémoslo con más realismo así: ¿la mayoría preferiría un año de prisión, que seguramente no supondrá ingreso en la cárcel, o una multa de cien mil euros? En el sentir común ¿es más el dolor por perder un año de prisión (que seguramente no se cumple en la cárcel) o por perder cien mil euros? Dependerá, entre otras cosas, de cuánto dinero tenga cada uno, cómo se vaya a cumplir la pena de prisión, etc. Primera razón por la que es tan problemática la aplicación del test, fuera de los casos absurdos por extremos.

Por otra parte, hacen falta datos empíricos sobre el nivel de disuasión que tienen cada tipo de pena y cada intensidad de la pena. Para saber si una pena de multa de cien mil euros protege más, menos o igual el derecho de las víctimas (por ejemplo, de los creyentes, en el caso de los delitos contra los sentimientos religiosos) hay que saber en qué medida una y otra de esas dos penas que se comparan disuade a los eventuales delincuentes de realizar la acción típica. Y tales datos no acostumbran a tenerlos los tribunales que aplican el test; más allá, de nuevo, de los casos completamente obvios que en realidad no necesitan test ninguno, de tan evidente y extrema que es la desproporción.

(iii) Test de proporcionalidad en sentido estricto. La teoría dice que el grado de afectación negativa del derecho negativamente afectado por la pena (el derecho de libertad, en las penas privativas de libertad, el derecho de propiedad, en las penas de multa, etc.) debe ser menor o igual que el grado de afectación positiva del derecho o principio constitucional que la pena protege. Si ese balance sale negativo porque lo que pierde el derecho del penado es más que lo que gana el derecho de la víctima o el bien protegido, entonces la pena es inconstitucional.

Pongamos a prueba este test con el ejemplo anterior, el del delito contra los sentimientos religiosos. El Código Penal portugués, en su artículo 251, tipifica el delito de “ultraje por motivo de creencia religiosa”. Dice así:

1 - Quem publicamente ofender outra pessoa ou dela escarnecer em razão da sua crença ou função religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias.

2 - Na mesma pena incorre quem profanar lugar ou objecto de culto ou de veneração religiosa, por forma adequada a perturbar a paz pública.

¿Esa pena prevista para tales conductas es proporcionada o desproporcionada? ¿El grado de afectación del derecho a la libertad o la propiedad del autor es alto, medio o regular? ¿Y lo que gana así el bien protegido, las creencias religiosas que los ciudadanos tienen derecho a procesar, es mucho, regular o poco?

Creo honestamente que es imposible aplicar este test de proporcionalidad en sentido estricto en un caso así, pues las tasaciones del grado de afectación de un derecho u otro dependen enormemente de las convicciones estrictamente subjetivas de cada juzgador. Para empezar, no valorará la situación igual una persona con fe religiosa y una persona sin ella, ni una persona con un sentido muy militante de su religión que otra que no tenga fe y cultive, además, un fuerte sentido laicista.

El test de proporcionalidad en sentido estricto es otro de los que funcionan solamente cuando no hace falta; es decir cuando la desproporción es evidente a los ojos de cualquiera, aquí creyentes y no creyentes, conservadores y progresistas, etc., etc. Por ejemplo, si la pena por ese delito del artículo 251 fuera de cuarenta años de cárcel, todos la estimarían excesiva, pero no porque no pase el test de proporcionalidad en sentido estricto, sino porque el más elemental sentido común indica el absurdo de la regulación.

En resumen, estamos en un campo en el que claramente hemos de establecer si hay que dar prioridad al legislador legítimo, y que él valore y pondere dentro de unos muy amplios márgenes que nada más que tienen su límite en el absurdo que cualquiera ve, o si se prefiere que sean los tribunales los que en control abstracto de constitucionalidad o en el caso concreto decidan si la pena es excesiva por exceso o por defecto. La subjetividad o relatividad de las valoraciones se dará en ambas hipótesis, pero con una diferencia capital: las valoraciones del legislador están dotadas de legitimidad democrática; las del juez, no.

III. EL RAZONAMIENTO DEL TRIBUNAL EN ESTE CASO

Como ya he puesto de relieve, el Tribunal no compara grados de intensidad de la pena limitadora de derechos, por un lado, y del bien jurídico penal en juego, por otro, y no compara porque antes de comparar hay que decidir si había bien jurídico penal protegido por el artículo 387 del Código Penal, que castiga el maltrato de animales

domésticos. Y todo ello con la magnífica limitación puesta por el artículo 18.2 de la Constitución portuguesa, que ya se ha mencionado.

El Tribunal concluye, por mayoría, que esa norma es inconstitucional porque no salvaguarda ningún derecho o interés constitucionalmente protegido. Para fundar esa tesis, y el correspondiente fallo de inconstitucionalidad, se argumenta de un modo que considero ejemplar y extraordinariamente interesante, pues se pasa revista a todos los derechos o bienes constitucionales en los que podría anclarse esa norma penal que castiga el maltrato a los animales domésticos.

No voy a repasar la gran lista de posturas doctrinales que en tal sentido confronta la sentencia, pero concluir que ninguna de ellas puede salvar la constitucionalidad del precepto. Menciono nada más que un par de ellas. Pero antes, subrayo lo que me parece más importante y meritorio en esta sentencia: la insistencia en que para que una conducta pueda ser penada no basta el desagrado que socialmente provoque, su incompatibilidad con la moral social mayoritaria, el modo en que pueda herir la sensibilidad de muchos, la conveniencia política, económica, etc., de castigarla... No, o se cumple con el artículo 18 de la Constitución y se protege un derecho o interés constitucionalmente mencionado o la norma es inconstitucional. Me parece digna de toda alabanza esa situación y esa claridad en Portugal.

Y añadiría que tal planteamiento no implica que ciertos bienes, como aquí los animales domésticos, queden desprotegidos. Estamos hablando de los límites del Derecho penal, que es ultima ratio, no de los límites del Derecho sancionador en general o de otros medios regulativos en pro de objetivos sociales. Siempre quedará el Derecho administrativo sancionador, también dentro de su marco constitucional y legal, el Derecho de daños, etc.

Primero de todo, en la sentencia se insiste que el poder constituyente puede introducir en la Constitución una norma protectora de los animales y su integridad, de manera similar a como se ha hecho en Alemania mediante la reforma, en 2002, del artículo 20 de la Constitución. *Lo que sabiamente veta el Tribunal Constitucional portugués es que sea el legislador ordinario el que pueda añadir normas a la Constitución.* Igual que tampoco puede sacarlas de su chistera y agregarlas a la Constitución el propio Tribunal Constitucional.

Los dos principales anclajes que variados autores proponen para el artículo 387 del Código Penal y que el Tribunal rechaza son los del derecho al medio ambiente y la dignidad humana. Veamos por qué.

Sobre la dignidad humana como fundamento posible de la norma en cuestión, se remite el Tribunal a su propia jurisprudencia y cita el Acórdão n.º 134/2020, donde ya dejó dicho que la dignidad humana no vale como fundamento exclusivo de una punición: “qualquer norma incriminatória poderia justificarse, praticamente sem ulterior especificação normativa, em nome da proteção da dignidade da pessoa humana ínsita no artigo 1. da Constituição”. Las reservas del Tribunal se deben, otra vez en sus palabras, a que “o elevado grau de abstração que o caracteriza tende a impedi-lo de desempenhar adequadamente funções prescritivas concretas” y “o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por ter um conteúdo de tal modo amplo (idêntico afinal de contas a um dos elementos constantes da tradição do Estado de direito) que não chega a ter densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas”.

Me permito calificar de espectacular la claridad y valentía del tribunal sobre tal cuestión de la función del valor constitucional dignidad humana:

“Se o princípio da dignidade da pessoa humana não pode geralmente fundamentar direitos subjetivos de modo direto e autónomo, mais dificilmente ainda poderá fundamentar, desse modo direto e autónomo, restrições a esses mesmos direitos. O seu elevado grau de abstração prejudica a sua utilização tanto para um efeito como para o outro, mas a segunda apresenta-se ainda como uma utilização contra libertate, o que por si só suscita fundadas dúvidas teleológicas e axiológicas. Pode então dizer-se que a abstração do princípio da dignidade da pessoa humana o impede, em via de regra, de ser visto como fonte de prescrições precisas”.

“Sem a referência de um direito ou interesse específico, é a própria avaliação da proporcionalidade que fica inviabilizada, por nada haver num dos pratos da balança que seja minimamente mensurável”.

“Se o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, pese embora a sua longa história, permanece extremamente difícil de definir, em virtude do elevadíssimo grau de abstração que o caracteriza, quando estendido aos animais tornar-se-ia verdadeiramente intangível e mais dificilmente ainda poderia, portanto, constituir fonte de soluções normativas concretas para tais efeitos”.

En cuanto al derecho constitucional al medio ambiente (artículo 66 de la Constitución de Portugal) como posible fundamento de aquella norma penal, subraya la sentencia que no se capta cómo la protección penal de los animales domésticos o de compañía, y sólo de estos, se puede incardinar en la protección del medio ambiente o considerarse parte de los derechos ambientales. Vendría a ser, concluyo e interpreto yo mismo, como si la protección penal de la vida o la integridad de los seres humanos se

remitiera también a la protección del medio ambiente. El artículo 66 de la Constitución se refiere a y protege “el ambiente globalmente considerado y no es posible extraer de ahí la justificación constitucional de la punición de daños a animales “individualmente considerados”.

En verdad, el Tribunal Constitucional está haciendo aquí sutiles y muy bien documentadas interpretaciones de normas constitucionales como las del artículo 1 o el artículo 66 de la Constitución, a efectos de fijar no solamente sus significados posibles, sino también su referencia o alcance, el campo que cubren y el objeto o peculiaridad de la protección que brindan. Eso sí me parece mucho más fructífero y “jurídico” que ponderar a saco y de frente, sin encomendarse más ni a Dios ni al Diablo ni al Derecho propiamente dicho.

El fallo, pues, es que “todo considerado, resulta inevitable concluir la inexistencia de un fundamento constitucional para la criminalización de los malos tratos a animales de compañía, prevista en el artículo 287 del Código Penal”, y todo ello con base en que “la vigente redacción de la Constitución de la República Portuguesa, que es la que se impone al Tribunal Constitucional como parámetro de control de las normas aprobadas por el legislador. *Concluir otra cosa implicaría que este Tribunal reemplaza al poder constituyente, rebasando las competencias que por ese mismo poder le fueron conferidas*” (el resaltado es mío). Fabuloso.

Una última observación. La sentencia va acompañada de dos “declaraciones de voto”, correspondientes a la magistrada Juana Fernandes Costa y al magistrado Gonçalo Almeida Ribeiro. Ambos argumentan con calidad y gran solvencia.

Los dos opinan que sí es posible encontrar base constitucional para el castigo penal del maltrato a los animales. La magistrada Fernandes Costa propone que se consideren bienes constitucionales no sólo los que expresamente son nombrados en el texto constitucional sino también “aquellos que, a pesar de no encontrarse positivados en la Constitución, sean, no obstante, hermenéuticamente discernibles e individualizables a partir de sus normas”, estando la clave y el límite de tales operaciones hermenéuticas en “el orden axiológico jurídico-constitucional”. Se propone una práctica muy relacionada con lo que algún día se llamó jurisprudencia constitucional de valores y que subraye la dinámica constitucional como dinámica de evolución en el contenido de esos valores constitucionales.

Es así como concluye que “la Constitución abre la puerta a una comprensión del Derecho penal del bien jurídico de base no exclusivamente antropocéntrica, permitiendo la atribución de relevancia penal a bienes jurídicos que, a pesar de que no giran en torno a las dimensiones existenciales individuales o colectivas de la persona, forman parte, expresa o implícitamente, del orden axiológico jurídico-constitucional”. Y así concluye que la protección penal de los animales de compañía se justifica no tanto en que sean seres sintientes, como en el tipo de relación que con ellos ha establecido el ser humano al sacar los de su vida en la naturaleza.

Pese a que la norma penal en examen sí tendría sustento en un bien constitucional, concluye esta magistrada que el artículo 387 del Código Penal es inconstitucional porque vulnera el principio de tipicidad debido a la alta indeterminación de su texto. Es inconstitucional por incompatible con el artículo 29.1 de la Constitución, no por causa del artículo 18.

Parecida es la posición del magistrado ALMEIDA RIBEIRO. Encuentra el sustento de la defensa penal de los animales domésticos en algo así como principios constitucionales implícitos, como el que vincularía a la dignidad humana la protección de los animales en cuanto seres vivos dotados de sensibilidad. Su postura es la propia de un constitucionalismo axiológico y con una idea materializadora o moralizante de la Constitución, y desde ahí explica que los animales de compañía, domesticados y en buena medida “desnaturalizados” por los humanos, dependen de estos para la supervivencia y protección, y que por eso es mayor y especial la responsabilidad humana por su bienestar. E insiste en que es posible, así, hallar el fundamento constitucional para la norma penal analizada.

Pero seguidamente afirma que ese artículo 387 del Código Penal es inconstitucional, pero no en razón de aquel artículo 18 de la Constitución que exige que solo se pene el atentado contra derechos y bienes constitucionales, sino por causa del artículo 29.1 de la Constitución, que exige tipicidad, ley cierta. Y resultaría que el tipo penal del artículo 387 es extremadamente abierto al describir el contenido de la acción punible.

Otra defensa ejemplar de una pauta esencial para un Derecho penal civilizado, como se ve en esta conclusión: “Es evidente que en un Estado de Derecho sería impensable que el destinatario de la *ley pena* tuviese la carga de corregir todas estas deficiencias de expresión y de suplir todas estas oscuridades imputables al legislador”.

Al menos por esta vez, he sentido seria envidia al de los portugueses y de su Tribunal Constitucional.

* * * * *

Prof. Dr. Vittorio Manes

Catedrático de Derecho Penal, Univ. degli studi di Bologna. Socio de la FICP.

~Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della consulta)~

Sumario.- I. La “riscoperta” del significato letterale. — II. Il contesto: la dissoluzione dei limiti interpretativi e l'incalcolabilità delle conseguenze giuridico-penali. — III. Il rinnovato ripudio dell'analogia *in malam partem*. — 1. La sentenza n. 115 del 2018. — 2. La sentenza n. 98 del 2021. — IV. Criteri interpretativi e gerarchizzazione. — V. Deontologia ermeneutica e doveri dell'interprete. — 1. Casi recenti di “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale”: il reato di finanziamento illecito ai partiti politici esteso al “candidato sindaco”. — 2. (*segue*): la fattispecie di turbativa (art. 353 *bis* c.p.) applicata agli affidamenti diretti. — 3. (*segue*): il caso del c.d. *insider* di se stesso. — VI. Nelle pieghe della sentenza n. 150 del 2021: proporzionalità come criterio ermeneutico. — 1. Interpretazione orientata alla proporzionalità, ingerenza nei diritti fondamentali e *chilling effect*: il “nodo” della corruzione del parlamentare. — 2. (*segue*) ancora sulla punibilità del c.d. *insider* di se stesso. — 3. Interpretazione orientata alla proporzionalità rispetto al minimo editale. — VII. Il monito della Corte costituzionale: solamente *bons mots*?

I. LA “RISCOPERTA” DEL SIGNIFICATO LETTERALE.

Non è più solo un *wishful thinking*: l'attenzione della giurisprudenza costituzionale sul versante dell'interpretazione in campo penale si è indubbiamente ridestata, recependo finalmente gli stimoli critici formulati dalla dottrina più attenta — con intensità e preoccupazione crescente negli ultimi anni — in ordine ai limiti invalicabili che si impongono ad una ermeneutica rispettosa delle garanzie fondamentali. Anzi, sembra che la Corte — in almeno due importanti occasioni — si sia chiaramente disposta a raccogliere e rilanciare il monito più rigoroso, indicando come punto di riferimento essenziale di una interpretazione costituzionalmente orientata il criterio letterale, inizio e fine di ogni esperimento esegetico: un riferimento a più riprese segnalato anche dal Maestro a cui questi scritti sono dedicati, censurando “scorribande ermeneutiche” nel diritto penale d'impresa¹ ed additando l'“interpretazione creativa” — più in generale — come “rinnovata violazione di principi fondamentali”².

¹ N. MAZZACUVA, Lo straordinario “sviluppo” delle false comunicazioni sociali nel diritto penale giurisprudenziale: tra legittime istanze punitive e “irrazionali” soluzioni interpretative, in *Crit. dir.*, 1995, 283 ss.

² Tra i molti studi, v. N. MAZZACUVA, A proposito della “interpretazione creativa” in materia penale: nuova “garanzia” o rinnovata violazione di principi fondamentali?, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini-C.E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, 437 ss.; ma v. anche già ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione: spunti problematici*, in *Foro it.*, 1998, 491 ss.; ed ancora, ID., Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza, in *Criminalia*, 2010, 367 ss.; ID., Il diritto penale ‘massimo’ tra incremento dei tipi punitivi e ‘addizioni’ giurisprudenziali, in *AA.VV.*, *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Roma, 2017, 311 ss.

II. IL CONTESTO: LA DISSOLUZIONE DEI LIMITI INTERPRETATIVI E L'INCALCOLABILITÀ DELLE CONSEGUENZE GIURIDICO-PENALI.

Una presa di posizione tanto decisa — è appena il caso di evidenziarlo — non era certo scontata, specie per una Corte che — anche recentemente — non ha esitato a definire il criterio letterale “[...] metodo primitivo, sempre”³, e che anche in materia penale ha concesso uno spazio estremamente significativo all’interpretazione giurisprudenziale e al “diritto vivente”⁴, visti persino come anticorpi “naturali” e necessari per controbilanciare l’endemico *deficit* di tassatività e determinatezza che contamina la “nomorrea penale”⁵.

Ma è chiaro a tutti che in un breve torno di tempo è mutata la stessa topografia della legalità penale, incalzata dall’esplosione delle fonti e, soprattutto, dal protagonismo del diritto giurisprudenziale⁶: ed è verosimile che il cambio di rotta nell’approccio della Consulta sia stato determinato dalla progressiva ingravescenza del problema interpretativo⁷, e dalla sensazione che — negli ultimi anni — per diverse ragioni la prevedibilità del divieto penale *in action* sia divenuta difficile da garantire⁸, e con essa sia diventata *quantité négligeable* la stessa calcolabilità delle conseguenze criminali, semplicemente imponderabili — nei più diversi ambiti — nell’era del “diritto penale totale”⁹.

III. IL RINNOVATO RIPUDIO DELL’ANALOGIA IN MALAM PARTEM.

Su queste basi si spiegano le affermazioni inconsuete e perentorie che si registrano — in particolare — in due decisioni con le quali la Corte ha ribadito, a lettere di fuoco, il ripudio per l’analogia in malam partem, manifestando una rinnovata, sorvegliata

³ Affermazione che si rinviene nella sentenza n. 1 del 2013, dove è rivolta, in particolare, all’interpretazione dei principi costituzionali.

⁴ Tra le più significative, Corte cost. n. 327 del 2008 e n. 5 del 2004, con una posizione pienamente ribadita, di recente, dalla sentenza n. 172 del 2014.

⁵ G. FORTI, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2019.

⁶ Di recente, con chiari accenti critici, v. il penetrante saggio di V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020; per una ricostruzione sistematica dei rapporti attuali tra giurisprudenza e diritto penale, si veda altresì A. CADOPPI, voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen., Agg.*, 2017, 411 ss.; l’impatto della giurisprudenza-fonte sull’assetto tradizionale dell’interpretazione e/o sulle sue “coordinate teoriche tradizionali” — sospingendo “in una direzione pragmatica e quindi (sostanzialmente) ermeneutica” — è al centro della scintillante riflessione di O. DI GIOVINE, *L’attuale, il frainteso e il superato dell’ermeneutica penale nel contesto italiano*, in *Ars interpretandi*, 2020, 67 ss., in ptc. 77 ss.

⁷ Per un’attenta riflessione sulla qualità della legge penale, D. PULITANO, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2015, in ptc. 32 ss.

⁸ Tra gli altri, M. DONINI, *Fattispecie o “case law”? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, 79 ss.

⁹ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019.

attenzione per il duplice fondamento del relativo divieto, quale cardine della separazione dei poteri volto a “garantire la conformità alla legge dell’attività giurisdizionale mediante la produzione di regole adeguatamente definite per essere applicate” e, al contempo, strumento di protezione del singolo — ed autentico *Abwehrrecht* — rispetto a “punizioni a sorpresa”.

Segnaliamo due passaggi della menzionata giurisprudenza che appaiono emblematici della *nouvelle vague*.

1. La sentenza n. 115 del 2018.

Il primo è tratto dalla decisione, notissima, che ha chiuso la c.d. “saga Taricco”, la sentenza n. 115 del 2018, dove la Corte ha censurato l’indeterminatezza della disposizione evocata a riferimento dal giudice (l’art. 325 TFUE), segnalando come “il testo non permette alla persona di prospettarsi la vigenza della regola Taricco”. Al riguardo, la Corte ha, da un lato, evidenziato che “La sentenza M.A.S. ha enfatizzato, a tal proposito, la necessità che le scelte di diritto penale sostanziale permettano all’individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l’aiuto dell’interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici”; dall’altro, ha tuttavia precisato che “Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell’Unione, in quanto rispettoso dell’identità costituzionale degli Stati membri) l’imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato a scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”; per concludere rimarcando che “Se è vero che anche « la più certa delle leggi ha bisogno di “letture” ed interpretazioni sistematiche » (sentenza n. 364 del 1988), resta fermo che esse non possono surrogarsi integralmente alla previa *lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone « la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione » (sentenza n. 364 del 1988) [...]”.

2. La sentenza n. 98 del 2021.

Il secondo è tratto da una più recente decisione, la sentenza n. 98 del 2021, certo

non passata inosservata tra gli osservatori più autorevoli ed attenti a questi temi¹⁰.

In tale pronuncia si legge: “Il divieto di analogia non consente di riferire la norma incriminatrice a situazioni non ascrivibili ad alcuno dei suoi possibili significati letterali, e costituisce così un limite insuperabile rispetto alle opzioni interpretative a disposizione del giudice di fronte al testo legislativo. E ciò in quanto, nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo di legge — non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza — che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore. Ciò vale non solo per il nostro, ma anche per altri ordinamenti ispirati alla medesima prospettiva, come dimostra la giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, secondo cui in materia penale “il possibile significato letterale della legge fissa il limite estremo della sua legittima interpretazione da parte del giudice” [...].” Ed ancora: “[...] E dunque, il pur comprensibile intento, sotteso all’indirizzo giurisprudenziale cui il rimettente aderisce, di assicurare una più intensa tutela penale a persone particolarmente vulnerabili, vittime di condotte abusive nell’ambito di rapporti affettivi dai quali esse hanno difficoltà a sottrarsi, deve necessariamente misurarsi con l’interrogativo se il risultato di una siffatta interpretazione teleologica sia compatibile con i significati letterali [...]”¹¹, giacché, altrimenti, l’esito sarebbe “una interpretazione sostenibile dal punto di vista teleologico e sistematico, sulla base delle ragioni ampiamente illustre dal rimettente, ma comunque preclusa dall’art. 25, secondo comma, Cost.”.

IV. CRITERI INTERPRETATIVI E GERARCHIZZAZIONE.

Dai passaggi richiamati emerge chiaramente il rilievo delle affermazioni in essi contenute, ma la loro significatività e forse, la portata propriamente innovativa si colgono appieno — a nostro avviso — in alcune precisazioni di contorno.

¹⁰ V. in particolare i contributi di F. PALAZZO, Costituzione e divieto di analogia, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2021, 1218 ss. e L. RISICATO, Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021, in *disCrimen*, 16 luglio 2021.

¹¹ “...dei requisiti alternativi “persona della famiglia” e “persona comunque [...] convivente” con l’autore del reato; requisiti che circoscrivono — per quanto qui rileva — l’ambito delle relazioni nelle quali le condotte debbono avere luogo, per poter essere considerate penalmente rilevanti ai sensi dell’art. 572 cod. pen.”.

La Corte non si limita, infatti, ad affermare la valenza primordiale — nell’architettura costituzionale — del divieto di analogia *in malam partem*, evidenziandone — come accennato — la duplice valenza garantistica nella dimensione della separazione dei poteri e dell’istanza di protezione del singolo; ma si diffonde in una chiara gerarchizzazione tra i criteri interpretativi, che come ben noto contano ormai un novero amplissimo e, soprattutto, sono frequentemente invocati dall’interprete senza precise regole di prevalenza dell’uno sull’altro, dando volta a volta rilievo — a seconda dell’esito che si intende avvalorare — all’interpretazione testuale, storica, originalista, intenzionista, sistematica, teleologica, orientata ora alla *ratio legis*, ora alla ragionevolezza, ora alle conseguenze, ovvero evocando la tradizionale interpretazione conforme a Costituzione, o — sempre più — all’interpretazione conforme al diritto UE, alla Convenzione EDU, etc.

Quasi prendendo atto che i diversi criteri interpretativi disegnano ormai un Pantheon dove nessun dio domina sull’altro, la Corte — in particolare nella sentenza n. 98 del 2021 — ribadisce la primazia del criterio letterale tanto rispetto al criterio teleologico quanto rispetto al criterio sistematico, e rimarca inoltre che ogni “torsione ermeneutica” trova — sempre e comunque — un limite nella *littera legis* anche al cospetto di “pur comprensibili” istanze di tutela — e di pressanti esigenze general-preventive, verrebbe da dire — che possano affiorare nel caso concreto.

Il giudice, insomma, deve arrestarsi ai “cancelli delle parole” ¹²: e non è superfluo evidenziare che la preminenza assiologica del divieto di analogia viene riconosciuta anche qualora le istanze di tutela che fomentano letture teleologiche o estensive possano vantare una precisa caratura costituzionale, come appunto era nel caso concreto al cospetto della valorizzazione dei profili personalistici sottesa alla dilatazione delle nozioni di “famiglia” e di “convivenza”. Il che significa — è stato autorevolmente osservato — in primo luogo che “l’osservanza del divieto di analogia ha un valore assoluto, sottratto a qualunque bilanciamento con altri valori pur costituzionalmente rilevanti e anzi in via di crescente affermazione nell’ordinamento”; in secondo luogo, che “l’interpretazione conforme a Costituzione non è un procedimento interpretativo più “libero” degli altri, non è ricerca di un risultato interpretativo comunque conforme a Costituzione, ma è piuttosto scelta fra più possibili significati, tutti interni però al

¹² N. IRTI, I cancelli delle parole, ES, 2015.

perimetro semantico della disposizione, di quello che appare conforme o più conforme a Costituzione”¹³.

Ancora: sempre nella sentenza n. 98 del 2021 sembra emergere — in filigrana — anche una preminenza assegnata alla *tassatività della legge* rispetto alla *prevedibilità dell’interpretazione*, e dunque un ritorno alla “legalità legale” rispetto alla “legalità giurisprudenziale”, visto che — è stato ancora evidenziato¹⁴— l’interpretazione che la Corte ostracizza additandola di “analogia vietata” poteva dirsi, non implausibilmente, in concreto “prevedibile”, in quanto maggiormente congeniale all’evoluzione sociale del concetto di “rapporti di famiglia” e ad una nozione “dinamica” di convivenza, e dunque maggiormente consentanea — verrebbe da dire — al *common law of the land*.

In definitiva, non vi è dubbio che questa criteriologia e — soprattutto — la precisa gerarchizzazione che ne segue rappresentino una importante accentuazione ed un significativo sviluppo nell’evoluzione della giurisprudenza costituzionale: sviluppo non scontato né banale, come testimoniano pronunce di legittimità dove l’argomento testuale “immediato e diretto” per comprendere il senso del divieto è spesso vittima di sovrascritture teleologiche o sistematiche, se non assunto a semplice *starting point* per instradare una ricostruzione ermeneutica fatalmente curvata *in malam partem*. E non vi è dubbio che il richiamo perentorio della Corte all’osservanza del divieto di analogia è un monito per il giudice della nomofilachia ma al contempo un monito rivolto ai giudici comuni, invitandoli ad assoggettare ad un più attento controllo critico anche e proprio “quelle operazioni interpretative [...] che, sotto le mentite spoglie dell’interpretazione teleologica o addirittura conforme a Costituzione, gabellano una vera e propria analogia costituzionalmente vietata”, esortandoli dunque a non adagiarsi su posizioni recettizie comode quanto inappaganti¹⁵.

V. DEONTOLOGIA ERMENEUTICA E DOVERI DELL’INTERPRETE.

Chiaro il monito, altrettanto chiaro il destinatario, dunque: il giudice — di legittimità come di merito — è tenuto a considerare impercorribili interpretazioni lasche e ad abbracciare con decisione un approccio rigorosamente antianalogico, seguendo una vera e propria “deontologia ermeneutica”¹⁶. Ciò significa che nei casi dubbi il giudice

¹³ F. PALAZZO, in Dir. pen. proc., n. 9/2021, 1222.

¹⁴ Sempre da F. PALAZZO, in Dir. pen. proc., n. 9/2021, ibidem.

¹⁵ Così ancora F. PALAZZO, in Dir. pen. proc., n. 9/2021, 1222.

¹⁶ Sul punto, volendo, V. MANES, Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”, in Cass. pen., 6, 2018, 2226 ss.

dovrà propendere per considerare analogica — e non semplicemente estensiva — l’opzione ermeneutica prefigurata, ed astenersi dal percorrerla (*in dubio pro analogia et abstine*); e che di fronte ad ambiguità legislative dovrà optare per una lettura interpretativa “tassativizzante e tipizzante” — come ormai recita un *refrain* condiviso dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷ come dalla stessa Corte costituzionale¹⁸ — per controbilanciare con una ermeneutica restrittiva i difetti di tassatività della legge.

Le occasioni di doverosa sperimentazione di questo “*self-restraint* ermeneutico” sono offerte — nei settori più disparati — dalla stessa giurisprudenza, spesso incline a rileggere le norme alla luce di *ratio* e finalità generate dall’intento di assicurare la massima gittata ai presidi penali per assicurare asserite istanze di tutela, che l’interprete ritiene di supportare secondo il proprio progetto di *Kriminalpolitik im kleinen*, e che tuttavia finiscono per obliterare il testo della disposizione, esitando in una “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale”¹⁹.

1. Casi recenti di “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale”: il reato di finanziamento illecito ai partiti politici esteso al “candidato sindaco”.

Così è accaduto, ad esempio, quando si è inteso estendere il divieto di finanziamento illecito ai partiti politici al candidato sindaco di un Comune, nonostante la disposizione dell’art. 7, commi 2 e 3, l. n. 195 del 1974, a mezzo del rinvio operato dall’art. 4, comma 1, l. n. 659 del 1981, ne estenda l’applicazione “ai membri del Parlamento nazionale, ai membri del Parlamento europeo, ai consiglieri regionali, provinciali e comunali, *ai candidati alle predette cariche*, ai raggruppamenti interni dei partiti politici nonché a coloro che rivestono cariche di presidenza, di segreteria, e di direzione politica e amministrativa a livello nazionale, regionale, provinciale e comunale nei partiti politici”²⁰.

Sulla base di una interpretazione asseritamente imposta da coerenza e ragionevolezza e dall’esigenza di sanare una lacuna sopravvenuta — palesata sottolineando “l’assenza di ragioni per le quali al candidato sindaco dovrebbe essere

¹⁷ A partire da Cass., SS.UU., 27 aprile 2017 (dep. 05/09/2017), n. 40076, imp. Paternò, in tema di misure di prevenzione personali.

¹⁸ Corte cost. n. 25 del 2019, sulla quale, tra gli altri, F. MAZZACUVA, L’uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari Costituzionali?, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2, 2019, 987 ss.

¹⁹ Per riprendere il titolo di un celebre saggio di G. MARINUCCI, L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie legale”, in RIDPP, 2007, 1254 ss., sulla traccia degli studi di KLAUS TIEDEMANN.

²⁰ Cass., Sez. VI, 21 ottobre 2020-3 maggio 2021, n. 16781.

consentito ciò che a tutti è vietato” — si è superato il chiaro ed univoco tenore letterale della disposizione, equiparando *in malam partem* la figura del candidato sindaco a quella del candidato consigliere comunale, sulla base dell’art. 73, comma 11, d.lgs. n. 267 del 2000: trascurando così che l’assunzione della qualifica di consigliere comunale per il candidato sindaco non è affatto automatica, ma dipende dalla circostanza — futura ed incerta — che il soggetto sia “collegato a una lista che abbia ottenuto almeno un seggio”; e trascurando, soprattutto, che proprio in doverosa osservanza della *littera legis* una precedente decisione della stessa Suprema Corte — l’unica, a quanto consta — aveva perentoriamente rigettato questa opzione interpretativa tacciandola, apertamente, di analogia vietata ²¹.

2. (segue): la fattispecie di turbativa (art. 353 bis c.p.) applicata agli affidamenti diretti.

Così accade, ad esempio, quando si intendono estendere le fattispecie di turbativa d’asta o di turbativa nella scelta del contraente — e specie quest’ultima — ai casi di affidamento diretto di lavori, ritenendo che vi rientri “anche la deliberazione a contrarre qualora la stessa, per effetto della turbativa, non preveda l’espletamento di alcuna gara, bensì l’affidamento diretto ad un determinato soggetto economico”, giacché la fattispecie “non circoscrive affatto il novero delle procedure tutelate” ma si presterebbe ad “un’interpretazione di segno ampio, pienamente conforme alla *ratio legis*” ²² — si ha un esempio eclatante — a nostro sommo avviso — di analogia *in malam partem*, pur ammantata sotto le candide vesti della *ratio legis* e, dunque, “pudicamente” nascosta —

²¹ Si tratta di Cass. pen., sez. III, 29 novembre 2016, n. 28045 che, chiamata a decidere un caso esattamente sovrapponibile, ha escluso in radice l’estensione del divieto penale in esame al “candidato sindaco”, rilevando come emergesse « *ictu oculi l’assenza del nominativo del sindaco (o candidato a tale carica)* » nel testo dell’art. 4 della l. n. 659/1981. In tale precedente — l’unico in termini — la Corte aveva evidenziato « *che l’indicazione dei soggetti destinatari individuati dall’art. 4 comma 1 della L. 659/81 sia tassativa* », ritenendo peraltro trattarsi di « *norma di stretta interpretazione in relazione alla valenza penale che essa assume per il richiamo alla L. n. 195 del 1974, art. 7, comma 3* », su queste basi dunque negando che l’estensione a determinate categorie di soggetti non menzionate dal testo di legge potesse qualificarsi come meramente “estensiva”. In sostanza, i giudici escludono l’applicabilità della fattispecie appunto per non ricorrere ad una inammissibile analogia *in malam partem*, ritenendo anche che tale operazione ermeneutica non potesse « *[...] giustificarsi sulla base di una altrettanto arbitraria, apodittica e irragionevole equiparazione tra la carica di consigliere comunale e quella del Sindaco, sulla base di una contestualità temporale delle due competizioni elettorali e di un collegamento tra esse vista la possibilità per il candidato sindaco eventualmente non eletto di essere eletto alla carica di consigliere comunale, non mancando, peraltro, di rilevare come le nuove norme sull’elezione diretta del sindaco ostino ad una interpretazione siffatta* ».

²² Così, di recente, App. Trento, 11 febbraio 2021, n. 16, inedita, relativa alla vicenda delle Universiadi di Trento (decisione poi annullata senza rinvio, per intervenuta prescrizione, da Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021).

come di consueto — sotto la maschera dell’interpretazione estensiva²³. Sennonché, un contegno ermeneutico costituzionalmente orientato — l’unico ammissibile — dovrebbe condurre a soluzioni esattamente opposte, escludendo dal perimetro della tipicità penale quello che il sintagma “bando o altro atto equipollente” — pur con tutta l’ambiguità di una formulazione “ad analogia implicita” — non potrà mai includere, ossia una procedura che — per antonomasia — non prevede bando né valutazione concorrenziale/competitiva tra diversi partecipanti e come tale non potrà applicarsi al caso²⁴(anche a fronte di una pluralità di soggetti interpellati²⁵; ed anche qualora la selezione comparativa tra diversi preventivi o *curricula*, pur procedimentalizzata, è rimasta tutta interna all’ente²⁶).

3. (segue): il caso del c.d. insider di se stesso.

Anche una recente applicazione giurisprudenziale in tema di *insider trading* — peraltro in un *casus novus* privo di pertinenti precedenti in termini — sembra divergere da una valorizzazione dei canoni interpretativi restrittivi, “tassativizzanti e tipizzanti”, sopra menzionati. Il caso è quello — indubbiamente complesso — del c.d. *insider* di sé stesso²⁷, che la giurisprudenza di legittimità civile e penale²⁸ ha ritenuto riconducibile al tipo legale accogliendo una nozione di “informazione privilegiata” avulsa da ogni alterità/intersoggettività dei dati informativi e/o del necessario passaggio del “*set of*

²³ Cfr. ancora G. MARINUCCI, in RIDPP, 2007, 1268.

²⁴ Così, del resto, un condivisibile, rigoroso orientamento della stessa Cassazione: Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2018, n. 57000; ma così pure la superiore giurisprudenza di legittimità, che rigetta con forza l’equiparazione tra “affidamento diretto” e “gara”: ad es., Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287: “A differenza di quanto ritenuto dal TAR [...] la mera procedimentalizzazione dell’affidamento diretto, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti: cfr. il par. 4.1.2. sull’avvio della procedura), non trasforma l’affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall’Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze”.

²⁵ Così giustamente — oltre alla sentenza richiamata alla nota precedente — Cass., Sez. VI, 18 novembre 2004, n. 44829.

²⁶ Così ancora la recente Cass., Sez. VI, 19 febbraio 2021, n. 6603.

²⁷ Sul problema della distinzione tra “meri propositi” e “informazioni privilegiate” — generalmente postosi con riferimento all’*insider trading* operativo — v. ad es. A. NISCO, Il caso BNL-Unipol: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza, in AA.VV., Casi e materiali di diritto penale dell’economia, Bologna, 2015, 1999 ss., 210: “Si tratta della questione controversa della punibilità dell’*insider* di se stesso [...]. In sintesi, premesso che il presupposto della condotta incriminata è il “possesso” dell’informazione, in dottrina ci si chiede se ed entro quali limiti la fattispecie penale presupponga anche la non coincidenza tra soggetto che utilizza l’informazione e fonte dell’informazione stessa; e, nello specifico, se all’amministratore, che sia ideatore di una decisione societaria su cui si basa l’informazione riservata, sia penalmente vietato l’utilizzo dell’informazione in tal modo posseduta. I meri “propositi”, invero, andrebbero esclusi dal novero delle “informazioni” [...]”.

²⁸ Così, in un noto caso di *insider trading* relativo al lancio di un OPA finalizzata al *delisting*, Cass. civ., Sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24310, in *Giur. comm.*, 2018, 659 ss., con nota di S. LOMBARDO, L’*insider* di se stesso alla luce della decisione della Cassazione (civile), in *Giur. comm.*, 2018, 659 ss.; su quella traccia, poi, Cass. pen., sez. V, 15 aprile-11 agosto 2021, n. 31507.

knowledges” da un informatore ad un informato — ossia da quella essenziale “orientazione a terzi” (*Drittbezug*) necessaria affinché possa evocarsi, a monte, lo stesso concetto di “informazione”²⁹—, ed includendovi dunque anche la conoscenza che taluno abbia maturato in ordine ad un proposito che egli stesso abbia in animo di attuare.

Anche qui, in un caso obiettivamente peculiare, si è ritenuto dovesse prevalere l’istanza di ottimizzazione della *ratio legis*, e di massimizzazione dell’*effet utile* dell’incriminazione e dello scopo perseguito dalla normativa di armonizzazione eurounitaria (ossia “assicurare l’integrità dei mercati finanziari dell’Unione e accrescere la fiducia degli investitori in tali mercati”³⁰): preferendo questi indicatori — e i retrostanti “obiettivi” di politica criminale domestici o asseritamente riferibili al diritto UE³¹— ad una opposta lettura selettiva e restrittiva del tipo legale, col risultato di estendere il raggio di azione del tipo — in tensione anche con il criterio della proporzionalità rispetto al

²⁹ Così in un celebre caso di *scalping* la giurisprudenza di legittimità tedesca, BGH, 1 Str 24/2003 del 6 novembre 2003, evidenziando come “una informazione presenta di regola un riferimento/orientazione a terzi (*Drittbezug*)”, cosicché “Un utilizzo del concetto di informazione nel senso che una persona si “informa” di un pensiero da essa stessa elaborato è estranea all’utilizzo linguistico (*Sprachgebrauch fremd*)”: al riguardo, cfr., anche per gli opportuni richiami, S. LOMBARDO, L’insider di se stesso alla luce della decisione della Cassazione (civile), cit., 682, rilevando che “È vero che l’affermazione del BGH si riferisce al contesto della direttiva *insider trading* 89/592/CE precedente alla MAD (e quindi ad un contesto parzialmente diverso), ma essa è ripresa ancora oggi dalla dottrina tedesca per problematizzare il tema dell’insider trading di se stesso”.

³⁰ In questa direzione, ancorandola alla giurisprudenza della Corte di giustizia, v. in particolare Cass. pen., sez. V, 15 aprile-11 agosto 2021, n. 31507, § 4 e, in particolare, § 5 del Considerato in diritto, rilevando che “[i]n realtà, è solo considerando la finalità perseguita dalla normativa eurounitaria e dal legislatore interno che si trae l’unico significato ragionevole e perfettamente aderente alla lettera della previsione”: posto che “L’obiettivo dell’intervento normativo [...] è quello di garantire l’integrità dei mercati finanziari dell’Unione e di accrescere la fiducia degli investitori in tali mercati, assicurando che questi ultimi siano posti su un piano di parità e tutelati contro l’utilizzazione illecita delle informazioni privilegiate e le manipolazioni dei prezzi di mercato”, “allora, in un’economia di mercato, è del tutto ragionevole che non sia configurato un « abuso » di informazioni privilegiate quando la condotta rappresenti la mera attuazione di una decisione economica dell’operatore, ossia, per utilizzare l’espressione contenuta nel 30° considerando della direttiva 2003/6 sopra citata, quando venga in rilievo la realizzazione della preliminare decisione di acquisizione o la cessione di strumenti finanziari”. Ma tale non è il caso che viene in rilievo nel presente processo, dal momento che altro è la decisione di procedere ad un’OPA, altro è il rastrellamento [...] dei titoli, una volta assunta la decisione menzionata e iniziate le trattative per definirne le modalità operative e prima che essa divenga di pubblico dominio, provocando le indicate alterazioni del corso dei titoli, al fine di lucrare il differenziale di prezzo. In siffatta vicenda non emerge affatto lo sfruttamento di una mera decisione interna, ma una condotta che, rispetto ad un progetto ormai ragionevolmente prevedibile come destinato ad essere attuato, mira ad alterare la condizione di parità degli investitori, consentendo di conseguire prezzi di acquisto non altrimenti più ottenibili. In altri termini, l’informazione sfruttata non coincide genericamente con un mero proposito dell’agente, ma ha ad oggetto un insieme di circostanze quantomeno di ragionevole verifica e sufficientemente specifiche da poter influire sui prezzi dei valori oggetto dell’attività negoziale dell’autore [...]”.

³¹ Che però, su tale specifico profilo, sembra indicare una soluzione opposta, quanto meno se si ha riguardo al “considerando” n. 30 e all’art. 9, comma 5, del Market Abuse Regulation: al riguardo, con puntuali osservazioni critiche sulla punibilità di colui che utilizzi una informazione di cui è artefice, cfr. M. VENTORUZZO, Qualche nota sul cosiddetto “insider di sé stesso” alla luce del Regolamento UE sugli abusi di mercato (nota a Cass. civ., Sez. II, 16 ottobre 2017, n. 24310, Pres. S. Petitti - Est. A. Cosentino, Cremofin S.r.l. c. Commissione Nazionale per la Società e la Borsa), in *Le Società*, 2018, 739 ss.

possibile *chilling effect* (*infra*, § 6.1) — sino ad includervi ogni condotta di chi “essendo a conoscenza, in ragione delle qualità soggettive indicate dal legislatore, di eventi *price sensitive* [...], sfrutti siffatta conoscenza per operare in condizioni di disparità con gli altri investitori, finendo per danneggiare un valore (la fiducia nella trasparenza dei mercati), che mira ad incentivare e a non scoraggiare l’afflusso e la circolazione dei capitali nell’interesse degli stessi imprenditori interessati al loro utilizzo per iniziative produttive”³².

Sono solo alcuni esempi di “dilatazioni ermeneutiche”, tratti da un catalogo molto vasto e quotidianamente arricchito da casi che difficilmente trovano rimedio giacché — è noto — il diritto a non vedersi applicate disposizioni penali per analogia è un “diritto infelice”, il cui sacrificio resta strutturalmente nascosto sotto le pieghe dell’interpretazione estensiva, e solo raramente trova un freno nel controllo critico del giudice superiore³³.

VI. NELLE PIEGHE DELLA SENTENZA N. 150 DEL 2021: PROPORZIONALITÀ COME CRITERIO ERMENEUTICO.

È tanto più apprezzabile, dunque, il perentorio ripudio per l’analogia sfavorevole espresso dalla Corte costituzionale: ma gli elementi di novità non affiorano solo sul versante dei limiti “testualisti” riconosciuti come argini invalicabili — nelle pronunce menzionate — all’interpretazione in materia penale, e culminati nel chiaro monito rivolto ai giudici ad una più stretta osservanza del relativo divieto.

Sempre con riguardo alle articolazioni dell’ermeneutica penale e delle sue direttrici, in un’altra recente pronuncia, infatti, la Corte ha evidenziato con vigore le potenzialità orientative e selettive del principio di proporzionalità, inteso nella sua più lata accezione³⁴, sollecitando il giudice a condurre la scelta della sanzione — nell’alternativa tra pena detentiva e pena pecuniaria irrogabili per il delitto di diffamazione a mezzo stampa (art. 595, comma terzo, c.p.) — in modo da rispettare lo spessore del diritto fondamentale compreso dalla minaccia penale; e così avviando questo fortunato principio ad iscriversi nella platea dei “canoni interpretativi unanimemente accettati”, come riconosciuto — da

³² Questa la chiosa di Cass. pen., sez. V, 15 aprile-11 agosto 2021, n. 31507, § 5.

³³ Un esempio di rigoroso controllo si è avuto nel caso della pretesa estensione — anche qui — del reato di finanziamento illecito ai partiti alle “fondazioni politiche”, che ha trovato un argomentato, condivisibile diniego in Cass., sez. VI, 15 settembre 2020, n. 28796.

³⁴ Al riguardo, si rinvia a N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020.

una giurisprudenza ormai sedimentata — tanto con riferimento al principio di offensività³⁵ quanto con riferimento al principio di colpevolezza³⁶.

In particolare, nella sentenza n. 150 del 2021 — con la quale, facendo seguito alla ordinanza n. 132 del 2020, è stata decretata l’incostituzionalità dell’art. 13 della l. n. 47 del 1948 —, la Corte — per salvare da censure l’art. 595, terzo comma, c.p. — ha infatti affermato: “La disposizione ora all’esame [...] deve essere interpretata in modo conforme a tali premesse. Il potere discrezionale che essa attribuisce al giudice nella scelta tra reclusione (da sei mesi a tre anni) e multa (non inferiore a 516 euro) deve essere certo esercitato tenendo conto dei criteri di commisurazione della pena indicati nell’art. 133 cod. pen., ma anche — e ancor prima — delle indicazioni derivanti dalla Costituzione e dalla CEDU secondo le coordinate interpretative fornite da questa Corte e dalla Corte EDU [...]. Ne consegue che il giudice penale dovrà optare per l’ipotesi della reclusione soltanto nei casi di eccezionale gravità del fatto, dal punto di vista oggettivo e soggettivo, rispetto ai quali la pena detentiva risulti proporzionata, secondo i principi poc’anzi delineati; mentre dovrà limitarsi all’applicazione della multa, opportunamente graduata secondo la concreta gravità del fatto, in tutte le altre ipotesi [...]”.

1. Interpretazione orientata alla proporzionalità, ingerenza nei diritti fondamentali e chilling effect: il “nodo” della corruzione del parlamentare.

Come si vede, si indica al giudice una doverosa attività di selezione interpretativa del tipo *secundum proportionem*, chiedendogli di fissare il “confine di compatibilità costituzionale” e di scandire — in particolare — due livelli di tipicità/offensività in ragione della corposità dei diritti/libertà contrapposti e della alternativa sanzionatoria che la norma prevede: pene qualitativamente diverse impongono quadri di gravità diversi nella condotta punita, e l’irrogazione eccezionale della pena detentiva al cospetto di condotte comunque liminali alla libertà di stampa può essere giustificata solo al cospetto di comportamenti di eccezionale gravità.

Non si tratta, come del resto precisa la Corte, della usuale attività commisurativa, ma di una applicazione selettiva e doverosamente puntiforme del “sottotipo” punito con sanzione detentiva, come imposto dal principio di proporzionalità e da (la necessità di

³⁵ A partire dalla sentenza n. 62 del 1986, in tema di armi ed esplosivi, con un orientamento consolidato nei più diversi ambiti: *inter alia*, sentenza n. 333 del 1991, in tema di stupefacenti; più di recente, n. 172 del 2014, in tema di *stalking*; n. 141 del 2019, in tema di favoreggiamento della prostituzione.

³⁶ Sentenza n. 322 del 2007.

neutralizzare) possibili rischi di *chilling effect* che la massima sanzione può fomentare — per l’esercizio della libertà di informazione — in capo alla generalità dei giornalisti.

In questa prospettiva, una interpretazione orientata a proporzione potrebbe e dovrebbe essere coltivata in tutti gli ambiti dove la stessa scelta di incriminazione si pone in diretta e significativa frizione con libertà costituzionali che rischiano di subire un “effetto di congelamento” dalla “sovraestensione del tipo legale” (*overbreadth*).

a) Si pensi — per menzionare un caso recentemente ravvivato da notevole fulgore applicativo — al caso della corruzione del parlamentare³⁷, la cui affermata rilevanza penale periclitata su di un vertiginoso crocevia, essendo interclusa tra la insindacabilità degli atti funzionali garantita dall’art. 68, comma 1, Cost. e la pacifica liceità — a seguito dell’abolizione del finanziamento pubblico — del finanziamento privato all’attività politica. In quest’ambito, approfondendo la posizione allo stato affiorata in giurisprudenza³⁸, dovrebbe essere sempre limitata la configurabilità del tipo alle ipotesi di inequivoca sussistenza di un sinallagma corruttivo tale da escludere che il finanziamento o l’utilità corrisposta sia determinata da finalità di mero sostegno politico (o di mera “simpatia politica”), e tale da escludere — al contempo — che possa essere preso a punto di riferimento del sinallagma un atto di indirizzo politico — pur rappresentativo di interessi precisi e circoscritti di singole categorie o forze produttive — avente portata generalissima, tipicamente rientrante nei compiti “fisiologici” del mandato politico, compiti che altrimenti ne subirebbero, fatalmente, una “sterilizzazione”³⁹. Proprio in questa direzione, del resto, indicazioni importanti sono emerse nella giurisprudenza delle Corti supreme tedesca⁴⁰ e statunitense⁴¹, che mettono in guardia — appunto — dal rischio di compressione delle libertà politiche che un divieto penale vago

³⁷ Lo studio più informato e diffuso sul tema si deve, ora, a M. C. UBIALI, *Attività politica e corruzione. Sull’opportunità di uno statuto penale differenziato*, Milano, 2020, giungendo persino a negare la configurabilità dei delitti di corruzione da parte del parlamentare, in ragione del fatto che l’accertamento dell’eventuale patto corruttivo da questi stipulato comporterebbe l’accertamento e dunque, inevitabilmente, il sindacato sulle motivazioni dell’attività funzionale.

³⁸ Come noto, la giurisprudenza è giunta ad una posizione di compromesso, ritenendo non configurabile l’art. 319 c.p. e ravvisando, viceversa, margini di configurabilità per l’art. 318 c.p. (cfr. Trib. Napoli, sez. I, 8 luglio 2015, n. 11917; e soprattutto Cass., sez. VI, 11 settembre 2018, n. 40037, la quale — pur ammettendo che in presenza della remunerazione della pubblica funzione possa ricorrere l’ipotesi di cui all’art. 318 c.p. — ha cura di rimarcare che il parlamentare è “libero, del resto, di esprimere nel modo che preferisce l’interesse della Nazione, quand’anche si risolva ad assecondare liberamente intendimenti altrui”, e che ciò vale “per ogni altro tipo di pattuizione nella quale sia dedotto l’esercizio delle funzioni”).

³⁹ V. ancora, al riguardo, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, cit., 2020, 265 ss.

⁴⁰ BGH, 3 StR 301/03, 28 ottobre 2004.

⁴¹ U.S. Supreme Court, 579 U.S., 2016, *McDonnell v. United States*.

ed indeterminato rischia di fomentare: indicazioni che spingono a interpretare la fattispecie “ad ampio spettro” dell’art. 318 c.p. — una autentica “*catch all provision*” — in modo da ravvisare l’asservimento della funzione soltanto nel caso in cui l’atto/attività siano egoisticamente determinati e motivati soltanto dalla dazione corrisposta e, simmetricamente, che l’utilità sia corrisposta proprio in cambio dell’asservimento della funzione⁴². Se così non fosse, d’altronde, si finirebbe per ritenere sindacabile la funzione parlamentare ogniqualevolta essa sfoci in un atto che, per quanto si rivolga anche a favore di un singolo o di una cerchia ristretta di “interessati”, al contempo vada a beneficio di — e parallelamente scontenti — una molteplicità più ampia di destinatari, con una irragionevole ed intollerabile “criminalizzazione” dell’attività politica nella sua normale modalità di svolgimento.

2. (segue) ancora sulla punibilità del c.d. insider di se stesso.

Anche il problema — precedentemente menzionato — della punibilità dell’*insider* di se stesso si pone in evidente tensione con questa peculiare istanza di protezione ricavabile dal principio di proporzionalità, e la lettura restrittiva che sembra suggerita già da una ermeneutica “tassativizzante e tipizzante” (*retro*, § 5.3) dovrebbe risultare suffragata anche dalla considerazione degli effetti che una lettura ampia del tipo legale può determinare in chiave di *overdeterrence*, con rischio di congelare — se non annihilare — la libertà di iniziativa economica sottostante.

Come si sa, la scelta di criminalizzazione dell’*insider trading* costituisce l’esito di un bilanciamento legislativo tra libertà negoziale — limitata dalla presenza di tale fattispecie incriminatrice — e il fine di tutela dell’interesse diffuso all’efficienza economica delle proprie scelte di risparmio ovvero al corretto funzionamento del mercato. Orbene, un simile bilanciamento risulta senza dubbio ragionevole quando il divieto di *insider trading* sia limitato a censurare e reprimere l’interesse del singolo soggetto ad utilizzare ai fini di mera speculazione economica un’informazione privilegiata variamente captata: un interesse “parassitario” rispetto al quale è certamente prevalente l’esigenza collettiva di funzionalizzazione delle libertà economiche e negoziali ad esigenze di pubblica utilità, e l’esigenza collettiva di un corretto funzionamento del

⁴² In altri termini, si potrà parlare di “dazione indebita” rilevante ai fini dell’art. 318 c.p. soltanto quando il parlamentare condizioni l’esercizio delle proprie funzioni alla percezione di utilità destinate alla soddisfazione di interessi esclusivamente privati e del tutto estranei alla “fisiologica” attività politica svolta: cfr., al riguardo, F. CINGARI, Sulla responsabilità penale del parlamentare: tra corruzione e influenze illecite, in Cass. pen., 2017, 176 ss.

mercato borsistico. Viceversa, il piatto della bilancia propende pericolosamente verso l'irragionevolezza quando il divieto venga esteso — come nell'interpretazione recentemente accolta dalla citata giurisprudenza di legittimità (cfr. *retro*, § 5.3) — sino a coinvolgere ed includere la condotta di chi si rende “insider di se stesso”, ossia rispetto ai casi nei quali il soggetto attivo utilizza — come nel nostro caso — una informazione autonomamente e individualmente elaborata ponendola a base di determinate operazioni gestorie: in questi casi, infatti, “l'esercizio della libertà negoziale è volto non ad un utilizzo parassitario e opportunistico di una informazione captata, ma rappresenta un tassello all'interno di un piano societario, rispetto al quale la società assume anche i rischi del suo fallimento, per cui il profitto eventualmente conseguito non può che essere visto come la meritata ricompensa dell'attuazione dello stesso”⁴³, ed una criminalizzazione indiscriminata rischia di determinare — appunto — un intollerabile *chilling effect* sull'esercizio delle libertà economiche nel contesto del mercato finanziario⁴⁴.

3. Interpretazione orientata alla proporzionalità rispetto al minimo edittale.

Riportandoci al piano tradizionale dell'equilibrio precetto/pena, un analogo utilizzo del principio di proporzionalità sembra preparare il campo per un impiego dello stesso persino più incisivo, che dal livello della *Rechtsanwendung* attinga al livello della *Rechtsauslegung*: ben oltre le tratte prestazioni selettive del canone di offensività — teso a scongiurare applicazioni iperformalistiche del tipo, inespressive di alcuna concreta lesività — si prefigura infatti un possibile utilizzo del canone di proporzione come criterio-guida per la corretta individuazione della stessa condotta tipica, che imponga di individuare il perimetro della rilevanza penale e i quadri di tipicità legale in modo

⁴³ Cfr. ancora N. RECCHIA, Il principio di proporzionalità nel diritto penale, cit., 2020, 201; ma su questi profili v. già A.F. TRIPODI, Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario, Padova, 2012, 281 ss.

⁴⁴ Una tale interpretazione del “tipo legale” rischia persino di ingenerare un generalizzato obbligo di disclosure con un effetto di “inondazione” di informazioni da parte dell'emittente e conseguente impossibilità da parte del ragionevole investitore di assorbirle (fomentando peraltro un possibile “effetto domino” di manipolazione informativa); sino al paradosso — neppure tanto teorico — di inibire “sotto minaccia di pena” l'operatività dell'analista che, raccogliendo informazioni pubbliche sul mercato, si forma una propria opinione circa il possibile andamento del titolo, elaborando “informazioni” che non potrebbe — dunque — rendere pubbliche o “utilizzare”, pregiudicando anche l'effetto sui mercati che la divulgazione di tutte le informazioni specie di analisti autorevoli avrebbe, in termini di efficienza del mercato e di c.d. price discovery.

congeniale e — appunto — proporzionato allo spessore della cornice edittale della pena⁴⁵.

Utilizzo possibile e — soggiungiamo — doveroso: del resto, è stato autorevolmente rilevato che “[...] “fare sul serio” con il divieto di prevedere pene sproporzionate significa anche [...] optare per interpretazioni restrittive di fattispecie contrassegnate da elevati quadri sanzionatori, in particolare nel minimo, da parte del legislatore”, giacché “l’elevatezza della pena costituisce infatti un segnale della particolare gravità del fatto che il legislatore ha inteso contrastare; sicché — a meno di ipotizzare una sempre possibile questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il minimo edittale, proprio in relazione alla sua manifesta sproporzionalità rispetto a classi di ipotesi pure ricomprese nell’ambito della fattispecie astratta — potrà presumersi che il legislatore abbia inteso tenere fuori dal tipo quelle particolari sottofattispecie che siano connotate da un disvalore assai meno significativo, tale da non giustificare una pena così elevata”⁴⁶.

I campi da bonificare al metro di un simile impiego ermeneutico della proporzionalità, d’altronde, sarebbero davvero molti e variegati, specie in un’epoca dove si assiste — ciclicamente — ad inarrestabili *escalation* delle comminatorie edittali⁴⁷: i delitti contro la PA — ed in particolare le fattispecie di corruzione — ed i reati in materia sessuale testimoniano plasticamente un crescente e spesso insanabile iato tra manifestazioni bagatellari — purtuttavia (considerate) tipiche — e minimi edittali del tutto sproporzionati rispetto alle stesse.

Basti l’esempio — quanto ai reati contro la PA — della fattispecie di corruzione per l’esercizio della funzione (art. 318 c.p.), dove una cornice edittale molto gravosa (la reclusione da 3 a 8 anni) fa da contraltare ad una fattispecie contrassegnata da uno scarsissimo coefficiente di tassatività e come tale strutturalmente incline alla “sovraestensione” applicativa, la cui “capacità onnivora” è recentemente assurta agli onori della cronaca per essere stata contestata, quale “atto dovuto”, ad un alto ufficiale dell’Esercito per aver accettato in omaggio...quattro capi di abbigliamento!

⁴⁵ Al riguardo, volendo, V. MANES, L’evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell’attuazione del volto costituzionale dell’illecito penale, in V. MANES-V.NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Torino, 2019, 371 ss.

⁴⁶ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 257 ss.

⁴⁷ Il fenomeno è indagato, con particolare ampiezza ed efficacia, da E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020.

Analogamente, nel campo dei reati sessuali, può pensarsi alle crescenti contestazioni dell'art. 609 *bis* c.p. — peraltro non sempre elevate nella forma attenuata del terzo comma, il cui minimo edittale è comunque due anni di reclusione — per condotte pur deprecabili per insistenza o invadenza “concupiscente” ma evidentemente incapaci di giustificare la gravità della risposta sanzionatoria, come emblematicamente dimostrano letture che — identificando la violenza come “condotta insidiosamente rapida e tale da superare l'altrui contraria volontà” — vi riconducono non solo e non tanto il palpeggiamento fugace di una zona erogena o “il bacio involato a lei che dissente”⁴⁸ ma anche — secondo un approccio c.d. “contestuale” alla nozione di atti sessuali — condotte di esibizionismo senza coinvolgimento del corpo della vittima⁴⁹.

In questo come in altri casi, in definitiva, dovrebbe essere compito del giudice, dunque, registrare i quadri di tipicità legale secondo una dorsale di offensività espressiva del disvalore minimo che il margine inferiore della cornice commisurativa esprime: coltivando così le preziose aperture che la giurisprudenza costituzionale da ultimo richiamata offre all'interprete.

VII. IL MONITO DELLA CORTE COSTITUZIONALE: SOLAMENTE BONS MOTS?

Le accentuazioni che emergono nella recente giurisprudenza della Corte — è appena il caso di evidenziarlo — non sembrano riducibili a declamazioni vacue o solamente a *bons mots*, frutto di un reflusso di semplicismo ingenuo o, peggio, di “legalismo feticistico”, né sembrano in alcun modo volte a mortificare l'attività interpretativa del giudice: gli rinnovano piuttosto, per un verso, l'impegno ad esercitarla vincolandola (soltanto) alle opzioni consentite dalla *littera legis*, inibendogli “di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto” (art. 101, secondo comma, Cost.)”, facendo emergere che “il solo potere *legittimato a colmare la lacuna*, compiendo la scelta politica di reprimere certi fatti con l'arma della pena, è il *potere legislativo*”⁵⁰; per altro verso, gli rammentano

⁴⁸ Problema da tempo discusso: v. in particolare A. DIMARTINO, Sul bacio involato a “lei” che dissente (postilla in margine a G.U.P. Trib. Piacenza, 4 giugno 1998), in RIDPP, 1999, 1596 ss.

⁴⁹ Sul tema, v. M. CAPPALÀ, La qualificazione delle violenze prive di un contatto corporeo corpori alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali (nota a Cass., sez. III, 19 novembre 2015-5 maggio 2016, n. 18679), in Dir. pen. cont. - Riv. trim., n. 2/2017; in senso critico, v. ad es. M. VIZZARDI, Violenza sessuale senza coinvolgimento del corpo della vittima?, *ivi*, evocando anche e proprio la valenza critico-restrittiva del principio di proporzionalità della pena.

⁵⁰ N. MAZZACUVA, in Studi in onore di Giorgio Marinucci, I, cit., 2006, 453.

la doverosa interpretazione selettiva, e restrittiva, della fattispecie penale, secondo un equilibrio che garantisca — quanto alla proporzionalità della scelta di incriminazione — la necessaria isometria tra l’opzione incriminatrice e l’ingerenza nei diritti sottostanti e che assicuri — quanto alla proporzionalità della pena — la doverosa corrispondenza tra (il minimo del) la pena minacciata ed il grado di disvalore del comportamento concretamente incluso nel “tipo legale”, valorizzando — nella sua piena dimensione costituzionale — il “diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate”⁵¹.

Tutti questi richiami — lo si è evidenziato — si indirizzano essenzialmente al giudice, in uno con la consapevolezza, ormai acquisita che la posta in gioco non è solo l’istanza di garanzia dell’individuo, ma la legittimazione stessa della giurisdizione, posto che proprio “[l]a riconosciuta legittimazione del procedimento giurisdizionale e la conseguente accettazione dei responsi decisionali permettono di conseguire un obiettivo irrinunciabile: il disinnescamento politico del dissenso delegittimante [...]”⁵².

* * * * *

⁵¹ È questo l’esito della ricca ricostruzione di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., 2021, 224 ss.

⁵² G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari-Roma, 2020, 25.

Prof. Dra. Sonia Victoria Villa Sieiro

Prof. Ayudante Doctora de Derecho Penal. Univ. de Oviedo, España. Socia de la FICP.

~El papel del Derecho penal español ante las *fake news**~

Sumario.- I. Introducción. II. Definición de las *fake news* o “noticias falsas”. III. ¿Existe un derecho a recibir una información veraz? IV. Las posibles actuaciones del Derecho penal en este contexto V. Conclusión. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Hemos de partir de dos premisas básicas, pero no por ello, no merecedoras de atención. Por una parte, es importante tener presente que, en la actualidad, y desde la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE), nos encontramos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1 de nuestra Carta Magna, ante un Estado social y democrático de derecho. Manifestación de ello es evidente en distintos artículos de la CE, entre los que, para el tema que nos ocupa, merecen especial mención los derechos a la libertad de información y, particularmente, a la libertad de expresión prevista en el artículo 20.1. a) de la CE, según el cual se reconoce y protege, entre otros, el derecho a “expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; derecho que no sólo es un elemento constitutivo del Estado de Derecho sino que consta en las declaraciones de Derechos. Y ello ha de ser contextualizado en el período actual, en el que los procesos de comunicación de opiniones y hechos han evolucionado significativamente, gracias, en gran medida, al auge de las nuevas tecnologías y la *democratización* del acceso a ellas, a lo que se ha de sumar el anonimato que, con demasiada frecuencia, las acompaña, y eso sin entrar a valorar los efectos en este campo de la inteligencia artificial.

En segundo lugar, y al hacer un enfoque desde el punto de vista del Derecho, y más concretamente, desde el Derecho penal, se ha de tener presente que Derecho y moral no son lo mismo, aunque durante muchos años haya existido una fuerte conexión entre ambos temas que ha llevado, incluso, a considerar determinados comportamientos como delictivos. Sin embargo, en la actualidad, sin lugar a dudas, es posible afirmar que la única función real del Derecho penal es la de protección de los bienes jurídicos fundamentales

* Comunicación presentada en el XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal y la FICP (dirs. Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Juan Antonio García Amado y Miguel Díaz y García Conlledo) los días 29 y 30 de junio de 2023 en la Facultad de Derecho de la Univ. de León, León, España.

para nuestra pacífica convivencia; bienes jurídicos que vienen marcados en cada momento y lugar por el texto constitucional. Así pues, pese al amplio uso del Derecho penal con una función simbólica, no es ésta una función que deba de ser aceptada. Igualmente, y partiendo de esa auténtica finalidad del Derecho penal, se han de tener presentes los principios limitadores que lo acompañan, entre los que, en este momento, interesa destacar el principio de legalidad, el de ofensividad y el de intervención mínima. Y ello porque ha de quedar claro que es necesario, para que el Derecho penal intervenga, que se lesionen o pongan en peligro, y con cierta entidad, alguno de esos bienes jurídicos fundamentales para la convivencia. En otro caso, los problemas tendrán que ser enfrentados por otras ramas del ordenamiento jurídico o, incluso, por métodos de control informal.

Con este punto de partida, la primera pregunta que nos podríamos plantear es si el Derecho penal protege, o podría proteger, directamente contra las *fake news* o noticias falsas y, para ello, resulta fundamental concretar a qué aludimos cuando empleamos esta terminología.

II. DEFINICIÓN DE LAS *FAKE NEWS* O “NOTICIAS FALSAS”

Determinar el significado de *fake news* o noticias falsas es fundamental ya que, tanto en este caso como en tantos otros, en especial cuando el concepto es controvertido o aún está en vías de desarrollo (o, como sucede en este caso, requiere, según algún autor, incluso de estudios empíricos dado que es un concepto que todavía está en período de ebullición), la definición de la que se parta puede condicionar significativamente la conclusión a la que se llegue.

En este caso vamos a realizar un paralelismo entre los citados términos (*fake news* y noticias falsas) y el término “desinformación”. Ahora bien, no haremos uso del significado que de ese término exactamente como se hace en el Diccionario de la Real Academia de la lengua (RAE) sino siguiendo el Informe del Consejo de Europa sobre desórdenes informativos, de 2017, según el cual se ha de diferenciar entre distintos términos, concretamente entre “información nociva” –*malinformation*–, “información errónea” –*misinformation*– y “desinformación” –*desinformation*–. Así, con la primera expresión se hace referencia a información basada parcialmente en la realidad e incluso cierta, pero que se usa intencionadamente para causar daño a otra persona, grupo social o país. Con la segunda se alude, según el citado texto, a información completamente falsa, pero no con intención de hacer daño. Por su parte, con la tercera, desinformación, se hace

referencia a información falsa creada deliberadamente para herir a un colectivo. Esta definición que seguimos como *sinónimo* de *fake news* o noticias falsas no es completamente asimilable a la empleada por la RAE ya que para nuestro diccionario el término no es tan específico e incluye conductas que encajarían también en lo que hemos dado en denominar información errónea e información nociva (en este sentido téngase presente la referencia de la RAE a “falta de información, ignorancia”, que podríamos alinear más con la “información errónea”, y el hecho de “dar información insuficiente u omitirla” o “dar información intencionadamente manipulada al servicio de ciertos fines”, que se asemeja más a la “información nociva”).

De este modo, entendemos que la desinformación se compone de tres elementos: elemento material, esto es, la divulgación de la información falsa; un elemento cognoscitivo, que sería el conocimiento de la falsedad de la información, y un elemento volitivo, es decir, la intención de usarlo con una finalidad de engaño. Todo ello siempre en relación con juicios de hecho ya que, como es fácil imaginar, los de valor serían muy difíciles de contrastar.

Con esta definición presente la pregunta que nos pasaríamos a formular es si existe, o podría existir, un derecho a recibir una información veraz que justifique, en el caso de que se emitan mentiras (bulos, *fake news*...), la intervención del Derecho penal contra ellas.

III. ¿EXISTE UN DERECHO A RECIBIR UNA INFORMACIÓN VERAZ?

En el punto anterior se planteaba si existe o podría existir un derecho a recibir una información veraz que justifique, en su caso, la intervención del Derecho penal. Como es sabido, la intervención del Derecho penal se ve limitada por una serie de principios y no sería posible recurrir a él si no existe un bien jurídico fundamental para la convivencia pacífica, así pues, menos aún si ni siquiera existe un bien jurídico cuya importancia proceda valorar. También sabemos que nuestra CE defiende derechos como la libertad de expresión. Con esta información de partida, actualmente, parece sencilla la respuesta a si existe un derecho a recibir información veraz, de tal modo que, si ésta no se da, quepa un reproche penal. Esa respuesta es, a nuestro juicio, que no. Y no porque de lo que en el fondo se está tratando aquí es del derecho a que no se emitan mentiras y lo que se plantea es sancionar penalmente por mentir, pero, como también se anticipó, mentir puede ser algo reprobable moralmente hablando, pero el derecho no es moral.

A ello habría que unir una serie de problemas que se surgirían si se planteara sancionar por el *mero hecho de mentir*.

En primer lugar, se entraría en un conflicto con el citado derecho a la libertad de expresión si se prohibiera mentir, y ello nos parece muy complicado ya que la libertad de expresión y el libre flujo informativo son imprescindibles en un Estado democrático como el nuestro. Así pues, toda limitación tendría que estar motivada y justificada, además de llevarse a cabo con cautela, lo cual enlaza con el segundo problema que advertimos que sería la dificultad de determinar cómo, cuándo y quién *controlaría* esas hipotéticas mentiras. El conocido como *riesgo del monitoreo* (en el que se plantean diferentes opciones en relación con las personas o instituciones que podrían llevar a cabo esa labor de *control*, por ejemplo, jueces o paneles de expertos, de regular la desinformación y de determinar qué mensajes, presuntamente falsos, han de ser eliminados, pues el cribado algorítmico no sería suficiente). Y ese riesgo tendría que unirse a una tercera problemática, que sería la del riesgo de censura; peligro que fue puesto de manifiesto por el propio Tribunal Constitucional en su STC 652/2022, de 8 de marzo, y por distintos autores. En este sentido, compartimos la opinión de URÍAS MARTÍNEZ cuando señala que la “lucha contra las noticias inventadas puede hacer más daño a la democracia que su difusión porque se genera un alto riesgo de que las medidas contra las noticias falsas se usen para silenciar discursos disidentes con el poder o con intereses económicos o políticos”. Además, este riesgo lo hemos vivido en nuestro ordenamiento jurídico con el Código Penal de 1973, e, incluso, se vive actualmente, sin ninguna duda, en países de nuestro entorno. Concretamente, en nuestro país, el antiguo artículo 165 bis b) del Código Penal anterior al actualmente vigente, sancionaba por “la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral y buenas costumbres...”. Afortunadamente, semejante redacción no fue heredada por el actual Código Penal de 1995, pues, para empezar, no respetaría el principio de taxatividad que se deriva del principio de legalidad, lo que lo convierte en inviable, además de ser un ejemplo de Derecho penal de autor (no aplicable en la actualidad, en la que se sigue el principio del hecho), que es un principio más bien propio de estados autoritarios y no democráticos. Por otra parte, y también en esta línea de crítica podríamos citar el ejemplo de Rusia; país en el que se está viviendo desde hace más de un año una situación particularmente delicada. Allí, y al amparo de la Ley Federal de 1 de mayo de 2019 de la Internet Segura, se está procediendo, por parte el Gobierno, a borrar determinados contenidos de las redes y a sancionar por ciertas

expresiones que son consideradas como “noticias falsas”, cribándose notablemente, así, la información que se puede obtener de lo que en ese país está sucediendo (y, en particular, en relación con la invasión de Ucrania). Parece evidente el peligro potencial del uso del ordenamiento punitivo como una vía para implementar una desproporcionada regulación de derechos, que podría tener un efecto contrario al deseado, llegando a perjudicar a los destinatarios que, inicialmente, buscaba proteger.

Así las cosas, parece claro que la mentira *stricto sensu* no merece reproche penal. Ni se contempla ya en el actual Código Penal ni parece procedente plantearla en la actualidad. Como indica VILLAVARDE MENÉNDEZ, “no es tarea de la CE y el Derecho la salvaguarda de la verdad”. Ello, sin embargo, no es óbice para que sí se defienda un reproche penal en aquellos casos en los que la mentira es instrumentalizada y utilizada para cometer ciertos hechos delictivos, esto es, comportamientos que sí atentan contra bienes jurídicos fundamentales para la pacífica convivencia, como la propia Fiscalía General del Estado ha señalado y se referirá posteriormente. No obstante, antes de abordar esta cuestión, queremos poner de manifiesto que el que no se defienda la intervención penal directamente ante la mentira, no significa que haya una total despreocupación del papel que ésta puede desarrollar en la sociedad. Muestra de ello son algunos de los trabajos y medidas que se han ido adoptando en los últimos años y que ponen de manifiesto el interés tanto nacional como supranacional por esta cuestión (mentiras y desinformación, que, téngase también presente conviven con otros términos y fenómenos complejos como la posverdad, que no es objeto de estas líneas). Y es que no puede negarse que la desinformación puede convertirse en una amenaza para la seguridad nacional de modo que el desarrollo de programas de prevención, concienciación y control de este tipo de mensajes ha proliferado.

Entre otros, a nivel nacional, cabe destacar que España, desde 2013, existe un organismo para defender contra las noticias falsas en el marco del Consejo General de Ciberseguridad, que se creó para evitar ciberataques, pero adquirió también la labor de detectar y contrarrestar campañas de desinformación. También, en 2020 (30 de octubre, PCM/1030/2020), por Orden Ministerial se publicó el Procedimiento de actuación contra la desinformación (aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional).

Interesante resulta también el Código de buenas prácticas firmado, en 2018, por algunas de las empresas más potentes en el sector de la comunicación, como Facebook, Google o Twitter (en relación con esta último, por ejemplo, recuérdese el incidente

relacionado con el asalto al Capitolio el 6 de enero de 2021, que llevó al cierre de la cuenta de Twitter de Donald Trump; episodio no exento de polémica, pues, si bien estamos ante una empresa privada, se advirtió de las posibles alianzas entre empresas privadas y ciertos Estados que acabaron facilitando la censura al más alto nivel en países como China o Rusia). También precisa mención del Código reforzado de buenas prácticas contra la desinformación de 2022, cuyo propósito es trazar campañas contra las noticias falsas y, que, en su compromiso por la transparencia de la publicidad política incluyó el compromiso de emitir un informe periódico cada seis meses o un año. El propósito, tan claro como complicado, es el de vigilar la manipulación informativa vía cuentas falsas o *deepfakes*, entre otras vías. En concreto las *deepfakes*, que son unas falsificaciones de altísima calidad, malintencionadas, que tratan de difundir hechos falsos afectando con ello a la formación de la opinión pública e impidiendo de ese modo la libre configuración de la opinión, son un buen ejemplo de porqué es tan importante la existencia nacional y supranacional de campañas educativas.

Obviamente, no es éste el único campo en el que la educación cobra una especial importancia, pero se ha de destacar el papel de la alfabetización digital ya que es fundamental intentar capacitar a todos los ciudadanos para que seamos capaces de tomar decisiones informadas, esto es, poder distinguir las mentiras y las medias verdades (algo cada vez más difícil habida cuenta de la evolución de las nuevas tecnologías y de la inteligencia artificial) y poder defender, así, los valores democráticos. En este sentido cabe mencionar la iniciativa *Media Literacy for Democracy* (MLDF), en cuyo marco trabaja, durante este año (2023) y hasta final de 2024, la Universidad de Jaén (departamentos de Derecho público y Filosofía del Derecho) en esa búsqueda de la alfabetización mediática que permita, precisamente, hacer frente a la desinformación, capacitar a los ciudadanos para tomar decisiones informadas y proteger los valores democráticos, pues, ciertamente, como se indica en un reciente estudio si hay medios que desinforman también hay otros que combaten la desinformación. Y es que, sin duda, la mejor forma de luchar contra la desinformación es la información.

A nivel europeo destaca el Plan de Acción de la Unión Europea contra la desinformación que dio lugar a la creación, en marzo de 2020, de la Plataforma Tecnológica *Rapid Alert System* que pretende lograr una rápida reacción ante las campañas de desinformación, así como responder a los bulos (esto es, según la RAE, las “noticias falsas propaladas con algún fin”)

IV. LAS POSIBLES ACTUACIONES DEL DERECHO PENAL EN ESTE CONTEXTO

Como ya se ha puesto de manifiesto, el papel primordial de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico complica seriamente una posible intervención penal ante eventuales mentiras. Tal es así que, en la actualidad, no existe ningún tipo penal que expresamente sancione por mentir, lo cual, en nuestra opinión, es correcto, pues como un sector doctrinal ha puesto indicado, y como a se avanzó en este texto, el punto de partida, divulgación de noticias falsas (en especial en una sociedad que avanza a una velocidad vertiginosa en el campo de las nuevas tecnologías, que nos plantean, cada día, nuevos desafíos, por ejemplo, en materia penal), precisaría de una constatación de un peligro *per se*, que sería paso previo a verificar si ese peligro merece una protección desde la vía penal y el concreto modo de llevarlo a cabo. Hasta entonces cualquier posible debate sobre la persecución punitiva de estas conductas implicaría el intento de empleo de un Derecho penal simbólico del poder punitivo y, como es sabido, la tesis del uso de la ley penal como instrumento de concienciación social no es aceptable.

Ahora bien, cuestión distinta es si la mentira, aunque no en sí misma, sí como medio puede tener un papel relevante en la comisión de algunos tipos delictivos que ya tenemos en nuestro Código Penal. En ese sentido, la propia constitución establece, en su artículo 20.4, un límite a libertades como la de expresión, señalando que “estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia”. En ocasiones se falta a la verdad bajo el pretexto del ejercicio de la libertad ideológica, cuando, en el fondo, estamos ante un ejercicio ilegítimo, pero esa situación, aunque reconocida, implica un control de fondo, como se ha visto, extremadamente complejo, en el que se ha comenzado a caminar, obviamente, con limitaciones, a nivel nacional y supranacional.

De acuerdo con lo brevemente expuesto, se puede entender que el recurso a la desinformación no le es ajeno al Derecho penal, pero actualmente únicamente cuando el empleo de una mentira es una vía adecuada para llevar a cabo la comisión de otras conductas que ya están tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, cuando el quebranto de la verdad es una vía para poner en peligro o dañar bienes jurídicos reconocidos en el orden penal. Éste parece ser el sentir del documento publicado, en abril

de 2020, por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado titulado “tratamiento penal de las «Fake News»”.

El documento de la Secretaría Técnica, dejando al margen otras posibles consideraciones sobre su concreto contenido que no quedó exento de críticas, comienza con una alusión al verbo “desinformar”, si bien anclado al significado que le atribuye la RAE. También se hace eco de cómo las noticias falsas inundaban en ese momento las páginas de internet y redes sociales, “pudiendo llegar a general confusión e incluso alterar la percepción de la realidad de los ciudadanos”. En este sentido, como también recoge el texto, se ha de tener muy presente el complicado momento que se estaba viviendo a nivel global, ante los devastadores efectos de una pandemia (COVID-19) y la falta de conocimientos sobre muchos extremos de lo que implicaba o podría implicar. Nos encontrábamos ante una crisis sanitaria, casi sin precedentes, que favorecía el que determinadas personas intentaran atacar bienes jurídicos, especialmente, según la Fiscalía General del Estado, el patrimonio. Ello sin olvidar el impacto para personas en mayor situación de vulnerabilidad. Ahora bien, como la propia Secretaría Técnica también apuntó, el variado contenido de las “noticias falsas” daba lugar a que pudieran tener encaje en tipos penales de lo más diversos en función de a qué se refirieran y con qué intención fueran difundidas. Así, el citado texto, aludió a unos concretos delitos que, en principio, parecen una lista cerrada de conductas tipificadas potencialmente conectadas con el uso de las *fake news*. Ello da lugar a la referencia siete bloques de delitos. Concretamente se alude a: delitos de odio (art. 510.2.a) CP), descubrimiento o revelación de secretos (art. 197 CP), delito contra la integridad moral (art. 173 CP), desórdenes públicos (arts. 561 y 562 CP), injurias y calumnias (arts. 206-209 CP), delitos contra la salud pública (arts. 359 y siguientes del CP), estafas (arts. 248 y siguientes del CP), intrusismo (art. 403 CP), y, finalmente, delitos contra el mercado y los consumidores (art. 282 CP y 284.1. 2º CP).

No es éste el lugar oportuno para adentrarnos en las singularidades de cada una de estas tipologías delictivas. Sin embargo, nos parece interesante efectuar una breve mención al tema de los desórdenes públicos y los delitos de odio. En el primero de los casos la razón se debe a que, y en atención a su complejidad y amplitud, estos puedan ser una vía para canalizar en algún momento la sanción *per se* de las mentiras, en tanto en cuanto los mensajes transmitidos provoquen situaciones de alarma, catástrofes o

atentados que impliquen peligro para la sociedad o que hagan necesario el auxilio y activación de los servicios de emergencia.

En el caso de los delitos de odio la especial mención responde a que, cuando el texto de la Fiscalía General del Estado se redactó, se hacía mención en él a la interposición de dos querellas por el artículo 510.2.a) CP, relacionadas con la publicación de mensajes de Twitter, o bien su retuiteo, con los que se atribuían falsamente hechos delictivos al colectivo social de los MENAS. En la actualidad, ambos casos han dado lugar ya a sentencias en la Audiencia Provincial de Barcelona. En el caso de la sentencia 674/2022, de 8 de noviembre de 2022 (a la que algunos medios de comunicación aludieron en un primer momento como a la primera sentencia en la que se condena en España tras la difusión de *fake news*, hecho, posteriormente, convenientemente matizado) se condena, efectivamente, por un delito del artículo 510.2. a) CP con aplicación del subtipo agravado de los artículos 510.3, 510.5 y 510.6 CP, pero, además, se resalta el papel que tienen en la actualidad las *fake news*.

V. CONCLUSIÓN

En la denominada “sociedad de la información”, la desinformación o las informaciones falsas, favorecidas en gran medida por las nuevas tecnologías y la falta de formación, proliferan de un modo tan alarmante que pueden llegar a poner en peligro bienes jurídicos de diversa trascendencia. La cuestión, no obstante, es cómo afrontar ese fenómeno, sin perder de vista que el Derecho penal no es la única herramienta para salvaguardar bienes jurídicos y que, cuando su uso es necesario (esto es, cuando nos encontremos ante bienes jurídicos fundamentales para permitir la pacífica convivencia, y avalados por nuestro texto constitucional) se ha de recurrir a su empleo respetando los principios fundamentales de esta rama del derecho.

Partiendo del entendimiento de noticia falsa como “desinformación”, tal y como se define en el Informe del consejo de Europa sobre desórdenes informativos de 2017, es necesario tener presente la conexión de este fenómeno con las mentiras, y, claramente, como hemos podido ver sucintamente en las páginas anteriores, éstas, *per se*, a nuestro entender, no pueden ser objeto de tipificación específica en el Derecho penal. La mentira puede ser reprobable desde un punto de vista moral, pero, como ya sabemos, la moral no es derecho.

Ahora bien, también ha quedado patente que no pocas veces las mentiras son un medio empleado para dañar ciertos bienes jurídicos, y, en tales casos, sí es factible la acción del Derecho penal, aplicando los tipos delictivos que correspondan y que se habrán producido *gracias*, como mínimo parcialmente, al uso de mentiras. Es desde este punto de vista desde el que, a nuestro juicio, se ha de valorar el texto que la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado publicó en el año 2020, que, al margen de la concreta redacción de ese texto, no exento de críticas, reflejaba una clara realidad: el importante impacto de las *fake news* en el caso de los delitos de odio, entre otros enumerados en el texto.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO, Francisco. Prisión para la expresión: un nuevo invitado, Diario LA LEY nº 10293, de 24 de mayo de 2023.

DEVIS MATAMOROS, Abraham, Criminalización de las fake news en las redes sociales: ¿necesidad de intervención o derecho penal simbólico?, Revista General de Derecho Penal, número 37, mayo 2022, pp. 1-31.

DOMINGO MONFORTE, José/ MATARREDONA CHORNET, Lucía, Tratamiento penal de la noticia falsa, Diario LA LEY nº 10295, de 26 de mayo de 2023.

HERAS VIVES, Luis de las, Las fake news ante el derecho penal español, Actualidad Jurídica Iberoamericana, número 12 bis, mayo 2020.

LEÓN ALAPONT, José, La lucha contra la desinformación y las «fake news» a través del Derecho Penal: acerca de la ¿conciencia? y ¿eficacia? de dicha intervención, La Ley Penal, número 152, septiembre de 2021, pp. 1-24.

LEÓN ALAPONT, José, «Fake news» y desinformación: la ¿eficacia? del Derecho Penal frente a los riesgos de la transformación digital, en CASTELLÓ PASTOR, José Juan (Dir.), Desafíos jurídicos ante la integración digital: aspectos europeos e internacionales, Aranzadi, Navarra, 2021. pp. 535-562.

SERRA CRISTÓBAL, Rosario, Noticias falsas (fake news) y derecho a recibir información veraz. Donde se fundamente la posibilidad de controlar la desinformación y cómo hacerlo, Revista de Derecho Político, número 116, enero-abril, 2023, pp. 13-46,

VVAA, Análisis jurídico de las fake news en los tipos penales, SEPIN, Madrid, 2020.

* * * * *

Prof. Dra. Valentina Mongillo

Prof. Ayudante de Derecho Penal. Univ. di Salerno, Italia. Abogada. Socia de la FICP.

~La violenza di genere tra allarme sociale e rilettura costituzionalmente orientata~

Sumario.- I. Introduzione e genesi del fenomeno – II. Le scelte di politica criminale – III. Il rischio di una deriva populista – 1. Il populismo penale – 2. L'uso populista del diritto penale - IV. L'aggravante di cui all'art. 576, n. 5.1 c.p.: i dubbi interpretativi – 3. Due tesi a confronto – 4. L'intervento risolutore delle Sezioni Unite: la sentenza n. 38402 del 2021 - V. Conclusioni: l'offensività al centro del sistema

I. INTRODUZIONE E GENESI DEL FENOMENO

L'endemica condizione di debolezza della vittima che convive e/o intrattiene una relazione con il proprio carnefice ha condizionato, e tutt'ora condiziona, le scelte di politica criminale nella direzione di un maggiore rigore.

A ben vedere, infatti, nell'arco dell'ultimo ventennio si sono registrati numerosi interventi normativi finalizzati a reprimere e, a monte, prevenire la violenza 'domestica'¹, per mezzo di interpolazioni nella disciplina sia sostanziale sia processuale.

Utile una premessa definitoria allo scopo di affrontare il tema di cui si tratta: la 'violenza domestica' non è sinonimo di 'aggressione nei confronti del genere femminile'.

I due concetti si pongono come cerchi intersecanti, potendo coincidere oppure no.

¹ Tra le altre si annoverano:

- L. 4 aprile 2001, n. 154 Misure contro la violenza nelle relazioni familiari;
- L. 23 aprile 2009, n. 38 di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, recante misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori;
- L. 15 ottobre 2013, n. 119 (in G.U. n. 242 del 15 ottobre 2013 - in vigore dal 16 ottobre 2013) di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province;
- D.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 di attuazione della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la Decisione quadro 2001/220/GAI;
- L. 7 luglio 2016, n. 122 - disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea istitutiva di un fondo per le vittime di un reato doloso commesso con violenza alle persone;
- L. 11 gennaio 2018, n. 4, recante modifiche al codice civile, al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in favore degli orfani per crimini domestici;
- L. 19 luglio 2019, n. 69, recante modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere;
- L. 27 settembre 2021, n. 134, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari.

A riprova, la **Convenzione di Istanbul**, siglata l'11 maggio del 2011, riconosce autonomia concettuale alle due locuzioni.

La violenza nei confronti delle donne indica *“una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata”*².

Per converso, il sopruso ‘domestico’ è definito alla stregua di *“atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l’autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima”*³.

La succitata Convenzione, cui ha aderito l’Italia il **27 settembre 2012**⁴, rappresenta il caposaldo normativo e lo strumento per realizzare un’armonizzazione tra gli Stati aderenti. Essa mira alla prevenzione ed eliminazione della brutalità tanto domestica quanto perpetrata nei confronti delle donne; all’appiattimento di ogni forma di discriminazione per raggiungere una concreta parità tra i sessi e il rafforzamento dell’autodeterminazione delle donne⁵.

La ferocia degli episodi criminosi, ricorrenti nella prassi, in uno all’esigenza di adeguamento normativo alle istanze internazionali, ha spinto il legislatore a riconoscere una ‘corsia preferenziale’ alle persone offese dai delitti che qui vengono in rilievo.

L’essersi determinati nel senso di una maggiore celerità di azione trova giustificazione nella considerazione che *“le violenze inflitte alla donna, sul piano sia fisico sia psicologico, sono sufficientemente gravi da poter essere considerate trattamenti degradanti, ai sensi dell’articolo 3”*⁶.

² Art. 3 lett. a) Convenzione di Istanbul.

³ Art. 3 lett. b) Convenzione di Istanbul.

⁴ L. 27 giugno 2013, n. 77, Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l’11 maggio 2011.

⁵ Capitolo I – Obiettivi, definizioni, uguaglianza e non discriminazione, obblighi generali Articolo 1 – Obiettivi della Convenzione, Convenzione di Istanbul.

⁶ Sent. Cedu, Talpis c. Italia, I Sez., 2 marzo 2017, (ricorso n. 41237/14).

Così, nel 2017, la Corte Edu ha ‘redarguito’ il nostro Stato, auspicando una più rapida attivazione della macchina giudiziaria in tutti i casi analoghi.

Nella specie, l’Italia è stata condannata al pagamento di un indennizzo pari ad euro 40.000,00 – a titolo di equa riparazione – da accordare ad una cittadina moldava, residente a Udine: ancorché la donna avesse sporto querela nel 2012, la condanna al di lei coniuge giunse solo nel gennaio del 2015⁷.

Molta parte della dottrina ravvisa proprio nella sentenza Talpis c. Italia lo snodo fondamentale che ha condotto all’ultimo macro-intervento del legislatore in tema di violenza di genere, noto ai più come ‘Codice rosso’.

II. LE SCELTE DI POLITICA CRIMINALE

La L. 19 luglio 2019, n. 69, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”, ha inteso realizzare un inasprimento sanzionatorio per alcune fattispecie previste, introdurre nuove ipotesi di reato e accelerare la fase delle indagini preliminari, anche a mezzo di un ampliamento del diritto di informazione della p.o.

Ad un approccio di maggior rigore ha fatto da spola, invero, il rafforzamento del sistema rieducativo del reo: la sospensione condizionale della pena di cui all’art. 165 c.p., infatti, viene subordinata alla “*partecipazione a specifici percorsi di recupero*”; all’art. 13 *bis* L. 354/1975 si prevede che i condannati per una serie di delitti di cui al Codice rosso abbiano la possibilità di sottoporsi a un “*trattamento psicologico con finalità di recupero e di sostegno*”.

Nello specifico, sotto il profilo sostanziale, si è proceduto ad un innalzamento del *range* sanzionatorio previsto per i reati di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale, anche di gruppo, atti sessuali con minorenni e atti persecutori, rispettivamente incriminati dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*octies*, 609-*quater* e 612 *bis* c.p.

Ai delitti *de quibus* sono state affiancate ipotesi di nuova incriminazione e, in particolare, le fattispecie di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex*

⁷ La Corte conclude che vi è stata violazione dell’art. 14, in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 della Cedu.

art. 387 *bis* c.p., di deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso *ex art.* 583 *quinquies* c.p., di costrizione o induzione al matrimonio *ex art.* 558 *bis* c.p. e, da ultimo, di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti *ex art.* 612 *ter* c.p.

A livello processualistico, invece, con il lemma emergenziale 'Codice rosso', il legislatore ha inteso 'incidere' su un novero specifico di reati attraverso un'accelerazione procedimentale, compulsando il ruolo della polizia giudiziaria e del pubblico ministero nella fase iniziale delle indagini. I ventuno articoli che compongono la L. 19 luglio 2019, n. 69 si connotano – in primo luogo – proprio per la presenza di modulazioni di tipo processuale che tendono alla tempestività di azione.

Si è ritenuto di accelerare l'obbligo della polizia giudiziaria di riferire la notizia di reato al pubblico ministero, *ex art.* 347 c.p.p.: la comunicazione "senza ritardo" diventa così "immediata", anche in forma orale⁸. Alla base di questa scelta vi è una presunzione di urgenza, dal momento che l'esigenza di un agire tempestivo è *in re ipsa* per questi reati.

Parimenti stringente nelle tempistiche è l'onere di assumere informazioni cui è tenuto il pubblico ministero ai sensi dell'art. 362 c.p.p. L'interlocuzione con la persona offesa e/o con quanti abbiano presentato denuncia, querela o istanza deve avvenire in un termine pari a tre giorni.

A distanza di pochissimi anni dalla riforma del 'Codice rosso', il legislatore è tuttavia nuovamente intervenuto, anticipando ulteriormente la soglia di tutela per i delitti di genere.

Con la riforma c.d. Cartabia (*cf.* artt. 2 c. 11-13 L. 27.09.2021 n. 134), infatti, per mezzo di disposizioni di immediata applicabilità, è stata estesa la portata applicativa di un consistente novero di garanzie processuali alle vittime dei delitti di cui al Codice rosso, anche se tentati, oltre che al tentativo di omicidio⁹.

⁸ Sotto questo profilo, il legislatore ha accumulato i delitti di cui al Codice Rosso ai reati *ex artt.* 407, c. 2 lett. a), nn. 1 - 6 c.p.p. (*cf.* art. 347 c. 3 c.p.p.).

⁹ La L. n. 134/2021, art. 2, c. 11 - 13, di immediata operatività, in particolare, ha ampliato l'ambito operativo degli istituti di cui agli artt. 90 *ter*, c. 1-bis c.p.p.; 659, c. 2 *bis* c.p.p.; 362 c. 1 *ter* c.p.p., 370 c. 2 *bis* c.p.p.; 64-*bis* disp. att. c.p.p.; 165, c. 5, c.p.; 387 *bis* c.p.

III. IL RISCHIO DI UNA DERIVA ‘POPULISTA’

Da tale indicazione degli interventi normativi, ancorché non esaustiva, si ricava un ampliamento a cd. macchia d’olio della disciplina *de qua*: i *media* svelano scenari di violenza nelle forme più disparate cui sovente si cerca di porre riparo con disposizioni *ad hoc*, in funziona dissuasiva e/o fortemente repressiva.

In generale, la dottrina non ha sempre accolto con favore le scelte di incriminazione poste a tutela della violenza di genere: sul punto, si registra una duplicità di vedute.

1. Il populismo penale

In questo obiettivo di realizzare una congiuntura tra allarme sociale e politica criminale, e nello specifico di inseguire ‘emergenze’, parte della dottrina paventa il rischio di degenerare nel cd. “populismo penale”¹⁰, tradendo il fondamentale assunto che il diritto penale è, e deve restare, agganciato ai corollari del principio di legalità di cui alla Costituzione (*cfr.* artt. 25 e 27 Cost.)¹¹.

È stata ravvisata una ‘deriva populista’ nel progetto legislativo del ‘Codice rosso’, “*teoricamente preposto a rafforzare la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*”¹². Bollato in quanto ascrivito alla “*contemporanea passione del punire*”¹³, ad esso viene negata ogni efficacia precettiva¹⁴.

“*La previsione di termini strettissimi per l’audizione da parte del pubblico ministero del preteso offeso dai delitti di maltrattamenti in famiglia, violenza sessuale,*

¹⁰ M.L. FERRANTE, Il pericolo del populismo penale nelle sue varie forme, in *Diritti fondamentali.it*, fascicolo 1/2017, p. 2.

¹¹ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale – il Mulino*, 2019, Milano, p. 77, secondo cui: “un diritto penale che si possa definire “liberale” debba partire da un diritto penale “minimo” che preveda poche norme, pochi precetti, ma tutti rispettosi del principio di tassatività e determinatezza”.

¹² G.D. CAIAZZA, *Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio*, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2019, 5, p. 592.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ S. ANASTASI/ M. ANSELMI/E. FALCINELLI, *Populismo penale Una prospettiva italiana - Cedam*, Milano, 2020, p. 122, ove si definisce ‘il populismo penale’ alla stregua di un fenomeno normativo che sottende la seguente filosofia di fondo: “i criminali e detenuti si pensa siano stati favoriti, in particolare a spese delle vittime dei reati e in generale a spese di tutti coloro che sono rispettosi della legge. Si nutre di espressioni di rabbia, disincanto e disillusione nei confronti del sistema di giustizia penale, considerato responsabile per aver invertito la priorità di senso comune: proteggere il benessere e la sicurezza delle persone ordinarie rispettose della legge e punire coloro che con i loro crimini costituiscono una minaccia per tale benessere e sicurezza. E come per il populismo stesso, il populismo penale di solito assume la forma di “sentimenti e intuizioni” piuttosto che un indicatore più quantificabile”.

*stalking e lesioni “intrafamiliari”*¹⁵ non sarebbe idonea a sortire l’auspicato effetto di maggiore efficienza delle indagini.

Si rilegge in questa scelta legislativa un’utopia di fondo: *“soltanto un wishful thinking, che non tien conto degli effettivi carichi di lavoro delle Procure e della consuetudine inveterata di delegare alla polizia giudiziaria l’assunzione delle sommarie informazioni, può immaginare che - in assenza di sanzioni processuali - sarà rispettata l’indicazione di tre giorni dall’iscrizione della notizia di reato, come tempo per dar voce alla persona offesa”*¹⁶.

I sostenitori di una deriva ‘populista’ ravvisano, peraltro, una contraddizione in termini nelle disposizioni di cui alla L. n. 69 del 2019: l’accelerazione dei tempi di indagine non combacia con la scelta di riconoscere una maggior durata dei termini delle misure cautelari, in conseguenza dell’aumento dei massimi edittali di pena (*cfr.* artt. 572 e 612 *bis* c.p.). La ritenuta illogicità della scelta sottende la considerazione critica secondo cui il legislatore agisce *“come se la maggior tempestività che si vuole imprimere alle indagini non riguardasse anche il soggetto che le subisce (cominci a marcire...) e la verifica giurisdizionale piena delle ipotesi accusatorie”*¹⁷.

Una nota di critica è stata riservata anche alla cd. *“smania incriminatrice”*, ritenendosi infruttuosa e controproducente la scelta di tipizzare nuove fattispecie penalmente rilevanti¹⁸.

La proliferazione normativa a tutela del genere femminile intercetta il seguente errore di prospettiva: *“considerare il grave e complesso fenomeno della violenza una mera questione di ordine pubblico o, peggio ancora, causa di ‘allarme sociale’, e trattarlo sbrigativamente con lo strumento penale”*¹⁹, che rivela inevitabilmente la sua inadeguatezza, se *“(mal)inteso come l’unica panacea”*²⁰.

¹⁵ G.D. CAIAZZA, in Riv. It. dir. e proc. pen., 2019, 5, p. 592

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ La tesi parte dall’assunto che un effetto maggiore deterrenza non può essere conseguito per mezzo di pene più numerose e/o più severe: la “proliferazione iperbolica delle fattispecie penali, aggravamento delle pene edittali, pene accessorie tendenzialmente perpetue che sopravvivono anche alla sospensione condizionale della pena e alla stessa riabilitazione. Il diritto penale si trasforma da Magna Charta del reo a diritto penale del nemico”.

¹⁹ E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione ‘a caldo’ sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di ‘femminicidio’*, in Riv. Diritto Penale Contemporaneo, 2013, p. 3.

²⁰ E. LO MONTE, *op. cit.*, p. 3.

Per converso, bisognerebbe procedere ad un intervento organico di ampio respiro, che si concentri sulla genesi del problema, prima che sugli effetti. La rimozione delle cause *“resta l’unica strada per l’affermazione di quella ‘soggettività femminile’ richiamata dalla Convenzione di Istanbul e, dunque, per l’auspicabile (reale) tutela della donna”*²¹.

2. L’uso populista del diritto penale

Altri autori, per converso, sono portatori di una visione meno estrema e ritengono di essere lontani da un vero e proprio populismo, ma che sia ravvisabile un *“uso populista del diritto e della giustizia penale”*²². L’espressione descrive la tendenza politico-criminale che mira a strumentalizzare la legislazione penale con il proposito di conseguire *“consenso, che abbia un orientamento punitivo in risposta a umori collettivi più o meno appositamente sobillati”*.²³

In particolare, nella introduzione del Codice rosso, alcuni scorgono *“un approccio quasi esclusivamente punitivo, senza valorizzare le politiche preventive”*²⁴. Il timore condiviso è che si realizzi *“una regressione del diritto penale a un “diritto penale d’autore”, a un “diritto penale del nemico” o una “giustizia vendicativa e sommaria”, alimentata da una diffusa cultura della paura che costruisce condizioni di panico perpetuo”*²⁵.

In definitiva, si tenta di emarginare le scelte politico-criminali che mirano alla raccolta di un *placet* da parte dei consociati.

La perplessità è che si possa ripristinare una forma ‘autorale di colpa’, che conduca a quella oggettivizzazione di responsabilità che il nostro ordinamento rifugge e condanna. Ogni presunzione di responsabilità penale si traduce in una violazione del principio di personalità di cui all’art. 27 Cost., dando la stura a *“illiberali formule di responsabilità a sfondo eticizzante, riconducibile al modello della colpa d’autore che*

²¹ Ibidem

²² R. CORNELLI, Contro il Pan populismo. Una proposta di definizione del populismo penale, in Riv. Sistema Penale, 2019, 4, p. 11.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ R. CORNELLI, in Riv. Sistema Penale, 2019, 4, p. 11.

*finisce per contrastare direttamente i principi di offensività, integrazione sociale e ragionevolezza”.*²⁶

L’obiettivo è fugare ogni scelta normativa che anteponga apriorismi soggettivistici all’offesa concreta del bene/interesse protetto dalle norme incriminatrici che vengono in rilievo.

La cartina di tornasole delle opzioni politico-criminali non può che essere l’offensività del fatto: il legislatore “*dovrà calibrare il potere di incriminazione su specifiche esigenze di politica-criminale, generando fattispecie di cui possa essere verificata l’applicazione in funzione della tutela del bene giuridico che ne ha legittimato l’introduzione*”²⁷.

Dunque, ancorché meritorio l’approccio legislativo, che ha perseguito e tuttora persegue l’obiettivo di allargare le maglie della tutela per le vittime di violenza di genere, lo stesso va indirizzato e plasmato in fase applicativa nel rispetto dei principi cardine di cui alla Costituzione, primo tra tutti l’offensività di cui agli artt. 13 e 25 e la colpevolezza ai sensi dell’art. 27.

IV. L’AGGRAVANTE DI CUI ALL’ART. 576, N. 5.1 C.P.: I DUBBI INTERPRETATIVI

All’ambiguità di certe scelte lessicali ha rimediato, talvolta, la giurisprudenza di legittimità, che – nello sforzo di affiancare il cd. diritto vivente con quello cd. positivo – riconduce talune disposizioni nell’alveo dei principi Costituzionali.

Emblematica la *querelle* interpretativa che ha riguardato l’aggravante dell’omicidio commesso “*dall’autore del delitto previsto dall’art 612 bis c.p. nei confronti della stessa persona offesa*” di cui all’art. 576, n. 5.1 c.p.

L’art. 576 c.p. commina la pena dell’ergastolo nel caso in cui la condotta omicidiaria sia perpetrata in presenza di un novero tassativo di circostanze, tra le quali figura l’ipotesi di cui al n. 5.1²⁸, che punisce il fatto tipico commesso dall’autore del delitto di *stalking*.

²⁶ S. MOCCIA, Il diritto penale tra essere e valore - Funzione della pena e sistematica teleologica, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, p. 157.

²⁷ M. NADDEO, Principio di offensività e chiavi di lettura, Giappichelli editore, Torino, 2022, p. 8.

²⁸ Il numero 5.1 è stato aggiunto dall’art. 1, D.L. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modifiche dalla L. 24 luglio 2008, n. 125.

La fattispecie di cui si tratta ha dato adito a non pochi dubbi.

In primis, è stato necessario chiarire se, ai fini della irrogazione della pena nella forma aggravata, fosse sufficiente l'identità soggettiva tra l'autore del reato di omicidio e quello di *stalking*, ovvero se dovesse altresì accertarsi un collegamento strutturale tra i due reati.

Connessa la seconda questione, inerente il trattamento giuridico e sanzionatorio previsto per la fattispecie in esame: si è reso indispensabile comprendere se l'omicidio aggravato dallo *stalking* potesse concorrere con il reato di atti persecutori, ovvero se dovesse ritenersi assorbita l'ipotesi di cui all'art. 612 *bis* c.p. nel primo, integrandosi un reato complesso cd. 'circostanziato' ex art. 84 c.p.

La sentenza resa a Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione, n. 38402/2021 ha ricomposto la spaccatura interpretativa sorta in ordine al se “*i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1 cod. pen. concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen.*” e, peraltro, ha rappresentato l'occasione per ridefinire gli elementi strutturali del delitto complesso ex art. 84 c.p.

Gli eventi, che hanno originato la rimessione alle Sezioni Unite in funzione nomofilattica, riguardavano la condanna nei confronti di una donna alla pena prevista per i delitti di atti persecutori ex art. 612 *bis* c.p. e omicidio volontario aggravato dall'esser stato commesso da persona responsabile del reato di atti persecutori di cui all'art. 576 c.p. n. 5.1.

Ancorché fosse riconosciuto il *favor* della continuazione ex art. 81 cpv. c.p., al reo si contestava un concorso materiale tra il delitto di *stalking* e l'omicidio aggravato dalla qualifica di 'persecutore', con conseguente cumulo giuridico di sanzioni.

La condizione di 'autore di condotte rilevanti ex art. 612 *bis* c.p.' veniva valorizzata due volte a fronte dello stesso fatto, sia come elemento costitutivo del delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p., sia come elemento aggravatore della fattispecie di omicidio, ai sensi dell'art. 576, c.1, n. 5.1 c.p., in funzione fortemente repressiva.

1. Due tesi a confronto

Al fine di meglio comprendere la soluzione cui è addivenuta la Suprema Corte, è doveroso dare atto delle due tesi, che si sono contese il campo.

Il primo orientamento²⁹ ha assegnato all'elemento accidentale in oggetto una natura meramente soggettiva, basata esclusivamente sulla identità dell'autore dei due reati, avulso come tale dalla condotta. In particolare, la I sezione penale della Cassazione ha agganciato l'incremento sanzionatorio alla 'condizione di persecutore', senza pretese di connessione strutturale e/o temporale tra lo *stalking* e la fattispecie di omicidio.

L'essersi resi responsabili di una condotta persecutoria, ancorché a considerevole distanza di tempo, sarebbe circostanza idonea e sufficiente a rendere – per ciò solo – l'omicidio più grave e, quindi, meritevole dell'ergastolo.

La tesi *de qua* troverebbe conferma nel portato lessicale della circostanza di cui all'art. 5.1, che aggancia l'innalzamento di pena alla identità del soggetto, autore sia del delitto di atti persecutori che di quello di omicidio volontario, non già alla relazione strutturale tra le fattispecie.

Si ci troverebbe dinanzi a “una consapevole modalità espressiva, come si evince dalla disposizione aggravatrice immediatamente precedente, in cui è usata una formula lessicale significativamente diversa, incentrata sulle condotte lesive il cui disvalore aggiuntivo risiede nel fatto che esse sono state compiute «in occasione della commissione di taluno dei delitti previsti dagli artt. 572, 600-bis, 600-ter, 609-bis, 609-quater e 609-octies»; l'omessa riproposizione, nella disposizione che qui interessa, dell'espresso riferimento al legame, quanto meno occasionale, con il reato diverso dall'omicidio (nella specie il delitto di atti persecutori), esclude che il fatto costitutivo di detto reato sia considerato in quanto tale integrativo della fattispecie aggravata”³⁰.

Aderendo a questo orientamento, ben avrebbe potuto – il giudice – riconoscere un concorso materiale tra il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. e l'omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker*, nel caso in cui il medesimo autore si fosse reso responsabile di condotte persecutorie e successivamente di un omicidio.

A tanto – *recte* al mancato assorbimento dello *stalking* nell'omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker* – può addivenirsi solo negando la natura di delitto complesso all'ipotesi di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p.

²⁹ Cass. pen., Sez. I, n. 20786 del 12/04/2019.

³⁰ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

Gli atti persecutori, di conseguenza, manterrebbero autonoma rilevanza, in quanto tali suscettibili di concorrere con l'omicidio aggravato, non richiedendosi alcuna interferenza tra i due reati.

In definitiva, la fattispecie di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p. non sarebbe funzionale a punire più gravemente le condotte di *stalking*, sfociate nell'uccisione della vittima perseguitata, quanto – piuttosto – a reprimere con maggiore severità fatti di omicidio resi più offensivi “*dall'essere l'autore colui che prima, non importa quando, ha oppresso la vittima con atti persecutori*”³¹.

Per converso, l'opposto orientamento³² ha qualificato l'ipotesi in discorso alla stregua di reato complesso ai sensi dell'art. 84 c.p., di talché la fattispecie aggravata di omicidio assorbirebbe il delitto di atti persecutori, che – perdendo la propria autonomia – si porrebbe come elemento aggravatore della condotta fatale, senza possibilità di autonoma contestazione.

Secondo tale interpretazione alternativa, dovrebbe riconoscersi, dunque, natura oggettiva all'elemento accidentale: l'accentuato disvalore del fatto non potrebbe dirsi connesso ad una condizione soggettivistica fine a sé stessa, quanto – piuttosto – alla circostanza fattuale che l'omicidio si identifichi con l'atto ultimativo ‘a valle’, *recte* con il preludio di un *iter* persecutorio, che ne costituisce il presupposto ‘a monte’.

La III sezione penale della Cassazione ha concluso nel senso che il fatto tipico *ex art. 575 c.p.* debba rappresentare il momento terminale di un *iter* criminoso che si sia compendiato in condotte di tipo persecutorio, inserite in un “*climax*” di violenza.

Pertanto, non sarebbe configurabile il concorso tra il delitto di omicidio aggravato dalla qualifica di persecutore e quello di atti persecutori, in quanto la fattispecie omicidiaria aggravata costituirebbe una figura di reato complesso, che assorbe il delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p.

Contrariamente a quanto sostenuto dal primo degli orientamenti citati, la scelta lessicale di riferirsi all'identità soggettiva del reo di cui al n. 5.1, anziché al rapporto di occasionalità tra i delitti, non potrebbe dirsi dirimente: il riferimento testuale all'autore dell'omicidio ‘quale persecutore’ reca con sé il rinvio al fatto persecutorio

³¹ Cass. pen., Sez. V, n. 14916 del 01/03/2021.

³² Cass. pen., Sez. III, n. 30931 del 13/10/2020.

nella sua interezza e materialità, ovvero al ‘tipo’ di cui all’art. 612 *bis* c.p., non già alla mera qualifica soggettiva.

La fattispecie aggravata di omicidio, quindi, assorbirebbe entrambi i fatti criminosi intercorsi fra tali soggetti, “*realizzando la condizione della comprensione dei fatti in un reato complesso di cui l’opposto indirizzo giurisprudenziale nega l’esistenza*”³³.

Quest’ultima interpretazione si presenta maggiormente rispettosa dei principi di offensività e di colpevolezza: illuminanti le parole della Corte nella parte in cui afferma che può procedersi ad aggravare la pena “*non per quello che il soggetto agente dell’omicidio appare essere, ma per ciò che lo stesso ha fatto*”³⁴, fuggendo forme di colpa dal sapore latamente autoriale, che si porrebbero in violazione dell’art. 27 Cost., nonché del principio di offensività (artt. 13 Cost., 25 Cost., 49 c.p.).

È necessario dare visibilità alla connessione tra i fatti di atti persecutori e di omicidio: solo questa ‘relazione strutturale’ può giustificare l’applicazione della pena dell’ergastolo.

Peraltro, un concorso reale tra il reato di *stalking* e quello di omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker* si tradurrebbe in un duplice addebito, a carico del reo, della condotta di atti persecutori. Quest’ultima finirebbe per essere valorizzata due volte, sia alla stregua di autonomo delitto concorrente, sia di elemento aggravatore dell’omicidio, “*in violazione del principio generale del ne bis in idem, nei suoi aspetti sia processuali che sostanziali*”³⁵.

2. L’intervento risolutore delle Sezioni Unite: la sentenza n. 38402 del 2021

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la pronuncia n. 38402/2021, ha ritenuto di aderire al secondo degli orientamenti citati.

³³ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

³⁴ La conclusione troverebbe conferma nei lavori preparatori all’introduzione della circostanza aggravante in esame con l’art. 1, c. 1, lett. a), D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con modif. dalla L. 23 aprile 2009, n. 38. Dalla lettura degli stessi può desumersi che l’integrazione normativa è stata giustificata con “la necessità di fronteggiare l’allarmante fenomeno della commissione di omicidi in danno delle vittime di atti persecutori, in tal modo presupponendo, quale oggetto della nuova previsione aggravatrice, una connessione fra i due fatti criminosi, entrambi compresi nella stessa”.

³⁵ A ragionare diversamente, riconoscendo un cumulo materiale tra il delitto di *stalking* e l’omicidio aggravato dalla qualifica di *stalker*, come sostenuto dal primo degli orientamenti citati, si giungerebbe ad una duplicazione sanzionatoria a fronte di un medesimo fatto (nella specie, gli atti persecutori) con patente violazione del divieto di *bis in idem*. È di palmare evidenza come la condizione di persecutore finirebbe per essere valorizzata due volte: sia alla stregua di reato base sia come elemento circostanziale.

Lo snodo risolutore è da ricercare nell'art. 84 c.p., che, nel definire il reato complesso, include, al comma 1, sia il reato 'composto' – in cui i delitti assorbiti si comportano come elementi costitutivi della condotta-base³⁶ –, sia il reato 'complesso circostanziato', ove alla fattispecie cd. base si aggiunge, alla stregua di elemento aggravatore, un'ipotesi delittuosa, di per sé sola costitutiva di reato.

Nella seconda categoria può essere inquadrata la fattispecie di cui all'art. 576, c.1, n. 5.1 c.p.: l'omicidio costituisce la fattispecie base, aggravata in presenza di una condotta persecutoria rilevante *ex art. 612 bis c.p.*, che deve intendersi assorbita nella fattispecie di omicidio, qualora si riscontri 'l'unitarietà della azione complessivamente considerata'.

Stante la natura di 'reato complesso circostanziato', quindi, l'aggravante richiamata – che di per sé sola assurge a fatto penalmente rilevante –, dovrà intendersi come riferita ad *“un fatto oggettivamente identificabile come tale”*³⁷, ovvero allo *stalking* nella sua tipicità, non essendo sufficiente il ricorrere di una mera qualificazione soggettiva del reo.

La Suprema Corte ha, dunque, illustrato i connotati strutturali del delitto complesso di cui all'art. 84 c.p.: trattasi di unione prasseologica, legislativamente prevista, tra più fatti di per sé costituenti autonomi reati, tipizzati da distinte figure incriminatrici.

Esso è funzionale a garantire la non operatività di un cumulo reale, *“escludendo qualsiasi incidenza sanzionatoria dei reati in esso unificati”*, le cui pene sono compendiate nell'unica sanzione comminata dal reato complesso.

Ciò si spiega in forza della *“unitarietà dell'azione complessiva che comprende i fatti criminosi”*, elemento sostanziale e connotato principale del reato complesso. Quest'ultimo deve intendersi come *“contestualità spaziale e temporale fra i singoli fatti criminosi che compongono la fattispecie del reato complesso”*, cui deve aggiungersi *“una comune prospettiva finalistica”*.

La *ratio* dell'art. 84 c.p. è da ravvisare nel divieto di duplicazioni sanzionatorie per i medesimi fatti, attesa la preclusione del *bis in idem*: si prende atto della

³⁶ *Cfr.* art. 628 c. 1. c.p., che tipizza il delitto di rapina cd. propria, reato complesso che assorbe in sé le condotte di furto *ex art. 624 c.p.* e di violenza privata *ex art. 610 c.p.*

³⁷ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/ 07/2021.

sproporzione che deriverebbe dall'irrogare un cumulo di pene previste per fatti che si inseriscono nella medesima azione criminosa.

Pertanto, l'ipotesi di cui all'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p. assurge a reato complesso circostanziato se e quando l'azione omicidiaria è aggravata non dall'essere il reo un persecutore, ma per ciò che questi ha fatto, ovvero per la condotta persecutoria tenuta, sempreché ricorra 'l'unitarietà finalistica dei fatti', *recte*, la contestualità spazio-temporale, in uno alla 'prospettiva finalistica unitaria'.

Non si ravvisano preclusioni nel sostenere l'assorbimento del delitto abituale previsto dall'art. 612 *bis* c.p. in un delitto istantaneo di evento, qual è l'omicidio, precisa la Corte.

Il maggior aggravio di pena – chiosa la Corte – intanto può irrogarsi, in quanto *“la condotta, e gli eventi descritti nell'art. 612-bis cod. pen., ineriscano al condizionamento e, in ottica finale, all'annientamento della personalità della vittima, progressivamente limitata e impedita, nell'esercizio della sua libertà di determinazione, dalle molestie e dalle minacce che ne inibiscono lo svolgimento dalla normale vita sociale. In questa visione prospettica della condotta criminosa, l'omicidio del soggetto perseguitato si presenta nell'esperienza giudiziaria come il risultato estremo, ma purtroppo non infrequente, dell'intento di annullamento della personalità della vittima; e quindi si integra compiutamente nella complessiva direzione finalistica del fatto, come peraltro sottolineato nei rammentati lavori preparatori”*³⁸.

V. CONCLUSIONI: L'OFFENSIVITÀ AL CENTRO DEL SISTEMA

La Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza del 15 luglio 2021, n. 38402, ha magistralmente coniugato le istanze che promanano dall'allarme sociale con il rispetto del principio di legalità in ciascuno dei suoi corollari.

Esaminando una fattispecie che si inserisce tra le norme a tutela della violenza di genere, oggetto di interpolazione del Codice rosso, qual è l'art. 576, c. 1, n. 5.1 c.p., la Corte consegna un 'sistema' in cui la pena può spiegare la sua funzione repressiva e special-preventiva solo quando è calibrata su fatti che dispieghino un disvalore effettivo e tangibile, senza presunzioni di colpevolezza e al riparo da automatismi sanzionatori.

³⁸ Cass., SS.UU., n. 38402 del 15/07/2021.

Il pregio indiscusso della pronuncia è ravvisabile nell'aver posto 'al centro' i principi di materialità ed offensività: la sanzione deve irrogarsi per ciò che il reo fa e non per quello che è (o peggio, è stato!).

L'offesa al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice non può dunque essere sacrificato sull'altare di pressioni mediatiche.

Come è stato efficacemente scritto, in conclusione, *“il principio di offensività non cede allo slittamento epistemologico dalla prevenzione alla precauzione, contrapponendosi alle mutazioni genetiche che rischiano di condurre a una dogmatica del rischio (nomologicamente) incerto”*³⁹.

* * * * *

³⁹ M. NADDEO, Principio di offensività e chiavi di lettura, cit. 2022, p. 8.

Prof. Dr. Lucas Montenegro

Investigador ayudante de Derecho Penal, Univ. Halle-Wittenberg, Alemania. Socio de la FICP.

~La organización delictiva como persona ilícita. A su vez, una contribución sobre la interpretación del § 129 II StGB¹~

La 54ª reforma del Código Penal, que entró en vigor en el mes de julio de 2017, incorporó una definición legal del término “organización” en el § 129 del Código Penal. Dicha modificación legal se efectúa en el marco de la aplicación de dos Decisiones Marco de la UE² y se inserta en el debate posterior a su entrada en vigor.³ Las siguientes consideraciones toman esa nueva definición jurídica como oportunidad para volver a reflexionar sobre cuestiones fundamentales acerca de injusto de constituir organizaciones delictivas y, con base en ello, ofrecer orientaciones en relación con la interpretación de tal definición jurídica. En primer lugar, se discutirán dos problemas básicos relativos al injusto penal de constituir organizaciones delictivas (I.) y se elaborará una propuesta de justificación del injusto penal capaz de dar solución a estos problemas (II.). Posteriormente, se introducirá la denominada interpretación “favorable al Derecho europeo” en relación con el concepto de organización y se criticará con ayuda de la justificación propuesta (III.1). Por último, se discutirán brevemente los elementos de la nueva definición jurídica (III.2).

I. DOS PROBLEMAS BÁSICOS DEL INJUSTO PENAL DE CONSTITUIR ORGANIZACIONES DELICTIVAS

El debate actual sobre el injusto penal de constituir organizaciones delictivas refleja la existencia de un par de estrategias de justificación. O bien se considera que la existencia de una organización delictiva no es más que un estado de cosas que, como tal, viola el Derecho o bien se recurre a la idea de puesta en peligro de determinados bienes protegidos por el Derecho penal en aras de justificar semejante injusto penal. De ambas justificaciones se derivan dos problemas un tanto delicados a los que me gustaría dar el nombre de “problema de la imputación” y “problema de la legitimación”. A continuación,

¹ El siguiente texto es una traducción de un artículo publicado originalmente en GA 2019, 489. Debo la atenta revisión del texto a mi querido amigo Alejandro Turienzo.

² Decisiones marco 2002/475/JAI de 13.06.2002 sobre la lucha contra el terrorismo y 2008/841/JAI de 24.10.2008 sobre la lucha contra la delincuencia organizada. Con anterioridad, también, aunque sin referencia directa al concepto de organización, la Acción Común del Consejo de 21.12.1998.

³ Por ejemplo, ZÖLLER, KriPoZ 2017, p. 26; HAWICKHORST, § 129a StGB - ein feindstrafrechtlicher Irrweg zur Terrorismusbekämpfung, 2011, p. 85 y ss.

explicaré cada uno de ellos. A su vez, ambos conforman el marco dentro del cual pueden presentarse y criticar en mayor profundidad las estrategias de justificación.

1. El injusto penal autónomo y el problema de la imputación

Buena parte de la doctrina considera que la existencia misma de organizaciones delictivas tiene un efecto perjudicial para la seguridad, el orden y la paz públicas.⁴ La razón que se aduce para eso es que organizaciones delictivas desarrollarían una mayor intensidad delictiva en virtud de su dinámica interna.⁵ A esta justificación se le suele objetar que, al centrarse exclusivamente en los intereses jurídicos de la “seguridad pública” o la “paz pública”, el injusto queda sin contorno y es susceptible de una extensión arbitraria.⁶

Un intento de concretar conceptual y dogmáticamente esta tesis es recurrir a la idea de “*construcción de una entidad social*”. El incremento de la intensidad delictiva residiría en las acciones de este colectivo que no puede reducirse a las acciones de los miembros individuales y, por lo tanto, tiene carácter autónomo. La obligación mutua sería, pues, el correspondiente conceptual para la dinámica interna inherente a la organización delictiva. Un ejemplo bien conocido en relación con esto puede encontrarse en la idea de Lampe del “sistema de injusto”. Este sistema de injusto se trataría de una estructura social que se organiza con el fin de alcanzar un objetivo asocial.⁷ En un sistema de este tipo los criterios de atribución de la responsabilidad penal individual, esto es, “las acciones, los procesos causales lineales y la ficción de su equivalencia (,) ya no son categorías de atribución

⁴ Cfr. SCHÄFER, MüKo-StGB, 3.^a ed. 2017, art. 129 n.º marginal 1, con más referencias.

⁵ Esta es la tesis mayoritaria en la jurisprudencia: el § 129 del Código Penal pretende abarcar el incremento de la intensidad delictiva que se manifiesta en la constitución o continuación de una organización establecida que, en virtud de su dinámica, posee un intenso peligro abstracto para importantes intereses jurídicos de la comunidad. Cfr. BGHSt 31, 202, 207; 41, 47, 51; 54, 216, 229; 56, 28, 33. Ya designando el orden público como objeto de protección, BGH NJW 1966 310, 312. En la literatura con diferentes énfasis LÜTTGER, GA 1960, p. 33, 54; LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 706; FEDERLE, ZStW 110 (1998) p. 767, 793; VON BUBNOFF, LK, 11.^a ed. 1996, § 129 n.º marginal 1; GRIESBAUM, in: Griesbaum et. al. (Coord.), Festschrift Nehm, 2006, pp. 125, 129; KRAUB, LK, 12.^a ed. 2009, § 129 n.º marginal 1; SCHÄFER, MüKo-StGB, § 129 n.º marginal 1; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, 29.^a ed. 2014, § 129 n.º marginal 1. Rechazando la contraposición entre seguridad pública y anticipación de la punibilidad para la protección de otros intereses jurídicos, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, Strafrecht BT, Teilband 2, 10.^a ed. 2012, § 95 n.º marginal 3.

⁶ Cfr. RUDOLPHI, ZRP 1979, p. 214, 216; SCHROEDER, Die Straftaten gegen das Strafrecht, 1985, p. 14; SCHEIFF, Wann beginnt der Strafrechtsschutz gegen kriminelle Vereinigungen (§ 129 StGB)?, 1997, p. 26; CANCIO MELIÁ, en: Pawlik (Coord.), Festschrift Jakobs, 2007, pp. 27, 42 y ss.; OSTENDORF, NK-StGB, 5.^a ed. 2017, § 129 n.º marginal 5.

⁷ LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 687.

adecuadas.”⁸ Las organizaciones criminales son sistemas de injusto constituidos que, debido a su carácter institucional, funcionan independientemente de que cambien sus integrantes.⁹ De ello se deriva un injusto de sistema consistente en un estado de injusto que no requiere una manifestación externa mediante acciones.¹⁰ Esto justifica el injusto autónomo de la organización delictiva.

Si se adopta este punto de vista, entonces, parece obvio que el propio colectivo es responsable de los actos colectivos.¹¹ Todos quienes integran el colectivo delincuente tendrían que ser considerados responsables de aquellos delitos cometidos en nombre del colectivo, habida cuenta de que la acción "solidaria", tal como la denomina Lampe, debe tener como contrapartida la responsabilidad "solidaria".¹² Aunque este resultado parece llegar a conclusiones comprensibles, cuando menos en lo que atañe al ámbito de la coautoría,¹³ resulta más difícil de aceptar cuanto mayor y más complejo sea el colectivo. En relación con el injusto penal de constitución de organizaciones delictivas, situar el punto de mira en el colectivo interviniente conduce a consecuencias que parecen, cuando menos, contraintuitivas. A saber: todos los miembros tendrían que ser responsables de todos los delitos cometidos en el marco de la organización delictiva en virtud de su simple pertenencia a ella y con independencia de su participación concreta.

Luego, ¿por qué no son todos los miembros de la organización coautores o partícipes de los delitos cometidos en nombre de la organización? Esta es la cuestión que personalmente denomino el “*problema de la imputación*”. El BGH se ha pronunciado al respecto en más de una ocasión. Según el BGH, hay que focalizarse en los criterios

⁸ LAMPE, ZStW 106 (1994), 683, 686. Aún más claramente con respecto a la coautoría: “Un sistema así crea una nueva cualidad de injusto, el injusto "de sistema", que va más allá del injusto de comportamiento aislado”. (S. 690). También poniendo énfasis en la dimensión colectiva del injusto CANCIO MELIÀ, in: Pawlik (Coord.), Festschrift Jakobs, 2007, pp. 27, 44 y ss.

⁹ LAMPE, ZStW 106 (1994), pp. 683, 693 y ss.

¹⁰ Véase LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 715

¹¹ Cfr. HEINE, Kollektive Verantwortlichkeit, en: Eser/Huber/Cornils (coord.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, 1998, pp. 95, 98; Kindhäuser FS Hollerbach, 2001, pp. 627, 630.

¹² En cualquier caso, el propio Lampe llega a la siguiente conclusión en el caso de la coautoría: "Y un sistema de este tipo da lugar – a modo de retroalimentación – a un nuevo tipo de responsabilidad, la responsabilidad ‘del sistema’, que más allá de la responsabilidad por las propias acciones abarca el comportamiento de los demás coautores conectados sistémicamente (...)”. LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 690. No se aclara suficientemente por qué esto no debería aplicarse a otros sistemas (véanse las siguientes observaciones).

¹³ Así, por ejemplo, LESCH, ZStW 105 (1993), pp. 271, 274 y ss. que quiere atribuir la coautoría a la acción de un sujeto colectivo. Asimismo, JOERDEN, Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs, 1988, pp. 78 y ss.; JOERDEN, Zurechnungsprobleme bei Gruppen und Kollektiven, en: Kaufmann/Renzikowski (coord.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, pp. 135, 137 y ss., 142; RENZIOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 101.

generales de atribución de responsabilidad y determinar específicamente la responsabilidad individual de los miembros como coautores, inductores o cómplices de cada delito individualmente considerado.¹⁴ A los miembros sólo se les acusa de constituir una organización criminal. La organización en sí, sin embargo, no es razón suficiente para la imputación mutua de otras contribuciones delictivas a delitos cometidos en nombre de la organización.¹⁵

Valga destacar, finalmente, que situar el foco de atención en la constitución de un colectivo en aras de justificar el injusto subyacente a los §§ 129 y siguientes del StGB debe tomar en consideración otras formas de intervención delictiva de varias personas. En lo que respecta a la responsabilidad de los individuos por sus contribuciones concretas al delito, debe aclararse, en particular, por qué la coautoría y la organización delictiva reciben un trato diferenciado.

2. La accesoriadad del injusto penal y el problema de la legitimidad

Ahora bien, la anterior explicación resulta superflua si se renuncia a las distinciones conceptuales entre individuos y colectivos y se busca una vía de justificación del injusto en otro lado. Insistir en los criterios de atribución de responsabilidad penal individual evita los problemas derivados de la idea de responsabilidad colectiva. Al hacerlo, sin embargo, ya no se puede recurrir a la existencia de un sistema ilícito que pueda distinguirse conceptualmente del individuo como punto de partida del injusto y se tropieza con otro problema distinto: ¿cómo cabe justificar la relevancia penal de la mera pertenencia a un colectivo si ello no presupone su concreta intervención en un delito? La cuestión de la legitimidad de los §§ 129 y siguiente del StGB pasa entonces a ocupar un primer plano.

¹⁴ BGHSt 28, 110, 114 ss; BGH NSTZ 2011, 577, 578. Sobre la banda BGH StV 2004, 22; 2008, 575.

¹⁵ Sin embargo, incluso los autores que se centran en la dimensión colectiva de las organizaciones delictivas no aceptan la responsabilidad colectiva. Aquí se argumenta, por ejemplo, que una organización delictiva no existe jurídicamente y no puede dirigirse acción legal contra algo que no existe jurídicamente (Lampe). Otros sostienen que la transferencia de responsabilidad jurídica es dogmáticamente posible en el ordenamiento jurídico ya que también se sigue esta norma en otros países con respecto a las empresas. No obstante, no tendría sentido, desde un punto de vista político-criminal, reconocer organizaciones diametralmente opuestas al ordenamiento jurídico (Cancio Meliá). Véase LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 725; CANCIO MELIÁ, en: Pawlik (Coord.), Festschrift Jakobs, 2007, pp. 27, 44 y ss. Sin embargo, estas opiniones conducen a una asimetría entre coautoría y organización delictiva que requiere explicación. Pues la coautoría, como colectivo, está tan orientada a cometer delitos como la organización criminal, y no se podrá pretender que el ordenamiento jurídico no reconozca al grupo de coautores a efectos de responsabilidad penal aunque sea diametralmente opuesto al ordenamiento jurídico. En cualquier caso, Cancio Meliá parece tener una respuesta en mente cuando se refiere a los modelos de autorresponsabilidad de las asociaciones, véase CANCIO MELIÁ, en: Pawlik (Coord.), Festschrift Jakobs, 2007, p. 27, 46 (nota 90).

El problema de la legitimidad se hace especialmente evidente en las tesis *de anticipación de la punibilidad*. Basándose en análisis sociopsicológicas o criminológicas, quienes defienden estos enfoques ven un gran potencial peligro en las organizaciones delictivas, cosa que justifica una anticipación de la protección de intereses jurídicos específica. El factor decisivo no es, por tanto, la constitución de un colectivo ilícito sino cuán peligroso es que los individuos se impliquen en la consecución de los objetivos que dicho colectivo persigue. Rudolphi, por ejemplo, considera que los §§ 129 y siguientes del StGB se refieren a una protección anticipada de intereses jurídicos y persiguen “un objetivo preventivo”.¹⁶ Se señala como razón de esta anticipación la dinámica propia altamente peligrosa de tales organizaciones que facilita la comisión de delitos penales y hace que la idea de responsabilidad personal de los miembros pierda fuerza.¹⁷

A este punto de vista hay que criticarle, en primer lugar, que el injusto tenga como base un fundamento incierto, toda vez que la criminalización de la constitución de organizaciones delictivas se hace depender de evidencias empíricas. Eso significa que pierde legitimidad material si la investigación empírica llega a una conclusión contraria.¹⁸ No obstante, la objeción de que la peligrosidad, por sí sola, no puede legitimar el castigo es mucho más poderosa porque centrarse únicamente en la peligrosidad supone hacer caso omiso, en última instancia, a consideraciones de justicia.¹⁹ La cuestión de si los actos preparatorios contemplados en el § 129 y siguientes del StGB continúan perteneciendo a la esfera privada digna de protección y, por tanto, deben seguir estando exentos de pena, no puede responderse exclusivamente con el criterio de peligrosidad.²⁰

¹⁶ RUDOLPHI, en: Frisch et. al. (Coord.), Festschrift Bruns, 1978, pp. 315, 317; BOTTKE, JR 1985, p. 122, 123; GIEHRING, StV 1983, p. 296, 302; FÜRST, Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB, 1989, p. 68; SCHEIFF, Wann beginnt..., cit., 1997, p. 25 ss.; KÖHLER, Strafrecht AT, 1997, p. 567 ss.; HAWICKHORST, § 129a StGB, cit., 2011, p. 151 ss.; OSTENDORF, NK-StGB, § 129, n.º marginal 5; PUSCHKE, Legitimation, Grenzen und Dogmatik von Vorbereitungstatbeständen, 2017, p. 428; STEIN/GRECO, SK-StGB, 9ª ed. 2019, § 129, n.º marginal 4.

¹⁷ Cfr. por ejemplo RUDOLPHI, ZRP 1979, p. 214, 216, pero también en la jurisprudencia: BGHSt 28, 147, 148 s.; 56, 28, 33; sin embargo, se habla de forma incoherente de la promoción de la protección de los intereses jurídicos junto con la protección de la “seguridad pública” como motivo de la infracción, véase por ejemplo BGHSt 41, 47, 51.

¹⁸ Por ejemplo, WALTHER, ZIS 2014, pp. 393, 399 y ss. Basándose en esto, Zöller considera problemática la legitimidad de los §§ 129 y ss., véase ZÖLLER, ZIS 2014, p. 402, 407; ZÖLLER, GA 2016, p. 90, 100.

¹⁹ En este sentido, GRECO, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009, pp. 230 y ss., quien trata el problema utilizando las categorías más generales de conveniencia y justicia y aboga por una restricción de los objetivos de la política criminal a través de límites deontológicos.

²⁰ En relación con los §§ 129 y ss., JAKOBS, ZStW 97 (1985), p. 751, 752, quien, sin embargo, afirma de forma generalizada que la penalización de todos los actos peligrosos está cubierta por el principio de protección a bienes jurídicos. También crítico con los planteamientos de peligrosidad CANCIO MELIÁ, in: Pawlik (Coord.), Festschrift Jakobs, 2007, pp. 27, 40 y ss.

Una solución que toma nota de estas objeciones e intenta superarlas es considerar el injusto penal como accesorio respecto de los delitos cometidos en nombre de la organización. Según este punto de vista, la pertenencia a la organización delictiva sería *una forma especial de participación* que se diferencia de las formas clásicas de participación por el carácter institucional de la contribución de los miembros. En este contexto, suele hablarse de una “participación delictiva accesoria a la organización”²¹ o de una “participación a través de la organización”.²² La dimensión institucional tiene el efecto de relajar los requisitos de participación a nivel individual. Ello se debe a que la organización es capaz tanto de preservar los peligros creados por los miembros individuales como de vincular estos peligros a las contribuciones realizadas por otros miembros.²³ Dado que estas contribuciones deben reflejarse en la infracción penal cometida, la responsabilidad penal por la constitución de una organización delictiva sólo se determina cuando se cometen efectivamente infracciones penales concretas de forma coherente con la finalidad de la organización.²⁴

De este modo, esta tesis asocia la contribución hecha por los miembros de la organización a una infracción concreta de la ley e intenta ofrecer así una base de legitimidad. Sin embargo, cabe puntualizar que solamente cabe justificar de *lege ferenda* los elementos típicos del delito de los §§ 129 y siguientes del StGB porque estos precisamente no hacen de la comisión de delitos concretos por parte de la organización un elemento del tipo.²⁵ Más problemático es, sin embargo, que la dimensión colectiva pase a formar parte de la participación. El colectivo que actúa ya no es el delincuente principal, es decir, el que comete una infracción penal vinculada con el objetivo perseguido por la organización, sino que simplemente “participa” mediante su contribución organizada a la infracción penal concreta. Esta dimensión colectiva va acompañada, a su vez, de una cuestionable transmisión de la responsabilidad. Este resultado puede mantener cierta correspondencia con los requisitos de los propios delitos. Al fin y al cabo, la mera pertenencia basta para realizar el delito contemplado en los §§ 129 y siguientes del StGB. Con todo, tal justificación acarrea un *versari in re illicita*

²¹ KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 566 y ss.

²² SILVA SÁNCHEZ, La “intervención a través de organización”, ¿Una forma moderna de participación en el delito?, en: Silva Sánchez/Cancio Meliá (coord.), *Delitos de organización*, Montevideo/Buenos Aires, 2008, p. 87.

²³ SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 108.

²⁴ Cfr. KÖHLER, *Strafrecht AT*, p. 567; SILVA SÁNCHEZ, en: Silva Sánchez/Cancio Meliá (coord.), *Delitos de organización*, cit., 2008, p. 110 y ss.

²⁵ Así, también, MAÑALICH, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, 2011, p. 279, 293.

porque ni siquiera es necesario para atribuir responsabilidad individual al miembro que su contribución a la actividad delictiva de la organización se refleje en el delito concreto de sus cómplices. Antes bien, basta con que esa contribución se refleje indirectamente en algún delito de la organización.²⁶

3. Conclusión provisional

A primera vista, se plantea un dilema de todo lo anterior. Si se considera constitutiva de un delito autónomo la existencia de la organización criminal *per se*, la dimensión colectiva desencadena un problema en relación con la responsabilidad de todos los miembros por la acción del colectivo. Si, por el contrario, no se recurre a tal carácter colectivo, sino a un carácter accesorio del delito, hay que hacer frente a diferentes problemas de legitimación de la criminalización efectuada.

II. EL INJUSTO PENAL DE LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA COMO CONSTITUCIÓN DE UNA PERSONA ILÍCITA

En lo que sigue, se ofrecerá una justificación del injusto penal de constituir organizaciones delictivas que no obvia los estándares individuales de imputación penal, pero que, al mismo tiempo, tiene en consideración la dimensión colectiva de tales organizaciones criminales. La siguiente propuesta se basa en un par de tesis. En primer lugar, las organizaciones delictivas son *actores colectivos*, a diferencia de otras formas de cooperación entre varias personas (por ejemplo, las acciones conjuntas y las agrupaciones ocasionales). En segundo lugar, puede decirse que una organización delictiva, en tanto actor colectivo, posee personalidad, pero *no es una persona lícita*.

1. Las organizaciones delictivas como actores colectivos

La tesis de que las organizaciones delictivas son actores colectivos parte de ciertos aspectos sobre cómo se articula la realidad social, como las empresas, los clubes deportivos, las universidades y instituciones como el matrimonio y el dinero. Al hablar de la *existencia* de una organización delictiva, no hay que pasar por alto las peculiaridades de este fenómeno. En efecto, difícilmente podrá decirse que una organización delictiva existe del mismo modo que los Pirineos o una tortuga. Las organizaciones delictivas son

²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en: Silva Sánchez/Cancio Meliá (coord.), Delitos de organización, cit., 2008, p. 113.

construcciones creadas por seres humanos y, como tales, representan el *resultado de la intencionalidad humana*.²⁷

Ahora bien, esta intencionalidad es una forma especial de intencionalidad humana. A saber: la intención colectiva.²⁸ Las personas pueden actuar como agentes independientes o como parte de un proyecto colectivo. Uno puede practicar la guitarra por su cuenta o dar conciertos como parte integrante de un grupo. En el segundo caso, la intención adopta la forma de “tengo la intención de que hagamos conciertos juntos”. Y de esta intención se derivan otros actos cooperativos siempre que uno se comprometa con el proyecto común.²⁹ Eso significa, por consiguiente, que los delitos individuales cometidos en el contexto de una organización delictiva deben entenderse, en última instancia, como realizaciones parciales de un proyecto común.

Sin embargo, esto, en sí mismo considerado, no basta para describir con precisión el concepto de organización delictiva. Si uno se focaliza únicamente en la intencionalidad colectiva, en la misma se incluyen un gran número de fenómenos sociales que van desde simples acciones comunes – el simple hecho de que dos personas suban una mesa hasta el tercer piso de un edificio – hasta inversiones altamente complejas en el marco de una sociedad anónima. Si se quiere ver un *sujeto colectivo* como producto de la intencionalidad colectiva, como a veces se sugiere en el debate sobre la teoría de la acción,³⁰ entonces, no sólo habrá que concebir las sociedades anónimas y las organizaciones terroristas como sujetos colectivos sino que habrá que identificar un actor

²⁷ Sobre el papel de la intencionalidad en la formación de instituciones humanas, SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Nueva York, 1995, pp. 23 y ss., 37 y ss.; SEARLE, *Making the Social World*, Nueva York, 2010, pp. 25 y ss.; TOUMELA, *Social Ontology*, Nueva York, 2013, pp. 214 y ss. En la concisa definición de Searle, la intencionalidad es "esa capacidad de la mente por la que se dirige a, o sobre, objetos y estados de cosas en el mundo, típicamente independiente de sí misma", véase SEARLE, *Making the Social World*, p. 25.

²⁸ El debate sobre la intencionalidad colectiva, que por supuesto no es nuevo, ha experimentado un renacimiento en el mundo angloamericano en las últimas décadas. TOUMELA/MILLER, *We-Intentions*, *Philosophical Studies* 53 (1988), 367; GILBERT, *On Social Facts*, Londres/Nueva York, 1989, pp. 146 y ss.; SEARLE, *Collective Intentions and Actions*, en: Cohen/Morgan/Pollack (Coord.), *Intentions in Communication*, Cambridge Mass, 1990, p. 401. Véase también BRATMAN, *Faces of Intention*, Cambridge, 1999, pp. 93 y ss.; VELLEMAN, *How to Share an Intention*, *Philosophy and Phenomenological Research*, 57 (1997), 29; TOUMELA, *The Philosophy of Sociality*, 2007, esp. pp. 46 y ss. GILBERT, *Shared Intentions and Personal Intentions*, *Philosophical Studies*, 144 (2009), p. 167. Para una recopilación de textos con numerosas traducciones al alemán, SCHMID/SCHWEIKARD, *Kollektive Intentionalität*, 2009.

²⁹ Se trata, por supuesto, de una representación simplificada. Un análisis detallado no es posible en el marco de este trabajo. Sin embargo, con referencia directa a la forma de la intención, BRATMAN, *Faces of Intention*, Cambridge, 1999, pp. 142 y ss. Sobre la derivación de las intenciones subordinadas de una intención de grupo, TOUMELA, *The Philosophy of Sociality*, 2007, pp. 73 y ss.

³⁰ Cfr. GILBERT, *On Social Facts*, p. 163, que habla de un “sujeto plural”. Para un enfoque similar de la coautoría, véase nota de pie de página 13.

colectivo en cada acción conjunta. En cualquier caso, esto contradice nuestro uso cotidiano del lenguaje. En efecto, en lugar de decir que A y B preparan juntos un pastel, sería extraño hablar de otro sujeto, llamémosle C, en tanto actor formado por A y B a través de su voluntad común. Sin embargo, es habitual expresar que Facebook ha hecho uso indebido de los datos de millones de clientes o que el mercado europeo de la cocaína está dirigido por la Cosa Nostra.

Tales diferencias en el uso del lenguaje cotidiano tengan probablemente su razón de ser en que, para poder hablar de un actor, hace falta algo más que la realización de acciones puntuales y conjuntas. En este caso, el comportamiento conjunto puede reconducirse fácilmente al comportamiento individual de los agentes que intervienen. Si por la noche A y B buscan una llave perdida en el jardín de su casa, podría decirse, por ejemplo, que ambos intentan encontrar la llave juntos. Mientras A ilumina el suelo con una linterna, B busca en la hierba y aparta las hojas y piedras del camino. Pero si se quiere describir el escándalo de Facebook haciéndose referencia al comportamiento de cada uno de los miembros de la corporación que de alguna manera participó en el uso indebido de los datos de los clientes, esto no sólo requerirá una inmensa cantidad de lenguaje, sino que, además, se correría el riesgo de perder de vista el todo y, por tanto, describir inadecuadamente lo sucedido.

Así pues, solo hay un actor colectivo cuando los individuos se integran en un grupo de tal manera que *surgen patrones racionales de juicio y toma de decisiones en relación con el propósito común*.³¹ Esto permite atribuir intenciones y otras características mentales al grupo como actor, lo que no ocurre con los que simplemente actúan juntos o con agrupaciones ocasionales y no institucionalizadas. En resumen, el grupo podrá simular la actuación de un individuo. Lo mismo ocurre en la atribución de responsabilidad. La responsabilidad de los colectivos sólo se busca cuando se desliga de las actitudes individuales y dispone de un sistema independiente de convicciones e intereses, a partir del cual resulte posible identificar al autor de la acción.³² Por ejemplo, se han dirigido acusaciones tan graves contra Facebook que la empresa se ha visto obligada a pedir oficialmente disculpas a sus clientes. Siguiendo una larga tradición jurídica en el uso de la palabra “persona”, puede decirse que, de este modo, se atribuye a

³¹ Así PETTIT/SCHWEIKARD, *Philosophy of Social Sciences*, 36 (2006), pp. 18, 32 ss., en el que se basa el concepto de actor colectivo que aquí se defiende. También LIST/PETTIT, *Group Agency*, 2011, pp. 19 ss.

³² Así LIST/PETTIT, *Group Agency*, 2011, pp. 34, 158 y ss.; PETTIT, *Responsibility Incorporated*, *Ethics* 117 (2007), pp. 171, 187 y ss.

la empresa la *condición de persona*.³³ De este modo, se considera persona al colectivo porque se espera de él que cumpla con sus deberes y se le otorgan determinados derechos.

Con todo, la acción de este actor colectivo no surge por sí misma, sino que está condicionada por las acciones de sus miembros.³⁴ Para que las actitudes, creencias e intenciones puedan atribuirse a un grupo, debe existir *un grado de organización suficiente* como para reconocer la expresión de dichas actitudes, creencias e intenciones en el comportamiento coordinado de sus miembros. De lo contrario, estos estados mentales no serían reconocibles y, por tanto, no existirían ya que los actores colectivos forman parte de la realidad social y, como tales, están ligados a la intencionalidad humana. Por ejemplo, un grupo no puede calificarse adecuadamente de democrático si carece de un mecanismo que permita a sus miembros participar en los procesos de toma de decisiones o influir de otro modo en la voluntad del grupo a través de la mayoría. En ausencia de un mínimo de compromiso mutuo, estructuras de formación de la voluntad y condiciones materiales para perseguir objetivos, el grupo ni siquiera se reconoce como actor y cualquier acción conjunta puede explicarse únicamente a partir de las acciones de individuos autónomos.

En consecuencia, las *organizaciones*, conforme a los §§ 129 y siguientes del StGB, deben verse como agentes colectivos en el sentido de que poseen características, convicciones e intereses los cuales no tienen correspondientes necesarios a nivel individual. En este sentido, la postura que aquí se defiende es *totalmente acorde con el concepto de organización desarrollado por la jurisprudencia*. La existencia de una organización presupone una voluntad de grupo superior a la voluntad individual de los miembros y a la que se alinean los individuos. Esta voluntad configura una estructura organizativa a través de la cual se forma y expresa la voluntad de grupo.

³³ Esto se corresponde con el uso jurídico del derecho romano, según el cual, el concepto de persona posee un estatus social y, por tanto, es capaz de hacer una vida jurídico-moral. Este uso fue retomado en época moderna por H. Doneau - Cfr. SCHERNER, Persona, en: Historisches Wörterbuch der Philosophie, 1989, p. 270, 322 - y desarrollado posteriormente en la Ilustración. Así, Scherner describe el concepto de “persona moralis” en Pufendorf: “Para Pufendorf, persona moralis no se refería a otra cosa que al ser humano situado en medio de una red de relaciones morales jurídicamente significativas que conformaban y regulaban la relación con sus semejantes según su respectivo estatus” (p. 324.). Sobre la “persona moralis” como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas en Kant, AICHELE, Jahrbuch für Recht und Ethik 2008, pp. 3, 11 y ss.

³⁴ Más concretamente, existe una relación de superveniencia entre la acción colectiva y la acción de los miembros individuales. Ésta existe entre dos grupos de hechos si están relacionados de tal manera que la fijación del hecho A fija necesariamente el hecho B. List/Pettit ponen el ejemplo de los puntos de una cuadrícula que determinan una forma a partir de sus posiciones. Cfr. LIST/PETTIT, Group Agency, 2011, pp. 64 y ss.

Esta tesis no sólo tiene la ventaja de que casa bien con el uso lingüístico habitual, sino que, además, aporta una *solución al problema de imputación* antes mencionado. Dado que no es necesario prescindir de los criterios de atribución de la responsabilidad penal individual en favor de la responsabilidad colectiva, no surge un problema de imputación. En el caso de la organización delictiva, la insistencia en los criterios de atribución de la responsabilidad penal individual tiene sentido porque la constitución de este nuevo actor crea una nueva responsabilidad para los miembros. *El miembro es responsable del hecho de que el grupo exista y de cómo está estructurado* al unirse al grupo y participar activamente en él. En este sentido, los miembros de una organización terrorista o de contrabando son responsables de la existencia y la actividad del grupo como tal. La responsabilidad varía en función de la medida en la que el miembro individual tenga oportunidades para darle forma y de cuán activamente contribuya a la consecución de los fines comunes.

2. La organización delictiva como persona ilícita

Pese a lo dicho, sigue siendo discutible por qué la mencionada responsabilidad como parte integrante de una organización como tal debe conllevar también *responsabilidad penal*. ¿Qué legitima la relevancia penal de la mera pertenencia a una organización delictiva si el miembro no interviene en ningún delito en concreto?

Intuitivamente, al lego en la materia podría parecerle correcto que los miembros de Al-Qaeda o de la mafia rusa sean castigados por su simple pertenencia a estas organizaciones. Por lo tanto, primero habría que explicar al profano por qué el castigo de la mera pertenencia a una organización delictiva es problemático. De hecho, incluso en los debates doctrinales, a pesar de las diferencias en términos de razonamiento e interpretación, es bastante raro que se rechacen por completo los delitos de los §§ 129 y siguientes del StGB.³⁵ La siguiente argumentación se formula al hilo de esta intuición y aporta algunas justificaciones adicionales a favor de la responsabilidad penal. Sin embargo, una justificación “definitiva” debería entrar a analizar en exhaustividad la teoría de la criminalización y esto es algo que no se pretende aquí.

³⁵ Este es también el caso de SCHÄFER, MüKo-StGB, § 129 n.º marginal 3, para quien la justificación fáctica de la disposición "ya no puede negarse seriamente hoy en día". Sin embargo, EIDAM, *Der Organisationsgedanke im Strafrecht*, 2015, p. 47 y ss. es muy crítico y reclama un examen más profundo del injusto. EIDAM, StV 2012, 373, 377 y ss. Anteriormente COBLER, KritJ 1984, 407, 410 y ss.

En la idea de la organización como agente está la clave de la justificación de la responsabilidad penal. Las organizaciones, al igual que otras construcciones sociales, se forman y mantienen a través de la intencionalidad colectiva. Deben considerarse artificiales en el sentido de que dependen de los seres humanos para existir: son constituidas, traídas al mundo, por los seres humanos.³⁶ Debido a dicha intencionalidad colectiva, se atribuyen funciones a las instituciones humanas a las que se puede atribuir su existencia.³⁷ Las universidades sirven para ampliar y transmitir conocimientos, los clubes deportivos para practicar y promover determinados deportes.

La segunda tesis toma tal funcionalidad de las instituciones humanas como punto de referencia para justificar su legitimidad jurídica. En un derecho de tradición liberal, los colectivos deben tener *como base de su existencia legítima la libertad de los individuos*; por tanto, los colectivos sólo deben existir en la medida en que puedan vincularse con los derechos de los individuos y operen en su beneficio.³⁸ En lenguaje kantiano, puede decirse que las personas existen como fines en sí mismas y no como meros medios, mientras que los colectivos carecen de valor absoluto.

Las organizaciones delictivas mantienen una relación directa con la ley en lo que respecta a sus funciones y, por tanto, a su razón de ser. El propio legislador ha descrito a estos colectivos en el § 129 II StGB como asociaciones delictivas cuya finalidad o actividad es la comisión de infracciones penales. En otras palabras, se trata de colectivos cuya finalidad real es únicamente vulnerar determinados intereses jurídicos. Así pues, las organizaciones delictivas pueden describirse como “*personas ilícitas*”.³⁹ Por una parte, se trata de la constitución de un actor colectivo al que se atribuyen características mentales y se hacen exigencias normativas; por otra parte, las organizaciones delictivas son incompatibles con los derechos de los individuos en virtud de su propia existencia. A

³⁶ Sin embargo, esto no significa en absoluto que se trate de una ficción. Sobre esto, en alusión a la discusión sobre el concepto de persona ficticia en los siglos XVII y XVIII, AICHELE, ARSP 2010, 516, esp. 529 ss.

³⁷ Cfr. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, 1995, pp. 13 y ss., 37 y ss.; SEARLE, *Making the Social World*, 2010, pp. 58 y ss.

³⁸ También se podría recurrir aquí a la tesis ética más general del individualismo normativo. El individualismo normativo propone que sólo los individuos, y no las comunidades o los colectivos, son, en última instancia, los seres que hay que considerar éticamente. Sobre la tesis del individualismo normativo, véase VON DER PFORDTEN, *Normative Ethik*, 2010, pp. 23 y ss. Sobre el individualismo normativo en relación con los actores colectivos LIST/PETTIT, *Group Agency*, 2011, p. 182.

³⁹ ¿Es el término “persona injusta” un concepto absurdo? No necesariamente, pues, en el sentido que aquí se utiliza, el término “persona” hace referencia a un estatus atribuido sobre la base de la capacidad de desarrollar una red de relaciones jurídica y moralmente significativas con otras personas. El carácter ilícito de las asociaciones delictivas no se refiere a esta capacidad sino a la legitimidad de su existencia.

diferencia de las personas jurídicas, cuyas funciones pueden conciliarse con el ordenamiento jurídico, aunque se les puedan atribuir actos ilícitos aislados,⁴⁰ *la propia existencia de una organización delictiva es ilícita*.⁴¹

Esta parece ser razón más que suficiente para invalidar cualquier preocupación sobre una invasión de la esfera privada y adelantar las barreras de protección a través del derecho penal. En efecto, aquí se constituye un actor colectivo cuya función real consiste únicamente en violar los derechos ajenos. Sin esa función, la organización criminal carece de fundamento. Si se puede legitimar una anticipación de la punibilidad, entonces los §§ 129 y siguiente del Código Penal parecen ser delitos prototípicos porque abarcan actos que no tienen otro sentido que infringir la ley.

3. Conclusión provisional

Las organizaciones delictivas se diferencian de las acciones conjuntas y de las agrupaciones ocasionales porque son actores independientes con personalidad propia. Los §§ 129 y siguientes del Código Penal abarcan la constitución de este actor, por lo que la responsabilidad de los miembros individuales puede medirse en función de sus contribuciones individuales a la existencia y actividad de la organización. No se produce ninguna fricción con la coautoría, porque no se trata de un actor colectivo y, en consecuencia, no se plantea ningún problema de atribución en este contexto. En cambio, todo actor colectivo está vinculado existencialmente al cumplimiento de una función. En el caso de la organización delictiva, su función consiste únicamente en violar los derechos de los individuos, lo que puede servir para legitimar las prohibiciones contempladas en el ordenamiento jurídico desde la óptica del adelantamiento de las barreras de punición.

III. EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN

Las reflexiones anteriores acerca de la ilicitud de la formación de organizaciones delictivas pueden insertarse fácilmente en la sistematización dogmática de las figuras jurídicas del Derecho penal que regulan la cooperación de varias personas. Sin embargo, esto sólo es válido si no se abandona fundamentalmente el concepto tradicional de organización criminal manejado por la jurisprudencia.

⁴⁰ Ahora bien, esto aún no determina la punibilidad de las personas jurídicas. Esto requiere no sólo consideraciones sobre sanidad, sino también sobre el concepto y la legitimidad de la pena. Al respecto, GRECO, GA 2015, pp. 503, 511 y ss.

⁴¹ Así, si bien desde un razonamiento diferente, ya LAMPE, ZStW 106 (1994), p. 683, 715: “La organización delictiva es un sistema de injusto en cuanto nace como tal.”

1. La nueva definición jurídica “favorable al Derecho europeo” del § 129 II StGB

Desde la adopción de las Decisiones Marco de la UE de 2002 y 2008 relativas a la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, el concepto tradicional de organización delictiva desarrollado por la jurisprudencia⁴² ha sido objeto de múltiples críticas.⁴³ Ambos actos jurídicos contienen definiciones similares de los conceptos de organización terrorista y organización delictiva, señalando, en ambos casos, que una organización no presupone necesariamente funciones formalmente definidas para sus miembros, una composición continua o una estructura diferenciada. De estas definiciones, los autores críticos con el concepto tradicional de organización infieren que es necesaria una interpretación de los §§ 129 y siguiente del StGB que sea conforme con el Derecho de la UE y, por lo tanto, exigen una flexibilización significativa del concepto de organización empleado por la jurisprudencia.⁴⁴ La flexibilización afecta a los componentes volitivo y organizativo, si no se quiere renunciar a ellos por completo.⁴⁵ Estas demandas se ven respaldadas además por el argumento de que el concepto de organización no tiene suficientemente en cuenta a los grupos modernos organizados jerárquicamente ya que muchos de ellos no están abarcados por el estrecho concepto de la jurisprudencia.⁴⁶ Esta evolución dio lugar finalmente a la 54ª reforma del Código Penal, que inserta una definición jurídica de organización en el § 129 II del StGB.

⁴² El concepto de organización criminal fue desarrollado por la jurisprudencia a partir de la definición de asociación (Verein) y, como es sabido, contiene cuatro elementos: un elemento *personal*, según el cual una organización forma una unión de al menos tres personas; un elemento *temporal*, que presupone una unión destinada a durar en el tiempo con el fin de que se cometan varios actos delictivos; un elemento *organizativo*, que requiere un mínimo de organización firme con una obligación mutua de los miembros; y un elemento *volitivo*, es decir, una implicación voluntaria tal de los miembros en los objetivos de la organización que la voluntad del individuo quede subordinada a la voluntad de la organización. Véase, por ejemplo, BGHSt 54, 216, 221.

⁴³ Cfr. KRESS, JA 2005, pp. 220, 223 y ss.; VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: Hoyer (Coord.), Festschrift Schroeder, 2006, pp. 799, 803 y ss.; LANG, in: Bockemühl et. al. (Coord.), Festschrift von Heintschel-Heinegg, 2015, pp. 291, 293 y ss, 299 y ss.; ZÖLLER, StV 2012, pp. 364, 368 y ss.; al menos en el caso de las asociaciones terroristas para una europeización completa del concepto de organización KREB/GAZEAS, in: Paeffgen (Coord.), Festschrift Puppe, 2011, pp. 1487, 1495 y ss.; ALTVATER, NStZ 2003, p. 179, 184, quien considera necesaria una interpretación “proeuropea”, pero se mantiene bastante cauto a la hora de referirse a la diferenciación de otras figuras. Muy críticos con la interpretación “favorable a Europa”: STEIN/GRECO, SK-StGB § 129 n.º marginal 17 y ss., que abogan por la adhesión al concepto tradicional de organización incluso después de la introducción de la nueva definición jurídica.

⁴⁴ Véase, por ejemplo, VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: Hoyer (Coord.), Festschrift Schroeder, 2006, pp. 799, 805 y ss.

⁴⁵ KREB/GAZEAS, in: Paeffgen (Coord.), Festschrift Puppe, 2011, p. 1487, 1499, que en cualquier caso exigen una exención de ambos componentes para las organizaciones terroristas.

⁴⁶ BT-Drs. 18/11275, p. 7; FISCHER, StGB, 65ª ed. 2018, § 129 n.º marginal 5; SELZER, KriPoZ 2018, p. 224; BRISACH/MALETZ-GAAL, Kriminalistik 2018, p. 300; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, § 129 n.º marginal 4; MALETZ, Kriminalistik 2010, p. 428, 430; KRESS, JA 2005, pp. 220, 224 y ss.

Las consecuencias inminentes de una “europeización” del concepto de organización ya fueron anunciadas por el BGH en el caso “*Kameradschaft Sturm 34*”, en el que el Tercero Senado Penal se pronunció en contra de una interpretación “favorable al Derecho Europeo”. En opinión del BGH, una adaptación a los requisitos europeos “llevaría a una contradicción irresoluble de ideas básicas esenciales del sistema de responsabilidad penal de varias personas que actúan conjuntamente, en el que se basa el Derecho penal sustantivo alemán”.⁴⁷ En concreto, eso significa que se ponen al mismo nivel las diferencias dogmáticas de la banda, tal como se contempla en numerosos delitos calificados, y la organización, que constituyen la base de los §§ 129 y siguientes del StGB.⁴⁸ Esto se debe a que los miembros de la banda también persiguen fines comunes y forman estructuras organizativas rudimentarias.

Lo primero que llama la atención es la incoherencia, ya advertida por la doctrina, de que la mera asociación para la comisión de varios delitos se castigue en muchos casos más severamente que los delitos cometidos.⁴⁹ Podría replicarse que esto siempre ha sido así. Después de todo, la nueva ley no aumentó la pena prevista en los §§ 129 y siguiente del StGB sino que, en realidad, la redujo en lo tocante a la captación de miembros y simpatizantes y en relación con el apoyo a la organización. Sin embargo, si se recurre a la interpretación extensiva “favorable a Europa”, los delitos pierden su rasgo característico de persona ilícita, indispensable para un equilibrio valorativo entre la organización y los delitos cometidos a partir de ella. Tres jóvenes que se coordinan de forma “rudimentaria” para pintar con un spray las paredes de varios edificios se enfrentarán a un máximo de dos años de prisión por un delito de daños a la propiedad, mientras que a la organización se la amenaza con una pena de prisión de hasta cinco años de prisión. En términos de concurso de delitos, esta incoherencia preocupa ya que, al aplicar el § 52 del Código Penal, la pena se determina de acuerdo con el marco penal más severo del § 129 I del Código Penal, aunque éste sólo contempla los actos preparatorios. Para todos los delitos que contemplan un marco de pena inferior al del § 129 I StGB se

⁴⁷ BGHSt 54, 216, 223.

⁴⁸ KRESS, JA 2005, pp. 220, 225 y s.; críticamente, STEIN/GRECO, SK-StGB § 129 n.º marginal 20; SELZER, KriPoZ 2018, pp. 224, 228 y ss; MARTIN, Kriminalistik 2018, 269, 271; ZÖLLER, KriPoZ 2017, 26, 33; OSTENDORF, NK-StGB, § 129, n.º marginal 12; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STERNBERG-LIEBEN, § 129 n.º marginal 4a. En general, sobre la distinción entre ambas figuras y crítico con la “creciente punitividad de la Unión Europea”, SCHROEDER, ZIS 2014, p. 389, 391. Véase también BRISACH/MALETZ-GAAL, Kriminalistik 2018, pp. 300, 301 y ss., quienes siguen considerando posible una distinción incluso sobre la base de la nueva definición legal.

⁴⁹ ZÖLLER, KriPoZ 2017, p. 26, 32; SELZER, KriPoZ 2018, p. 224, 230.

produce una inversión normativa en la relación entre los actos preparatorios y la consumación.

Sin embargo, aún más problemático parece ser el hecho de que con la interpretación "proeuropea" la ilicitud de la organización delictiva se vea *privada de su base material y flote*, de este modo, en un espacio normativamente vacío. No en vano, la cooperación en una banda es una circunstancia agravante en los delitos individuales. En la jurisprudencia se ha prescindido reclamar una estructura organizativa y una voluntad general vinculante debido a que la agravación de la pena podría derivarse del interés de los miembros en realizar el delito sin riesgos y de forma eficaz.⁵⁰ Incluso quienes rechazan este razonamiento asocian el aumento del contenido de injusto penal al incentivo transmitido por el delito a los miembros de la banda para continuar con la actividad delictiva.⁵¹ Por lo demás, la agravación de la pena por la comisión del delito en banda se concibe en parte como una cualificación de la constitución de organizaciones delictivas y, por lo tanto, presupone también los exigentes requisitos para la banda de los §§ 129 y siguiente del StGB.⁵²

Esta conexión entre la pertenencia a una banda, que agrava la pena, y las infracciones penales concretas resulta coherente con la conclusión que se deriva de las explicaciones anteriores sobre el problema de la legitimidad (véase I. 2 supra). La mera pertenencia a una banda puede justificarse como circunstancia agravante si el delincuente realiza el peligro creado por el grupo en el delito concreto. Sin embargo, la responsabilidad penal por la mera participación en una banda no puede justificarse, sin más, escudándose en la peligrosidad de la banda. Algo así sólo podría explicarse en la medida en que se asuma la accesoriedad de la participación en la banda con respecto a los delitos concretos cometidos. No obstante, ello presupone un acto colectivo de participación, que va de la mano de una transmisión cuestionable de la responsabilidad penal. Si la constitución de una banda no puede considerarse un ilícito autónomo, huelga decir que tampoco puede justificarse el injusto de constitución de una organización delictiva equiparable a la banda.

⁵⁰ BGHSt 46, 321, 329 y ss.

⁵¹ TOEPEL, ZStW 115 (2003), pp. 61, 68 y ss.

⁵² ALTENHAIN, ZStW 113 (2001), pp. 112, 140 y ss., aquí dice que “en esta interpretación deben imponerse a la banda los mismos requisitos que a una organización”. También SCHILD, NSTZ 1983, p. 69, 70; ERB, NSTZ 1999, p. 187.

2. ¿Adiós al concepto tradicional de organización?

¿Obliga el § 129 II del Código Penal a abandonar el concepto tradicional de organización de una forma tal como para que haya que aceptar los problemas asociados a la interpretación “favorable al Derecho europeo” explicados anteriormente? A continuación se demostrará que la definición jurídica introducida no implica en modo alguno tal relajación del concepto de organización. Al mismo tiempo, se aclararán algunos malentendidos que han surgido al tratar el requisito de la voluntad de grupo en la jurisprudencia.

a) La persecución de un interés común superior

La expresión “interés común superior” no es nueva sino que apunta a una característica del concepto de banda que la jurisprudencia solía asumir⁵³ pero que abandonó posteriormente.⁵⁴ El BGH utilizó explícitamente tal término en un caso de delincuencia económica (tráfico de drogas por una banda). Su resurgimiento de la mano del legislador se debe en parte a la intención de abarcar, a partir de ahora, también estos casos de delitos de delincuencia económica en los que la jurisprudencia dudaba respecto a la asunción de una organización criminal. La despolitización del § 129 del Código Penal para abarcar estos casos también parece ser la principal preocupación de los autores que critican el término tradicional.⁵⁵

Esta preocupación es bienvenida, pero es necesario un debate más preciso sobre este elemento típico. Abandonar el elemento volitivo ni siquiera es posible según la redacción legal.⁵⁶ Puede atribuirse sin problemas un interés común a los coautores. Si esto fuera suficiente para la organización, entonces, no tendría sentido describir el interés como “superior”. Más bien, esto presupone la existencia de una entidad que funciona como titular de este interés superior. Esto nos lleva fácilmente a la subordinación convencionalmente exigida de la voluntad del individuo a la voluntad de la totalidad. No

⁵³ BGHSt 42, 255, 259 y ss.

⁵⁴ BGHSt 46, 321, 327, 329 y ss.

⁵⁵ Por ejemplo, VON HEINTSCHEL-HEINEGG, in: Hoyer (Coord.), Festschrift Schroeder, 2006, pp. 799, 800 y ss., quien responsabiliza al concepto de organización del hecho de que “la aplicación práctica del § 129 del StGB se concentra en gran medida en las organizaciones delictivas por motivos políticos y prácticamente no tiene aplicación en el ámbito de la ‘delincuencia general’, es decir, la delincuencia motivada y organizada por intereses adquisitivos” (p. 802). También KRESS, JA 2005, p. 220, 224; FISCHER, StGB § 129 n.º marginal 4 y ss.

⁵⁶ Éste es también el caso de STEIN/GRECO, SK-StGB § 129 n.º marginal 19. De forma diferente FISCHER, StGB § 129 n.º marginal 14, quien interpreta el interés común superior meramente como el propósito o la actividad de cometer el delito.

es evidente por qué habría de llegarse a una interpretación diferente del término. Por lo tanto, no es de extrañar que la jurisprudencia señale que con el requisito de un interés superior común el delito de pertenencia a una banda “se ha trasladado a las proximidades del delito de pertenencia a una organización previsto en el § 129 del StGB”.⁵⁷

Además, hablar de flexibilización es problemático porque la jurisprudencia ha demostrado que el elemento de la voluntad es restrictivo en algunos casos de delitos económicos⁵⁸ pero que tiene una tendencia a la ampliación en casos de agrupaciones políticas.⁵⁹ Según el concepto de organización que aquí se defiende, sólo existe una organización en el sentido del §§ 129 y siguientes del StGB si la agrupación, como tal, es capaz de formar sus propios juicios, contraer obligaciones, planificar y realizar actos a través de los órganos correspondientes. Este no sería el caso si la participación en las acciones de un grupo no es obligatoria y es posible abandonar el grupo sin más, como en la resolución judicial sobre la “Kameradschaft Sturm 34”⁶⁰ en la que el BGH afirmó erróneamente que se trataba de una organización criminal. La mera persecución de un objetivo común no basta para distinguir una organización de una banda.

En el ámbito de la delincuencia económica pueden encontrarse en la jurisprudencia algunas formulaciones engañosas sobre el elemento de la voluntad que han sido sobredimensionadas por los detractores del concepto tradicional de organización y, por tanto, utilizadas como motivo de crítica.⁶¹ El BGH estimó insuficiente la persecución de un objetivo común superior ya que, en este caso, estaba situado en primer plano el ánimo de lucro personal.⁶² Sin embargo, la existencia de una organización no depende de si *el motivo de la participación* en el colectivo es egoísta o altruista. Pues muchos grupos, no sólo en la vida económica (como un club deportivo), deben su existencia a que sus miembros persiguen en común objetivos egoístas y se configuran en función de estos objetivos.

⁵⁷ BGHSt 46, 321, 327; 54, 216, 231.

⁵⁸ Por ejemplo, BGH NStZ 2004, 574 (“Umsatzsteuerkarussell”), donde se rechaza la existencia de una organización por el hecho de que, en el caso de estructuras autoritarias, los individuos sólo pueden subordinarse a la voluntad de otro individuo. Véase también BGH NJW 1992, 1518, 1518 y ss. Véase también OLG Dresden StV 2006, 700.

⁵⁹ BGHSt 54, 216 (más sobre esto a continuación). No así, y con razón, BGHSt 31, 239 (“ocupantes ilegales”).

⁶⁰ BGHSt 54, 216, 218.

⁶¹ STEIN/GRECO, SK-StGB, § 129 marginal n° 23.

⁶² BGHSt 54, 216, 230.

Por último, las sentencias del BGH contienen la opinión de que la subordinación del individuo a la voluntad de otro individuo se opone a la asunción de una voluntad global,⁶³ o que los miembros deben sentirse una asociación unificada.⁶⁴ La doctrina concluye de ello que el concepto de organización en la jurisprudencia no abarca las estructuras jerárquicas estrictas.⁶⁵ Sin embargo, una jerarquía estricta y un líder autoritario no impiden la asunción de una organización según su concepto. Más bien, la estructura jerárquica asume la regla para la formación de la voluntad. Si uno se inserta conscientemente en esta estructura, se compromete simultáneamente a la estructura de formación de la voluntad y de liderazgo. Además, la idea de implicación total en la voluntad de un individuo sin su propio margen de decisión y contacto con los demás miembros es cualquier cosa menos realista. En consecuencia, una estructura jerárquica fija habla más en favor de la capacidad del ser colectivo para tomar decisiones o actuar.

b) La independencia de una estructura desarrollada

Hasta ahora, la opinión dominante sólo daba por sentado una organización si se podía establecer un grado mínimo de organización fija con una obligación mutua de los miembros.⁶⁶ A diferencia de las definiciones europeas, que consideran prescindible una “estructura diferenciada”, la nueva definición legal alemana parte de que la organización es una “asociación organizada independientemente del desarrollo de la estructura”. Que algo haya cambiado fruto de la definición legal no es evidente en este caso. Hay mucho que decir a favor de entender la independencia del desarrollo de la estructura en el sentido de las definiciones europeas como estructuras no formadas. Una asociación organizada sin estructura, para la que la expresión “desarrollo de la estructura” deja margen a la interpretación, es absurda. La metafórica expresión “desarrollo de la estructura”, sólo puede acarrear una diferenciación en la persecución de la finalidad de la organización mediante el establecimiento de normas y la asignación de funciones y tareas. Es

⁶³ BGH NJW 1992, 1518; NStZ 2004, 574; 2007, 31.

⁶⁴ Esta es la definición utilizada por la jurisprudencia, véase por ejemplo BGHSt 54, 216, 221.

⁶⁵ Véase la nota de pie de página 46. Sin embargo, esto sólo se aplica a algunas decisiones. Véanse BGH NJW 1992, 1518 y ss.; NStZ 2004, 574; OLG Dresden StV 2006, 700. En muchas otras decisiones, el BGH ha reconocido a las organizaciones estructuradas jerárquicamente como organizaciones, especialmente en el caso de organizaciones terroristas (por ejemplo, PKK y Al-Qaida). Para más detalles, véase STEIN/GRECO, SK-StGB § 129 n.º marginal 23, con las referencias pertinentes.

⁶⁶ Cfr. por ejemplo BGHSt 31, 202, 204; BGH NStZ 1982, 68; SCHÄFER, MüKo-StGB, § 129 n.º marginal 16; KRAUB, LK § 129 n.º marginal 19; STEIN/GRECO, SK-StGB, § 129 n.º marginal 24 y ss. que también se oponen a una relajación del concepto de organización con respecto al elemento organizativo.

inconcebible una asociación que carezca de esto y, sin embargo, parezca estar debidamente organizada.⁶⁷

Sin embargo, si se entiende “desarrollo de la estructura” como “estructura desarrollada”, no hay razón para desviarse de la interpretación tradicional del elemento organizativo que sólo exige un grado mínimo de organización. La exposición de motivos de la ley apoya una flexibilización del elemento organizativo aludiendo a la necesidad de cubrir los casos comentados anteriormente en los que los miembros se someten a la voluntad de un líder autoritario.⁶⁸ Por otra parte, se sigue considerando necesario un cierto grado de organización, planificación anticipada y formación de la voluntad.⁶⁹ Pero debe quedar claro que para satisfacer el deseo de registrar estos casos de delincuencia económica no es necesario abandonar el elemento tradicional de organización. De hecho, es precisamente en estos casos en los que suele existir un grado mínimo de organización firme.

c) La independencia de la determinación de las funciones de los miembros y de la continuidad de la composición

Por último, según el § 129 II del Código Penal, una organización también debe ser independiente de la determinación de las funciones de los miembros y de la continuidad de la afiliación. Esto no debe entenderse en el sentido de que una organización pueda existir sin que se distribuyan determinados papeles y que al menos algunos miembros participen permanentemente en la organización. Una agrupación que no demuestre estas condiciones mínimas no podría formar sus propios juicios y tomar decisiones. La independencia de funciones de los miembros y la continuidad de la pertenencia deben entenderse, más bien, en el sentido de que su *verificación* no es necesaria para que una agrupación pueda considerarse una organización delictiva.

Las pruebas de la existencia de una organización delictiva deberán buscarse en su interacción con el entorno y, especialmente, con otras personas. Por ejemplo, cuando los grupos delictivos de tráfico de drogas se comprometen con los proveedores o acuerdan los precios y actúan de conformidad con estos compromisos y acuerdos. O cuando un grupo terrorista lleva a cabo acciones coordinadas para reclutar a más miembros. El

⁶⁷ STEIN/GRECO, SK-StGB, § 129 n° marginal 26, que señalan contradicciones en el texto de la disposición.

⁶⁸ BT-Drs. 18/11275, p. 11.

⁶⁹ BT-Drs. 18/11275, p. 11.

requisito previo para ello es la persecución de un interés común primordial que se refleja en un grado mínimo de organización firme. La determinación del papel concreto de los respectivos miembros dentro de la organización, así como la duración de su pertenencia a la misma, no es necesaria para determinar la existencia de una organización.

IV. CONCLUSIÓN

Cualquier intento de explicar el injusto de constituir organizaciones delictivas debe dar respuesta a dos cuestiones. Debe explicar por qué los miembros no deben ser responsables de los actos de los demás (problema de la responsabilidad) y por qué la mera pertenencia a una organización delictiva es merecedora de castigo (problema de la legitimidad). La respuesta que se ofrece en este trabajo es que la ilicitud de la organización delictiva conlleva la constitución de un actor colectivo que debe distinguirse de sus miembros. Al hacerlo, se crea una persona ilícita en el sentido de que su carácter artificial tiene por objeto la comisión de delitos. Este razonamiento contiene indicaciones para contrarrestar tanto las tendencias a la relajación como el estrechamiento arbitrario del concepto de organización. En consecuencia, debe abogarse por una interpretación del § 129 II que no sólo mantenga los cuatro elementos tradicionales del concepto de organización, sino que los aplique de forma más coherente que antes.

* * * * *

Prof. Dr. Alfonso Ortega Matesanz

Prof. asociado de Derecho Penal de la Univ. de Valladolid, España. Socio de la FICP.

~Una aproximación a la regulación del concurso de infracciones en materia disciplinaria penitenciaria*~

La normativa penitenciaria española contiene, al estilo del Código Penal (CP), unas reglas específicas para fijar la sanción correspondiente en las hipótesis de comisión por un mismo interno de varias faltas disciplinarias (dos o más).

La previsión de estas reglas de determinación de la sanción es reflejo de la preocupación del legislador por evitar elevaciones innecesarias desde todos los puntos de vista en la duración de los castigos, a las que podría conducir un enfoque punitivo basado en la simple adición de las consecuencias de cada infracción.

De regular esta cuestión de la pluralidad de faltas o concurso de infracciones se ocupan en el orden penitenciario los arts. 42.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y 236 del Reglamento Penitenciario (RP) vigente.

El precepto reglamentario reproduce en sus dos primeros puntos, aunque con algunos matices, la redacción del art. 42.5 de la Ley penitenciaria, y contiene en su apartado cuarto la regulación de los concursos ideales y mediales de faltas, que no está prevista en el texto de la LOGP, determinando la sanción a imponer en tales casos. El antiguo Reglamento de 1981, parte de cuyo articulado se mantiene vigente, incluía también en su art. 115, párrafo tres, unas previsiones aplicables a estas dos particulares formas de concurrencia de infracciones. Pese a que el Reglamento de 1996 ha sido objeto de diversas modificaciones desde su entrada en vigor (en mayo de ese mismo año), ninguna de las distintas reformas ha afectado a la redacción del art. 236 RP, que se mantiene, por consiguiente, inalterada.

A la hora de diseñar el tratamiento de la pluralidad de infracciones, la legislación penitenciaria toma claramente como referencia las reglas de aplicación de las penas previstas en el Código Penal para los concursos de delitos. Se manejan idénticas categorías a las penales y las reglas punitivas son muy similares a las del Código,

* Comunicación presentada en el XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal y la FICP (dirs. Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Juan Antonio García Amado y Miguel Díaz y García Conlledo) los días 29 y 30 de junio de 2023 en la Facultad de Derecho de la Univ. de León, León, España.

especialmente en lo que respecta al concurso real. Las distintas modalidades concursales, si bien concurso ideal y concurso medial se encuentran plenamente equiparados en el Reglamento en cuanto a su sanción (así ha sido siempre desde el Reglamento de 1981), son tratadas por separado. Es decir, se recurre a un tratamiento heterogéneo, diverso, de los concursos.

Se prevén criterios de determinación del castigo diferentes según que la concurrencia de faltas se produzca a partir de un mismo hecho o de varias acciones, sobrellevando el concurso real (al igual que ocurre en el Código) un régimen punitivo más riguroso que el de la unidad de acción constitutiva de diversas infracciones. El trato más favorable que se dispensa al concurso ideal encuentra su fundamento en que en este supuesto hay un solo hecho y no diversas acciones que dan lugar a otras tantas faltas (concurso real). Como ya se ha señalado, el concurso medial es objeto, no obstante, de la misma sanción que la concurrencia ideal o formal.

El tratamiento sancionador del Reglamento viene informado por los mismos principios que acogen las disposiciones penales reguladoras del concurso real y del concurso ideal de infracciones: acumulación material y jurídica en un caso, y absorción con agravación en el otro. Incluso, si nos referimos a la acumulación jurídica (arts. 42.5 inciso final LOGP y 236.2 RP), encontramos, como en el Código para la acumulación sucesiva de las penas, un límite relativo del triple de la duración de la sanción más grave entre las impuestas al responsable de las plurales infracciones, además de otro absoluto. Las mayores especialidades frente al régimen penal se aprecian en la punición de los concursos ideal y medial.

En esta materia del concurso de infracciones, parte la normativa penitenciaria de una regla básica de determinación de la sanción que responde a un principio de acumulación aritmética o absoluta (a tantas infracciones, tantas sanciones). Tal regla punitiva, sin embargo, debido a los enormes inconvenientes que acarrea, no rige con un carácter absoluto, tampoco en el Código para las penas, en el sistema penitenciario español, sino que encuentra algunas excepciones.

Una primera, aunque únicamente parcial (y quizá ni siquiera pueda hablarse de excepción), puesto que las sanciones se siguen acumulando o sumando (sólo que hasta un tope), viene representada por el establecimiento de límites temporales al cumplimiento sucesivo de las sanciones impuestas, lo que da lugar a una acumulación jurídica o

limitada. Concretamente, se fijan dos topes al cumplimiento sucesivo de los castigos (previstos en los arts. 42.5 LOGP y 236.2 RP 1996), sin que las sanciones por ello pierdan su individualidad: el límite del triple de la duración de la sanción más grave y cuarenta y dos días consecutivos en el caso de la sanción de aislamiento en celda. El último de los límites, aplicable solamente a la citada sanción, es un tope de carácter fijo o absoluto, que está pensado para corregir al triple. Tales limitaciones afectan al cumplimiento real de las sanciones, no dejando de imponerse ninguna consecuencia correctora al responsable de los hechos. Por tal motivo, podría existir una diferencia muy notable entre la magnitud de sanción impuesta (en uno o en varios expedientes disciplinarios) y la cumplida de manera efectiva.

La segunda de las excepciones (verdadera excepción), que afecta particularmente a los concursos ideales y mediales, supone rechazar totalmente la acumulación matemática (sin perjuicio de que haya que recurrir a ella en beneficio del infractor, tal y como ordena el art. 236.4 RP), pues en tales casos se impondrá, conforme a una regla de absorción agravada, una sola sanción, distinta de las iniciales. En estos supuestos, el régimen sancionador es conducente a la imposición de una sanción única y global por todas las infracciones; de tal manera que, aunque concurren las faltas, no lo harán en principio las sanciones (es obvio que así será siempre que se imponga una sola sanción).

Así, en el concurso real, como único supuesto de multiplicidad de faltas que, con carácter general, conlleva la imposición de dos o más sanciones, lo que dependerá del número de infracciones en concurso, estaremos ante varios hechos, varias infracciones y también varias sanciones, porque ninguno de los castigos merecidos por el infractor se le dejará de imponer, y en principio deberá cumplir en su duración íntegra la totalidad de los que se le apliquen. La existencia de varias sanciones es presupuesto previo para decidir sobre la forma de su cumplimiento por el interno, que puede ser bien simultánea o bien sucesiva, dependiendo de lo que admitan los castigos concurrentes. En consecuencia, sólo se producirá un concurso de sanciones con carácter general en las hipótesis de concurso real o de reincidencia (deba aplicarse o no la circunstancia agravante de repetición de la infracción del art. 235 RP 1996), porque en ambos casos estamos ante varios hechos, con la diferencia fundamental, entre una y otra situación, de que en el concurso real todos ellos serán anteriores a que recaiga sanción por cualquiera de los mismos. Es decir, para que haya un concurso, los hechos deben dar lugar a varias infracciones susceptibles de ser enjuiciadas simultáneamente (en unidad de expediente).

Según lo establecido por el art. 42.5 LOGP, «al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, y, no siéndolo, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda».

Se parte, como ya se ha dicho, de una acumulación material que encuentra, no obstante, para cuando las sanciones hayan de cumplirse sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad (por no admitir su cumplimiento simultáneo), algunas limitaciones o correctivos temporales que responden a un criterio de acumulación mitigada. En lo que interesa, tanto se acumulan las sanciones cuando han de cumplirse simultáneamente como cuando su cumplimiento debe ser sucesivo; pero sólo para el último de los casos, pues si las varias sanciones permiten ser cumplidas a la vez no existe el mismo riesgo de caer en soluciones desproporcionadas ni de muy larga duración, regirán las limitaciones del triple y de los cuarenta y dos días consecutivos máximos de aislamiento celular. El límite del triple, dado que su finalidad no es otra que reducir para el cumplimiento el monto nominal de castigo, sólo será de aplicación si queda por debajo de la suma de las sanciones (en otro caso no representaría ningún beneficio para el infractor). Y entre éste y el tope de los cuarenta y dos días de aislamiento en celda deberá tomarse el más favorable para el interno.

Los límites suponen rechazar un sistema puro de acumulación matemática. Afectan únicamente a la ejecución, sin que su aplicación efectiva suponga transformar las varias sanciones impuestas en una sola que abarque la duración de todas las acumuladas. Las sanciones, que conservan su singularidad, se seguirán cumpliendo sucesivamente (por su respectiva gravedad) aunque operen los topes. El cumplimiento comenzará por la más grave de todas. Una vez extinguida la primera sanción, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente hasta que se alcancen las limitaciones de los arts. 42.5 LOGP y 236.2 RP 1996. Las sanciones que rebasen el límite de que se trate se tendrán por extinguidas cuando se agote, durante el cumplimiento, el tiempo máximo de ejecución sucesiva.

El art. 236 RP 1996, dedicado al «curso de infracciones», repite, con algunas diferencias, esa redacción del art. 42.5 LOGP en sus dos primeros apartados:

- «1. Al culpable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente, se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y, no siéndolo, se cumplirán por el orden de su respectiva gravedad o duración.
2. En este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda».

Muy brevemente, son dos las diferencias que se aprecian entre uno y otro precepto de la LOGP y del Reglamento.

La primera, por cuanto exige el apartado uno del art. 236 RP 1996 que las varias faltas sean «enjuiciadas en el mismo expediente», lo que no consta sin embargo en la redacción más amplia del art. 42.5 LOGP, tratándose, además, de una restricción en la aplicación de los máximos de cumplimiento que no se halla en el art. 76 CP vigente para las penas, el cual no limita las posibilidades de aplicar la regla de acumulación jurídica a los casos de unidad efectiva de enjuiciamiento de las infracciones. Tal precepto del Código, al que cabría acudir en nuestra opinión por analogía en favor del reo, pues desde luego la alternativa es preferible a considerar que en estos casos de pluralidad de expedientes no rige límite temporal alguno aunque estemos ante un concurso real, pudiéndose alcanzar cifras de cumplimiento muy elevadas, permite aplicar, de conformidad con lo establecido por su apartado segundo (esto es, art. 76.2 CP), los límites al cumplimiento sucesivo sobre las penas impuestas en distintos procesos, pero siempre que los hechos sancionados en causas judiciales distintas hubieran podido ser enjuiciados en el mismo proceso atendiendo a las fechas de su comisión. Si entre los distintos delitos no mediase una sentencia condenatoria, a todos ellos sin excepción, por integrar una misma época delictiva, les serían de aplicación *idealmente* las reglas limitativas del concurso real de delitos.

La segunda diferencia, por su parte, va referida al criterio para determinar el orden de cumplimiento sucesivo, pues, frente al texto del art. 42.5 LOGP, indica el art. 236.1 RP que las sanciones se cumplirán «por el orden de su respectiva gravedad o duración». Matización ésta a nuestro juicio razonable, aunque muy probablemente ello ya se haría así aunque nada dijera el precepto, por cuanto entre las sanciones de igual gravedad abstracta (por ejemplo, dos sanciones de aislamiento de fin de semana) habrá de cumplirse antes la que cuente con mayor duración. Sanción más grave cuya duración, además, se tendrá que triplicar para obtener el *máximum* de cumplimiento variable, el cual habrá de ponerse en relación en algunos casos con el tope absoluto de los cuarenta y dos días de

aislamiento en celda (tope absoluto, que, como se ha dicho, sólo es aplicable a esta clase de sanción).

En el apartado tercero del art. 236 RP, por otra parte, se incluye una previsión relativa a la necesaria aprobación de la sanción de aislamiento celular por el Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) si se superan los catorce días continuados por acumulación de varias sanciones: «Cuando en los supuestos de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento en celda, éstas superen, en su conjunto, los catorce días de aislamiento, deberán ser aprobadas todas ellas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, según lo dispuesto en el artículo 76.2, d), de la Ley Orgánica General Penitenciaria». Así, aunque las sanciones de aislamiento impuestas tuvieran, individualmente consideradas cada una de ellas, una duración inferior a la magnitud indicada, si su suma supera los catorce días, deberán ser aprobadas en su totalidad. Entre tanto no se cuente con tal aprobación judicial, las sanciones no se podrán ejecutar.

En cuanto a los concursos ideales y mediales, dispone el art. 236.4 RP 1996 lo siguiente: «Cuando un mismo hecho sea constitutivo de dos o más faltas o cuando una de ellas constituya medio necesario para la comisión de otra, se aplicará, en su límite máximo, la sanción correspondiente a la falta más grave, salvo que la suma de las sanciones que procedan castigando independientemente las infracciones cometidas resulte de menor gravedad, en cuyo caso se aplicarán éstas».

Este precepto contiene, de un lado, la regulación de dos categorías concursales diferentes: concurso ideal y concurso medial; y de otro, prevé el tratamiento punitivo para ambas situaciones de pluralidad de faltas, inclinándose el legislador por dispensarles una misma solución penalizadora, que parte de un criterio de absorción con una agravación. La sanción de la falta más grave se impondrá en su límite máximo (el límite legal según la clase de la infracción), pero esta consecuencia deberá ser inferior a la suma de las diferentes sanciones que se impondrían por todas las faltas. Deberá optarse, pues, y así es también en el Código, aunque no coinciden uno y otro límite a la agravación, por la solución más beneficiosa para el interno entre las dos alternativas que prevé el precepto.

* * * * *

2. Comentarios de jurisprudencia

Alfonso Allué Fuentes

Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.
Socio de la FICP.

~El acceso al correo corporativo del trabajador y la regla de exclusión probatoria del artículo 11.1 LOPJ en la STS 56/2022, de 24 de enero~

Sumario.- I. Introducción. II. La STS 56/2022, de 24 de enero. 1. El relato fáctico de la sentencia recurrida. 2. Motivos del recurso de casación. 3. Planteamiento de la STS 56/2022, de 24 de enero. a) Lectura constitucional del acceso al correo corporativo. b) Consecuencias de la obtención ilícita de fuentes o medios de prueba. III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La **STS 56/2022, de 24 de enero**, resuelve el recurso de casación interpuesto frente a una sentencia dictada respecto de cuatro acusados de los delitos de apropiación indebida, administración desleal y falsedad en documento mercantil, y en el desarrollo del mismo se pronuncia sobre la problemática referente al **acceso** por parte del empresario al **correo corporativo del trabajador**, sus implicaciones constitucionales acerca del derecho fundamental a la intimidad y a la **privacidad**, y las consecuencias que deben seguirse de la **obtención ilícita** de material probatorio para su aportación al proceso, dando lugar a la activación de la **regla de exclusión probatoria** prevista en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concluyendo en la desestimación del recurso.

II. LA STS 56/2022, DE 24 DE ENERO

1. El relato fáctico de la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia declara probado, en síntesis, que en el ámbito de la promoción, construcción y comercialización de productos inmobiliarios los administradores y representantes de tres sociedades que formaban parte de un grupo empresarial llevaron a cabo los negocios necesarios para la determinación de la titularidad de todos los bienes que integraban el patrimonio del grupo, así como para la venta a terceros de cinco viviendas unifamiliares, acordando no repartir beneficios mientras hubiera obligaciones o pagos pendientes de cumplimiento, o excedentes destinados a amortizar derechos o compromisos adquiridos por las distintas empresas del grupo.

La Audiencia Provincial dicta sentencia absolutoria de los acusados e impone las costas procesales a la acusación particular, cuya representación procesal formula recurso de casación. La Sala Segunda del Tribunal Supremo desestima los motivos del recurso y confirma la sentencia recurrida.

2. Motivos del recurso de casación.

La acusación particular alega los siguientes **motivos de casación**: 1.º Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al haber excluido el órgano *a quo*, como ilícitas, pruebas documentales válidas relevantes para la resolución de la controversia; y 2.º Infracción del art. 240.3.º Lecrim, en relación con los arts. 123 y 124 CP, acerca de la imposición de costas. En estas páginas se tratará únicamente del primero de ellos.

3. Planteamiento de la STS 56/2022, de 24 de enero.

La parte recurrente combate la aplicación por el tribunal de instancia de la **regla de exclusión probatoria** contenida en el art. 11.1 LOPJ, lo que afectó a algunos de los documentos que había aportado como prueba, concretamente correos electrónicos y archivos adjuntos procedentes de cuentas corporativas del grupo empresarial, fundamentando su oposición en dos razones: 1.ª Quien accedió a dichos contenidos fue un cotitular de la empresa que disponía de las claves a tal fin, las cuales no le fueron retiradas a pesar de que le fueron revocados sus poderes de representación, por lo que ejerció un legítimo **derecho de control y acceso** a la información; y 2.ª Las referidas cuentas de correo eran **corporativas**, no pertenecían con carácter individual a trabajadores o empleados de la empresa, habiendo sido creadas para departamentos específicos de la misma aunque puestas al servicio de aquellas personas físicas que en cada momento prestaran su trabajo.

Sobre esta base alegan los recurrentes que **no existió un espacio de privacidad** merecedor de protección, por cuanto se trataba de espacios digitales no asociados a la privacidad de concretos empleados, constituyendo entornos digitales propios de departamentos de la empresa.

Para la resolución del recurso la Sala Segunda del Tribunal Supremo advierte **dos cuestiones** que han de recibir un estudio ordenado y diferenciado: el **acceso** al contenido del correo corporativo desde la perspectiva constitucional y las **consecuencias** que comporta una intromisión no justificada en los derechos a la vida privada y a la intimidad, con la activación – como acontece en el caso – de la regla de exclusión probatoria.

a) ***Lectura constitucional del acceso al correo corporativo.***

Aborda la sentencia en primer lugar las **condiciones constitucionales** de acceso al contenido del correo corporativo. Acerca de este punto argumentan los recurrentes que al tratarse de cuentas de correo corporativas no hay objeto protegible, puesto que su uso se atribuía a personas innominadas y, por tanto, no cabía expectativa alguna de privacidad. La Sala Segunda no admite esta alegación, en el entendimiento de que, sin perjuicio de la naturaleza corporativa de la cuenta, los actos comunicativos se realizaron desde la misma por **un usuario concreto y exclusivo** que remitió el mensaje a un solo destinatario, no llegando a distribuirse su contenido entre otros usuarios potencialmente vinculados a dicha cuenta[†]. Como había manifestado una testigo en el plenario ante el órgano de instancia, la cuenta de correo corporativa también se podía utilizar con fines privados, como por ejemplo para la gestión de citas médicas.

La sentencia analiza a partir de aquí las **limitaciones** constitucionales y convencionales que afectan al acceso por terceros al contenido comunicado. Comienza a tal fin mencionando como recordatorio la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el concepto de “**vida privada**” vinculado con el derecho a la realización, desarrollo y autonomía personal, en correspondencia con el art. 18 de nuestra Constitución y el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, normas que ofrecen una **perspectiva amplia** del derecho a la vida privada haciéndolo extensible a la formación de la identidad social y las relaciones con otras personas, incluyendo en este ámbito la **actividad profesional** y, en su consecuencia, a las comunicaciones que se pueden mantener durante el horario laboral, de modo que si los correos electrónicos encuentran amparo en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” también se benefician de tal protección los que proceden o se reciben en **centros de trabajo**[‡].

[†] Al respecto explica la sentencia con finalidad esclarecedora que “los sistemas de correo corporativo permiten la vinculación a cada una de ellas de diferentes ‘alias’ que se convierten en usuarios individuales de dicha concreta cuenta. De tal modo, para acceder a esta, la persona a quien corresponde el ‘alias’ vinculado, debe, en el *frontend* del sistema, registrarse mediante su nombre de usuario y la clave o *password*. Desde ese momento, el uso de la cuenta se *privatiza*, en particular cuando el usuario la utiliza para enviar contenidos a otros usuarios del sistema o externos a este”.

[‡] Sobre este aspecto menciona la sentencia la Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2015) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros, de 1 de abril de 2015, en la que se establece la relación entre el uso de Internet y de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo. En síntesis, esta norma vincula a los empresarios a evitar interferencias injustificadas e irrazonables en el derecho a la intimidad de los empleados en lo que respecta a los dispositivos técnicos y TIC que los mismos utilicen, estableciendo a cargo de la empresa un deber de información adecuada y periódica sobre el tratamiento, el tiempo de conservación, el almacenamiento y el archivo de los correos electrónicos comerciales, justificando el acceso

Ahora bien, también reconoce la sentencia la **conflictividad** de alcance constitucional por la colisión entre la facultad empresarial para el control de la actividad laboral y el uso de las tecnologías por el trabajador con fines privados, lo que obliga a la **búsqueda de soluciones** que equilibren las obligaciones laborales del empleado y sus derechos y libertades constitucionales. Para ello cita la Sentencia del TEDH, de Gran Sala, **caso Barbulescu c. Rumanía**, de 5 de septiembre de 2017, que desarrolla seis parámetros[§] para facilitar la **evaluación de la injerencia empresarial** relacionada con el derecho a la vida privada del trabajador afectado, constituyendo una serie de salvaguardias para impedir que el empresario pueda acceder al contenido real de las comunicaciones sin que el trabajador haya sido previamente avisado.

Aplicando estas consideraciones al caso enjuiciado, la STS 56/2022 considera que en el acceso a los correos electrónicos corporativos se quebró la **expectativa de privacidad** que protegía a los empleados al no constar cumplida ninguna de las previsiones enumeradas en la doctrina Barbulescu, por lo que califica de abusivo dicho acceso al vulnerar los requisitos que lo justifican^{**}.

b) Consecuencias de la obtención ilícita de fuentes o medios de prueba.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala Segunda advierte que en el caso procede **excluir del cuadro probatorio** los documentos que había aportado la acusación particular, como resolvió en su momento el órgano de instancia. Para ello introduce una exposición de carácter general en la que destacan los siguientes aspectos:

empresarial a los mismos sólo por razones de seguridad u otras razones legítimas y de la forma menos intrusiva posible, previa información al empleado y sin que el control pueda recaer sobre comunicaciones electrónicas privadas durante el trabajo.

[§] Son los siguientes: “**Primero:** ¿Se ha informado al trabajador de la posibilidad de que el empresario adopte medidas para controlar su correspondencia y otras comunicaciones, así como de la introducción de dichas medidas? **Segundo:** ¿Cuál fue el alcance de la vigilancia del empresario y el grado de intromisión en la vida privada del trabajador? **Tercero:** ¿Instituyó el empleador razones legítimas para vigilar estas comunicaciones y para acceder a su contenido? **Cuarto:** ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de las comunicaciones del empleado? **Quinto:** ¿Cuáles fueron las consecuencias de la vigilancia para el trabajador sometida a la misma? ¿Cómo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, en particular si estos resultados se utilizaron para lograr el objetivo declarado de la medida? **Sexto:** ¿Se ofrecieron al empleado las garantías adecuadas, en particular cuando las medidas de vigilancia del empresario eran intrusivas?”

^{**} Dice la sentencia: “(...) el exhaustivo acceso a los contenidos de correo electrónico no vino precedido de ninguna advertencia, no estuvieron presentes las personas afectadas, no se identificó previamente una finalidad precisa vinculada a la propia actividad empresarial desarrollada, no se adoptó ninguna fórmula de atemperación de la extensión subjetiva del acceso y los contenidos documentados fueron, finalmente, utilizados para fundar la acción penal, no solo contra el otro socio sino también contra los propios empleados usuarios de las cuentas de correo (...). El acceso fue desproporcionado y lesionó los derechos a la privacidad y a la intimidad de las personas afectadas”.

1.º Los derechos fundamentales pueden oponerse tanto frente a **injerencias** del Estado (eficacia vertical) como a las realizadas entre particulares (eficacia horizontal), si bien las **consecuencias y reparaciones** no tienen por qué ser las mismas, es decir, no dependen de quién sea el agente infractor, lo que ha llevado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional a elaborar un **test de relevancia** en función del carácter público o privado del injerente^{††}.

2.º No hay soluciones estáticas, protocolizadas o automáticas en materia de protección de derechos fundamentales, por lo que si un particular lesiona alguno de tales derechos ello **no supone necesariamente** que en el ámbito del proceso vaya siempre a aplicarse la **regla de exclusión probatoria** del art. 11.1 LOPJ^{‡‡}, por cuanto para su activación y operatividad es preciso tener en cuenta el **contexto** de la infracción y la **finalidad** pretendida mediante la injerencia. La regla de exclusión está diseñada para la **protección de la integridad del proceso**, y ello no puede acontecer al margen de las circunstancias que rodean la infracción, singularmente las relativas al infractor y sus fines. Así pues, la regla de exclusión probatoria actúa con toda su energía cuando el infractor – sea el Estado, sean particulares – accede, precisamente a través de la infracción, a fuentes o a medios de prueba para **aprovechar su valor incriminatorio**^{§§}.

3.º El **Tribunal Constitucional** admite la aplicación de la regla de exclusión cuando se trate de particulares que han actuado con la finalidad de obtener ilícitamente evidencias o fuentes de prueba. *Contrario sensu*, la regla no será operativa cuando dicha lesión aparezca desconectada de aquella finalidad, pues de lo contrario su aplicación

^{††} La sentencia menciona como ejemplos el conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión o de información, en el que el criterio ponderativo determinante de la limitación se basa en la condición de periodista profesional del informante, o de ser representante sindical, o letrado defensor, o en la finalidad de crítica política. Y sobre el secreto de las comunicaciones apunta la grabación de conversaciones por particulares que a su vez son interlocutores en las mismas, admitiendo su potencial probatorio, que sin embargo excluye cuando uno de los participantes es un agente estatal en funciones de persecución del delito o cuando la conversación está siendo observada o seguida por autoridades del Estado aun cuando alguno de los interlocutores hubiera consentido dicha injerencia.

^{‡‡} Dice así: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

^{§§} Al respecto la sentencia se expresa del siguiente modo: “En estos casos, la regla de exclusión debe actuar como antídoto fundamental para la conservación de un determinado modelo de convivencia fundado en el valor de la Justicia y la preeminencia de los derechos fundamentales. Cuando estos se sacrifican injustamente y finalísticamente los efectos de la lesión se proyectan sobre el proceso no cabe otra opción que la de renunciar al esclarecimiento de la verdad, preservando el derecho a la presunción de inocencia de la persona acusada que sufre la injerencia intolerable en el núcleo de sus derechos”.

generaría consecuencias desproporcionadas^{***}. Así, no cabe valorar como prueba una **confesión extrajudicial** grabada por uno de los interlocutores si no se ha producido **espontáneamente** y en un contexto comunicativo de **buena fe**^{†††}.

Aplicando estas consideraciones al caso sometido a casación, la sentencia confirma que el acceso a los correos electrónicos fue **indiscriminado y abusivo** y queda justificada su exclusión del marco probatorio, puesto que los documentos se obtuvieron de ese modo con la finalidad de aportarlos al proceso como sustento de la acción penal ejercitada, al margen de que quien llevó a cabo el acceso no ejerciera en la causa la acusación^{†††}. Este proceder pretendía obtener una ventaja procesal a costa de lesionar derechos fundamentales, por lo que la regla de exclusión probatoria fue correctamente aplicada y el motivo de casación debe decaer.

III. CONCLUSIONES

De todas las reflexiones que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1.^a Los actos comunicativos realizados desde una cuenta de correo electrónico corporativa por un usuario concreto y exclusivo que remite el mensaje a un solo destinatario, no llegando a distribuirse su contenido entre otros usuarios potencialmente vinculados a dicha cuenta, configura un espacio de protección constitucional de la privacidad a los efectos del derecho al secreto de las comunicaciones.

2.^a Las normativas europea y constitucional ofrecen una perspectiva amplia del derecho a la vida privada haciéndolo extensible a la formación de la identidad social y las relaciones con otras personas, incluyendo en este ámbito la actividad profesional y las comunicaciones que se pueden mantener durante el horario laboral, de modo que si los

^{***} Salvo aquellos casos – apunta la sentencia - en que la infracción del derecho fundamental haya tenido como base la obtención de pruebas mediante tortura, aunque tal actuación aparezca desligada de una finalidad de aportación de prueba al proceso. En supuestos de esta índole se justifica la aplicación de la exclusión, como recoge la STEDH, caso Zcwik c. Polonia, de 5 de febrero de 2021: “(...) con independencia del contexto de producción, una información probatoria que se obtiene bajo tortura compromete radicalmente la equidad del proceso. En supuestos de tortura resulta indiferente, por tanto, que el agente infractor sea un particular y que la finalidad no tuviera relación alguna con el proceso”.

^{†††} Acerca de ello se pronuncia la STC 167/2020, de 19 de mayo: “De contrario, cuando dichas confesiones se obtienen mediante un ardid o engaño del interlocutor para obtener evidencias probatorias se produce un atentado contra el principio de integridad que es el que presta sustento constitucional a la regla de exclusión probatoria como garantía específica del proceso”.

^{†††} Se lo impedía el art. 103.2.º Lecrim por ser hermano de uno de los querellados.

correos electrónicos, en general, encuentran amparo en los conceptos de “vida privada” y “correspondencia” también se benefician de tal protección los que proceden o se reciben en centros de trabajo.

3.^a Una eventual colisión entre la facultad empresarial para el control de la actividad laboral y el uso de las tecnologías por el trabajador con fines privados obliga a la búsqueda de soluciones que equilibren las obligaciones laborales del empleado y sus derechos y libertades constitucionales. Para ello se han ofrecido desde la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos varios criterios para facilitar la evaluación de la injerencia empresarial relacionada con el derecho a la vida privada del trabajador afectado, constituyendo una serie de salvaguardias para impedir que el empresario pueda acceder al contenido real de las comunicaciones sin que el trabajador haya sido previamente avisado.

4.^a. Si un particular o el Estado lesiona algún derecho fundamental dentro del proceso ello no supone necesariamente que en el ámbito del mismo vaya siempre a aplicarse la regla de exclusión probatoria del art. 11.1 LOPJ. Esta regla actúa con toda su energía cuando el infractor – sea el Estado, sean particulares – accede, precisamente a través de la infracción, a fuentes o a medios de prueba para aprovechar su valor incriminatorio, no siendo en cambio operativa cuando dicha lesión aparezca desconectada de aquella finalidad, pues de lo contrario su aplicación generaría consecuencias desproporcionadas. Una vez acreditada la pretensión de obtener una ventaja procesal a costa de lesionar derechos fundamentales, el órgano sentenciador puede excluir del plenario la prueba de que se trate y no tomarla en cuenta para su valoración.

* * * * *

II. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP ha (co)organizado o (co)organiza actualmente los siguientes congresos, seminarios y cursos:

(i) **XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

Jueves 21 y viernes 22 de septiembre de 2023. Sobre “**Derecho penal general e intereses ciudadanos, sociales y económicos**”. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Coordinadores generales: Profs. Dres. José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* y Raquel Roso Cañadillas*. Coordinadores: Prof. Dr. William E. Torrez Peralta* y D.^a Julieta Pellegrino Ruiz*. Coordinación de las relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid, España.

Este año serán ponentes invitados especiales el Prof. Dr. Mario Trapani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Roma Trèss, Italia y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, España, y Presidente de la FICP). El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos y cursos](#).

Acceso presencial restringido a invitados por razones organizativas. Desde esta edición del Seminario de 2023 los patronos y socios de la FICP no invitados presencialmente podrán seguir online las sesiones del Seminario solicitando su inscripción y el enlace del Seminario hasta el 19 de septiembre mediante correo dirigido a wtperalta@gmail.com. Hasta el 19 de septiembre se admitirán igualmente comunicaciones procedentes de socios de la FICP, siempre que se ajusten a las Normas de publicación. Las comunicaciones, que deberán enviarse a D.^a Julieta Pellegrino (julieta.pellegrinoruiz@gmail.com) con copia a contacto@ficp.es, serán publicadas en las Actas del Seminario y en la revista Foro FICP.

(ii) XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

29 y 30 de junio de 2023. Sobre "Medios de comunicación y Derecho penal". Evento organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León, España, y por la FICP. El Seminario contó con la dirección de los Profs. Dres. h.c. mult. Juan Antonio García Amado* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos, respectivamente, de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León, y patronos de la FICP). Fueron ponentes e invitados especiales los Profs. Dres. García Arán*, Mejía, García Figueroa y Cortés Bechiarelli*, y se contó con la intervención de los directores y del Prof. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* como moderadores de las ponencias. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Eventos y cursos anteriores](#).



Arriba: imágenes de la inauguración del Congreso por los directores y el Decano de la Facultad de Derecho (de izq. a dcha., los Profs. Díaz y García Conlledo*, Tarodo Soria y García Amado*) y de la ponencia del Prof. Mejía, moderada por el Prof. García Amado*. Abajo: imágenes de la ponencia de la Prof. García Arán*, presentada por el Prof. Luzón Peña*, y público asistente.



Arriba: ponencia del Prof. García Figueroa e intervención del Prof. Díaz y García Conlledo* durante uno de los debates. Abajo: el Prof. Cortés Bechiarelli* imparte su ponencia, presentado por el Prof. Díaz*, y participación del Prof. Paredes* en el debate.

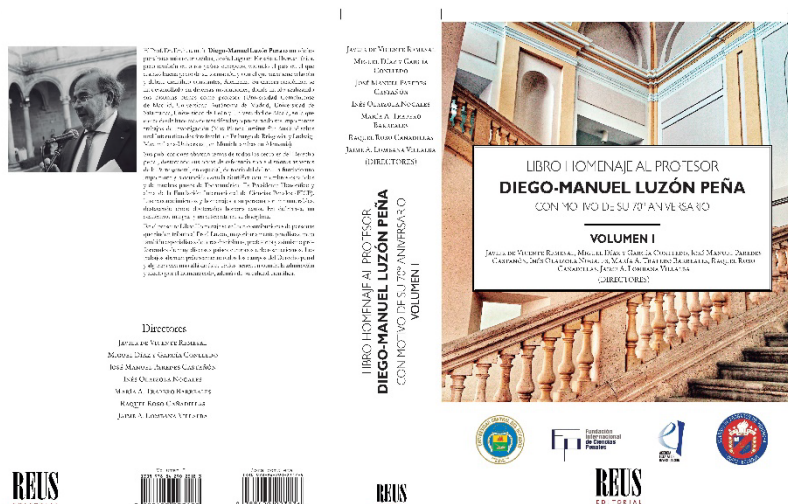
2. Publicaciones de la FICP

Además de sus dos revistas, la FICP ha coeditado las siguientes obras:

(i) Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario

VICENTE REMESAL, Javier de/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/OLAIZOLA NOGALES, Inés/TRAPERO BARREALES, María A./ROSO CAÑADILLAS, Raquel/LOMBANA VILLALBA, Jaime (dirs.), Libro-Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70.º aniversario, tomos I y II, Madrid, Reus / FICP, 2020. ISBN: 978-8429023176.

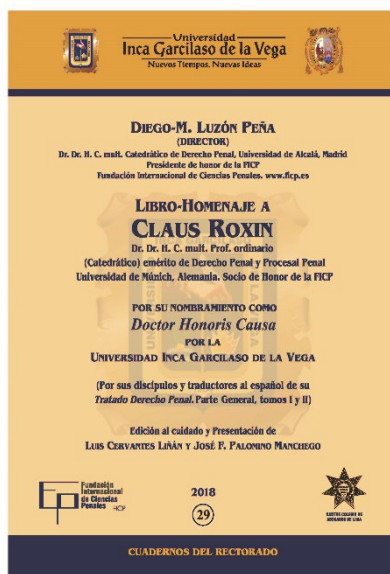
El índice con las publicaciones de los 172 autores (118 de ellos miembros de la FICP) puede localizarse en nuestra página web www.ficp.es en [Otras publicaciones de la FICP](#).



Portada y contraportada del vol. I

(ii) Libro-Homenaje a Claus Roxin

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (Director), Libro Homenaje a Claus Roxin por su nombramiento como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. (Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II). Lima, Perú: Cuadernos del Rectorado Universidad Inca Garcilaso de la Vega / FICP, 2018, 793 pp. ISBN: 978-9972-04-592-9.

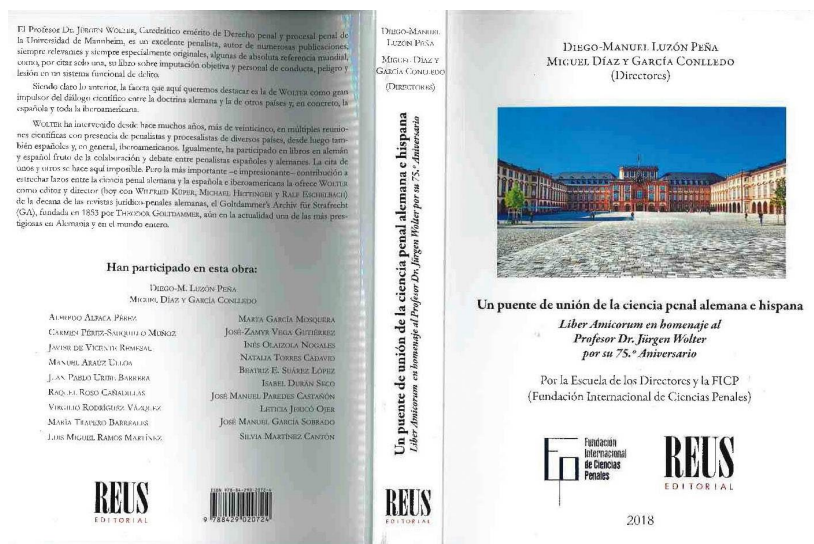


Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos, los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizola Nogales, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Barber Burusco, Durán Seco y Jericó Ojer; (ii) entre los socios, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann (socio de honor de la FICP), el Prof. Dr. Vega Gutiérrez y la Prof. Escobar Vélez. El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

Para recibir un ejemplar impreso del *Libro-Homenaje a Claus Roxin, por su nombramiento como Dr. h.c. por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega [en 2017]. Por sus discípulos y traductores al español de su tratado Derecho Penal, Parte General, tomos I y II* (dir.: Diego-M. Luzón Peña), Lima, FICP / Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2018 (previsiblemente abonando solo los gastos de envío), pónganse en contacto con el encargado de la distribución de la obra, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. José F. Palomino Manchego (Prof. Ordinario de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, la Univ. Nacional Mayor de San Marcos y la Univ. San Martín de Porres, Perú; email: palominomanchego@gmail.com), quien les indicará el procedimiento que se debe seguir.

(iii) *Liber-Amicorum a Jürgen Wolter*

LUZÓN PEÑA, Diego-M./DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (Directores), Un puente de unión de la ciencia penal alemana e hispana. *Liber Amicorum* en homenaje al Prof. Dr. Jürgen Wolter por su 75.º aniversario. Por la Escuela de los Directores y la FICP (Fundación Internacional de Ciencias Penales). Madrid: FICP / Reus, 2018, 590 pp. ISBN 978-84-290-2072-4.



Han contribuido a la obra otros patronos y socios de la FICP, además de los anteriormente señalados: (i) entre los patronos: el Prof. Dr. Dr. h.c. De Vicente Remesal y los Profs. Dres. Paredes Castañón, Olaizona Nogales, Aráuz Ulloa, Trapero Barreales, Roso Cañadillas, Durán Seco, Jericó Ojer; y (ii) entre los socios, los Profs. Dres. Rodríguez Vázquez, García Mosquera, Vega Gutiérrez, Torres Cadaviz, Pérez-Sauquillo Muñoz y los Profs. García Sobrado, Alpaca Pérez, Uribe Barrera, Suárez López y Ramos Martínez.

El índice de la obra está disponible en nuestra página web, en la sección de [Otras publicaciones de la FICP](#).

(iv) Actas de Congresos y Seminarios con ISSN

Se recuerda que la FICP ha obtenido el ISSN para las siguientes publicaciones periódicas disponibles en nuestra página web, en la sección de [Actas de congresos y seminarios](#):

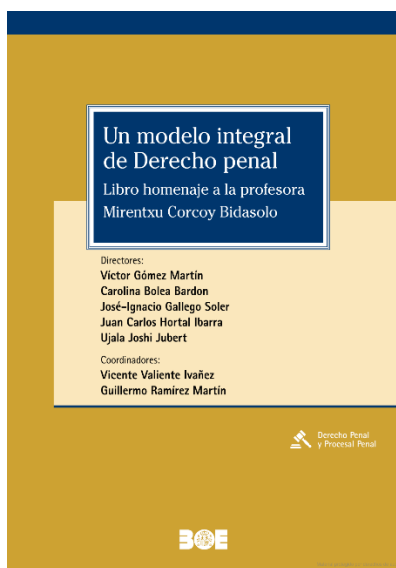
- Actas de los Congresos Internacionales de la FICP (ISSN 2695-3986)
- Actas de los Seminarios Interuniversitarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de Alcalá (ISSN 2695-3994)
- Actas de los Seminarios Internacionales anuales de la FICP, Univ. de León (ISSN 2695-4001)

3. Otras publicaciones sobre los patronos de la FICP

(i) Libros homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*

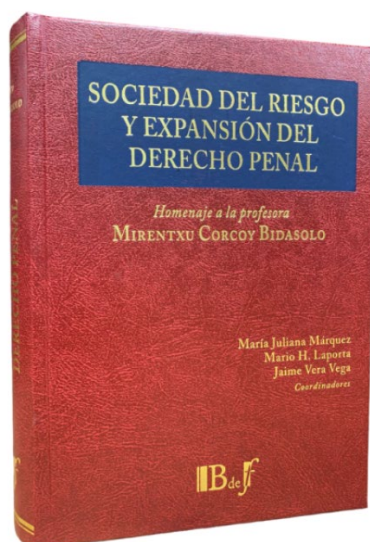
GÓMEZ MARTÍN*/BOLEA BARDON*/GALLEGO SOLER*/HORTAL IBARRA*/JOSHI JUBERT (dirs.), Un modelo integral de Derecho penal. Libro Homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022. Disponible electrónicamente [aquí](#).

La obra se entregó a la homenajeada el pasado 17 de junio de 2022, al finalizar la “Jornada en homenaje a la Prof. Mirentxu Corcoy Bidasolo*: un modelo integral de Derecho Penal”, organizada por el Área de Derecho penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Univ. de Barcelona, en colaboración con la FICP, y dirigida por los directores de la referida obra. Lugar: Aula Magna de la Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona, Barcelona, España.



MÁRQUEZ/LAPORTA/VERA VEGA (coords.), Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal: homenaje a la Profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Buenos Aires, B de f, 2023.

La nueva obra se entregó a la homenajeada el pasado 8 de junio de 2023, al finalizar la “Jornadas internacionales: sociedad del riesgo y expansión del derecho penal”, organizadas por el el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires. Lugar: Cyan Hotel de las Américas, Buenos Aires, Argentina.



III. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, cargos y puestos profesionales; grados académicos¹

(i) **Nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Buenos Aires**

El próximo **28 de septiembre de 2023**, a las 18:30 h., tendrá lugar el solemne acto de nombramiento del Prof. Dr. Dr. h.c. Juan Antonio García Amado* (Catedrático de Filosofía del Derecho de la Univ. de León, España y patrono de la FICP) como Doctor *honoris causa* por la Univ. de Buenos Aires. La *laudatio* académica será realizada por el Decano, Ilmo. Sr. Leandro Vergara, y el Prof. Andrés Roser. El homenajado impartirá una *lectio doctoralis* titulada “El Derecho no es lo que se enseña. Propuestas para reconstruir la enseñanza y la investigación jurídica”. Lugar: Salón Rojo de la Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.



Jueves 28 de septiembre de 2023 a las 18:30 h en el Salón Rojo

Acto de investidura como Doctor *Honoris Causa* de la UBA a Antonio García Amado.
Laudatio académica a cargo del decano Leandro Vergara y del profesor Andrés Rosler.

Conferencia magistral de investidura: El Derecho no es lo que se enseña. Propuestas para reconstruir la enseñanza y la investigación jurídica.

¹ Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

(ii) Homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* en la Universidad Austral de Buenos Aires, Argentina

El pasado **8 de junio de 2023** tuvieron lugar las “Jornadas internacionales: sociedad del riesgo y expansión del derecho penal” en homenaje a la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo* (Catedrática de Derecho Penal de la Univ. de Barcelona, España, y patrona de la FICP). El evento fue organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Buenos Aires, en las modalidades híbrida, online y presencial en el Cyan Hotel de las Américas, Buenos Aires, Argentina. El acto culminó con la entrega del *Liber Amicorum* a la Prof. Corcoy*, titulado “Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal” (coords.: Profs. Mario Laporta, Juliana Márquez y Jaime Vera Vega), v. *supra*, p. 242 s.



(iii) Obtención por la Prof. Dra. Marta García Mosquera* de una plaza de Profesora Titular de Derecho Penal en la Univ. de Vigo

El **17 de julio de 2023** obtuvo la plaza de Profesora Titular de Derecho Penal de la Univ. de Vigo la Prof. Dra. Marta García Mosquera* (socia de la FICP) tras superar el correspondiente concurso. El evento tuvo lugar en el Salón de Grados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y del Trabajo, y el tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP) y compuesto además por el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, Presidente de la FICP y secretario del tribunal) y las Profs. Dras. Raquel Roso Cañadillas* (Prof. Titular de

Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y patrona de la FICP), Soledad Barber Burusco* y Leticia Jericó Ojer* (Profs. Titulares de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra y patronas de la FICP).



Diversos momentos de la presentación de su ejercicio por la Prof. Mosquera* ante el tribuna, compuesto, de izq. a dcha., por los Profs. Barber*, de Vicente*, Díaz y García Conlledo*, Roso* y Jericó*. Entre el público asistente, el Prof. Luzón*.



Izq.: de izq. a dcha., Profs. Barber Burusco*, Díaz y García Conlledo*, García Mosquera*, de Vicente Remesal*, Luzón Peña*, Jericó Ojer* y Roso Cañadillas*. Dcha.: la nueva Prof. Titular con el público asistente.

(iv) Obtención por el Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo* de una plaza de Prof. Titular de Derecho Penal en la Univ. Nacional de Educación a Distancia (UNED)

El **31 de enero de 2023**, el Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo* (socio de la FICP) tomó posesión de su plaza de Profesor Titular de Derecho Penal de la UNED, tras superar el correspondiente concurso público, convocado por la Resolución de 20 de septiembre de 2022 (BOE de 28 de septiembre de 2022).

(v) **Obtención del Doctorado por el Prof. Juan Carlos Cantillo Arcón***

El **19 de mayo de 2023**, a las 17:30 h., tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de León el acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Juan Carlos Cantillo Arcón*, titulada “Problemas fundamentales del delito de tráfico de drogas: una propuesta de interpretación restrictiva integral”. La dirección estuvo a cargo del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León, patrono fundador de la FICP y Director de la Revista Libertas) y la tutela por parte de la Prof. Dra. Marta Zubiaur González* (Catedrática de la Universidad de León y socia de la FICP). El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y Presidente de honor de la FICP) y compuesto además por el Prof. Dr. Jaime Á. Sandoval Fernández (Maestro del Prof. Dr. Cantillo Arcón de la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia) y por la Prof. Dra. María A. Trapero Barreales* (Catedrática de Derecho Penal de Univ. de León y patrona de la FICP). La tesis obtuvo la mención internacional y la calificación de sobresaliente *cum laude*.



Dos momentos del acto de defensa de la tesis doctoral del Prof. Cantillo*. De izq. a dcha., los Profs. Luzón*, Sandoval (online), Trapero* y el doctorando.



Posado tras la defensa: de izq. a dcha., los Profs. Zubiaur*, Cantillo*, Luzón*, Sandoval (online), Díaz y García Conlledo* y Trapero*.

(vi) Obtención del Doctorado por la Prof. Inés Molina Álvarez*

El **21 de julio de 2023** tuvo lugar en la Universidad Pública de Navarra el acto de defensa de la tesis doctoral de la Prof. Inés Molina Álvarez*, titulada “Los delitos de terrorismo y su afectación a los derechos fundamentales”. La dirección estuvo a cargo de las Profs. Dras. Inés Olaizola Nogales* (Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Pública de Navarra y patrona de la FICP) y Soledad Barber Burusco* (Profesora Titular de Derecho Penal de la Univ. Pública de Navarra y patrona de la FICP). El tribunal estuvo presidido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de León y patrono de la FICP) y compuesto además por la Prof. Dra. María Luisa Cuerda Arnau (Catedrática de Derecho penal de la Universidad Jaume I de Castellón) y por el Prof. Dr. Alaor Leite* (Profesor de la Univ. de Lisboa y socio de la FICP). La tesis obtuvo la mención internacional y la calificación de sobresaliente *cum laude*.



Arriba: varios momentos de la defensa de la tesis doctoral de la Prof. Molina. De izq. a dcha., la doctoranda y los Profs. Cuerda (online), Leite*, Díaz y García Conlledo* y Jericó*. Abajo, posado tras la defensa: de izq. a dcha., los Profs. Leite*, Olaizola*, Molina*, Barber* y Díaz y García Conlledo*.



Público asistente al acto de defensa de la tesis de la Prof. Molina.

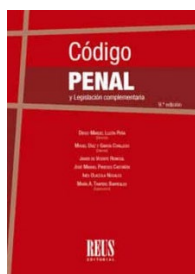
2. Publicaciones recientes de los miembros de la FICP

(i) Miembros del Patronato (con asterisco los patronos y secretaria):

- de Vicente Remesal, Javier*, El tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 515-527. Disponible [aquí](#).
- de Vicente Remesal, Javier*, El consentimiento en las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas, Libertas, 11, 2022, pp. 323-413.
- de Vicente Remesal, Javier*, Errores médicos y seguridad del paciente: de la búsqueda de un "quién", a quien castigar, al descubrimiento de un "qué", que prevenir, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 531-543.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, en ForFICP 2022-1, pp. 14-194 (181 pp.); y en Libertas 11 2022, pp. 43-253 (211 pp.).
- Luzón Peña, Diego-M.*, El Derecho penal entre la protección de los ciudadanos y los límites y garantías, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 685-699. Disponible [aquí](#).
- Luzon Peña, Diego-M.*, Derecho de corrección de menores, Cuadernos de Política Criminal, 137, 2022, pp. 5-26.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Obediencia debida como causa de justificación: la discusión sobre sus requisitos, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 265-280.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Mención legal o no del miedo insuperable como emoción asténica: su exculpación en diversos Códigos por inexigibilidad penal individual frente a las emociones esténicas o violentas, en: Palma, M. F./Sousa Mendes/et al.

(dirs.), Prof. Dr. Augusto Silva Dias *in memoriam*, Lisboa, AAFDL/IDPCC, 2022, pp. 377-391.

- Luzón Peña, Diego-M.*, Exclusión de la responsabilidad penal en las intervenciones médicas: causas de justificación y de exclusión de la tipicidad, en A. Borja Pozo/J.A García Amado* (coords.), Responsabilidad jurídica médica, Univ. Católica de Cuenca, Ecuador, 2022, pp. 251-262.
- Luzón Peña, Diego-M.*, Agustín Jorge Barreiro: El universitario, el penalista, el amigo. Recuerdo póstumo, en ForFICP 2022-1, pp. 6-11.
- Luzón Peña, Diego-M.*/Díaz y García Conlledo, M.*, Jürgen Wolter: weit mehr als ein großer Vermittler zwischen der deutschen und der spanischsprachigen Strafrechtswissenschaft. Zum Abschied Jürgen Wolters von der Schriftleitung von Goldammer's Archiv für Strafrecht; en: ForFICP 2022-2, pp. 16-25; Libertas 10 2021, pp. 19-28; ELDP (En Letra Derecho Penal, Argentina) 15, 2022-2; y en Revista do Instituto de Ciências Penais (RICP, Brasil) 7-2 2022, pp. XIX-XXVII.
- Luzón Peña, Diego-Manuel* /Díaz y García Conlledo, Miguel* (dirs.)/de Vicente Remesal, Javier*/Paredes Castañón, José Manuel*/Olaizola Nogales, Inés*/Trapero Barreales, María A.* (coords.), Código Penal y legislación complementaria, 10.^a ed. Con la colaboración de: Roso*, Barber*, Jericó*, Durán*, Fuente, Pavía, García Mosquera, Martínez Cantón, García Sobrado, Rodríguez Vázquez, Vega, Francés, Escobar, Pérez-Sauquillo, Torres Cadavid, Uribe Barrera, Alpaca Pérez, Cardona Cardona, Serrano Suárez, Ramos Martínez, Cantillo Arcón, Molina Álvarez, Alemán Aróstegui, Barrientos Pérez. Madrid, Reus, 2023.



- Barber Burusco, Soledad*, El delito de abandono del lugar del accidente: cuestionable lesividad y clara desproporción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1001-1010.
- Cancio Meliá, Manuel*. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Ed. B de F, Buenos Aires, Argentina, 2022.
- Cancio Meliá, Manuel*/Pantaleón Díaz, Marta, ¿Responsabilidad penal por contagios individuales de coronavirus?: algunos problemas de imputación, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal

Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 489-502. Disponible [aquí](#).

- Cancio Meliá, Manuel*, Sedición y proporcionalidad en la STS 459/2019, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 457-469.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*, Principio de autonomía y derecho a la ayuda a morir. Algunas consideraciones respecto de la eutanasia, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 485-496.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, A vueltas con el dolo, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 541-559. Disponible [aquí](#).
- Díaz y García Conlledo, Miguel*, Prólogo, en: Vallejo Jiménez, Geovana A.*, Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología: supuestos prácticos, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 11-15 (disponible [aquí](#)).
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*, ¿Razones válidas para la reforma de los delitos sexuales?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 545-570.
- Díaz y García Conlledo, Miguel*/Trapero Barreales, María A.*. La actuación conjunta como cualificación en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Libertas, 11, 2022, pp. 8-42.
- García Amado, Juan Antonio*, Sobre proporcionalidad y garantismo en las decisiones judiciales, Si-Lex, 11 de mayo de 2022. Disponible [aquí](#).
- Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I y II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022. Disponible [aquí](#).
- Gómez Martín, Víctor*, ¿Un nuevo golpe de gracia a las investigaciones internas corporativas?: Reflexiones en voz alta sobre la Sentencia del Tribunal Supremo

328/2021, de 22 de marzo, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1166-1178. Disponible [aquí](#).

- Gómez Martín, Víctor*, De bromistas y raperos: una deconstrucción crítica de las condenas a Pablo Hasél, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 793-803.
- Gómez Martín, Víctor*, Rapeando rimas ¿de odio punible?, en Teijón Alcalá, M. (dir.), El odio como motivación criminal, Wolters-Kluwer, Madrid, 2022, pp. 37-50.
- Gómez Martín, Víctor*, Compliance penal y evitación de ganancias ilícitas, en Puente Aba, L. (dir.) / Souto García, E. M. (coord.), Ganancias ilícitas y Derecho penal, Comares, Granada, 2022, págs. 1-23
- Greco, Luís*, ¿Imputación objetiva como objeto del dolo?: reflexiones con motivo de la sentencia del BGH sobre el escándalo de los trasplantes de Göttingen (BGHSt 62, 223), en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 645-656. Disponible [aquí](#).
- Greco, Luís*, La regla de exclusión probatoria en Alemania. Una exposición crítica, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 849-860.
- Jericó Ojer, Leticia*, Eutanasia y Derecho penal: algunos puntos de análisis sobre la regulación de la prestación de la ayuda mara morir en la LORE, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1195-1212. Disponible [aquí](#).
- Olaizola Nogales, Inés*, La directiva (UE) 2019/1937 "whistleblower": su eficacia contra la corrupción, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 269-278. Disponible [aquí](#).
- Olaizola Nogales, Inés*, El delito de tráfico de influencias. Un delito innecesario ¿o no?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal

Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 641-652.

- Olaizola Nogales, Inés*, La relación entre el delito de acoso sexual y el delito de acoso laboral, *Libertas*, 11, 2022, pp. 254-282.
- Paredes Castañón, José Manuel*, La función de las ciencias empíricas en la imputación del injusto penal: el caso de los juicios de valoración, en: Demetrio Crespo (dir.), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances de la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 55-75. También en *Libertas*, 11, 2022, pp. 283-303.
- Paredes Castañón, José Manuel*, Metodología para la imputación del injusto penal, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 799-810. Disponible [aquí](#).
- Paredes Castañón, José Manuel*, La lucha contra la aporofobia en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: abordaje del trabajo sexual, en: Benito Sánchez, Demelsa/ Pérez Cepeda, Ana Isabel (coords.): *Propuestas al legislador y a los operadores de la justicia para el diseño y la aplicación del Derecho penal en clave anti-aporófoba*, *Ratio Legis*, 2022, pp. 169-178.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, ¿Son los delitos cumulativos la respuesta para la protección penal del medio ambiente y otros bienes jurídicos supraindividuales?, *Revista de Derecho Penal (dir. Donna)*, 2022-1: Derecho Penal ambiental, pp. 55-114.
- Pérez-Sauquillo Muñoz, Carmen*, Una teoría sobre los bienes jurídicos colectivos: reflexiones al hilo del ejemplo de la salud pública, *Libertas*, 11, 2022, pp. 304-322.
- Roso Cañadillas, Raquel*, El profesional del art. 196 CP: denegación de asistencia sanitaria o abandono de servicios sanitarios. En: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1373-1388. Disponible [aquí](#).
- Roso Cañadillas, Raquel*, ¿La punibilidad de la participación imprudente? Comentario a la STS 351/2020 de 25 de junio, *InDret*, 1, 2022, pp. 499-513. También en:
- Sanz Morán, Ángel*, A propósito de la denominada “alevosía frustrada”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 66, 2022, pp. 13-15.
- Sanz Morán, Ángel*, Una reforma inaplazable. El nuevo *status* procesal del inimputable en el Anteproyecto de LECrim. de 2020, en: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan

Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1593-1605. Disponible [aquí](#).

- Sanz Morán, Ángel*, Los denominados "automatismos legislativos": ¿categoría trasladable a España?, en Santana Vega, Dulce M./Fernández Bautista, Silvia/Cardenal Montraveta, Sergi/Carpio Briz, David I./Castellvi Monserrat, Carlos (dirs.), Una perspectiva global del Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Dr. Joan J. Queralt Jiménez, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 95-104.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto* (dir.), Revista Nuevo Foro Penal, 100, 2023 (accesible [aquí](#)).



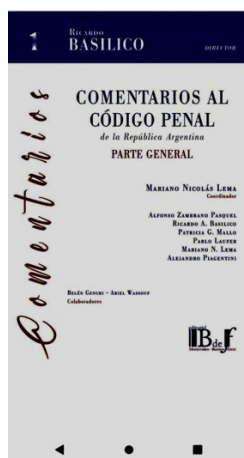
- Trapero Barreales, María A.*, ¿Son punibles los daños informáticos imprudentes?: el estado de la cuestión. En: Gómez Martín, Víctor*/Bolea Bardon, Carolina/Gallego Soler, José Ignacio/Hortal Ibarra, Juan Carlos/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1423-1432. Disponible [aquí](#).

(ii) Socios (con asterisco los socios):

- Abel Souto, Miguel*, El nuevo tipo agravado de blanqueo en el ejercicio profesional de los obligados por la normativa de prevención, incorporado por la Ley Orgánica 6/2021, y los proveedores de servicios de cambio de moneda virtual y de custodia de monederos electrónicos. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 975-988.
- Aguilar Cárceles, Marta María*. Derecho Penal y adicciones sin sustancia. Estudio de la relación entre la conducta delictiva y el juego patológico, Ed. Reus, Madrid, 2022.
- Alastuey Dobón, M.^a Carmen*/Boldova Pasamar, M. Ángel*, Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, 2.^a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Aller Maisonnave, Germán*, Acerca del Derecho victimal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan

Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 33-46.

- Alpaca Pérez, Alfredo*. Teoría de las normas e injusto penal, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 419-434. Disponible [aquí](#).
- Bacigalupo Saggese, Silvina*, Delitos contra la Hacienda Pública Fiscal, Seguridad Social y subvenciones, Ed. Lefebvre, Madrid, 2022.
- Barquín Sanz, Jesús*, Acerca de las penas interdictivas en el subsistema punitivo de las personas jurídicas. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 445-457. Disponible [aquí](#).
- Basilio, Ricardo A.*(Dir.)/Lema, M. N. (Coord.)/Zambrano Pasquel, A.*/Basilico, R. A.*/Mallo, P. G./Laufer, P./Lema, M. N./Piagentini, A. Comentarios al Código Penal de la República Argentina. Parte General, Buenos Aires/Montevideo, Editorial B de f, 2023. ISBN 978-9915-650-70-8.



- Benítez Ortúzar, Ignacio*, La "privación del ejercicio del derecho de sufragio pasivo" como consecuencia de una sentencia penal desvinculada del delito cometido: los devastadores efectos extrapenales de una sanción que no requiere motivación. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo Domenticintegral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu

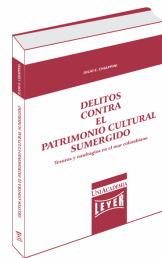
Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 459-471. Disponible [aquí](#).

- Berríos Díaz, Gonzalo*, El quebrantamiento de condena en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente, Política Criminal, vol. 17, núm. 33, 2022, pp. 89-109.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel*, Menores de edad penalmente responsables de delitos sexuales. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1023-1036. Disponible [aquí](#).
- Bolea Bardón, Carolina*, ¿Cuestiona la agravación del quebrantamiento de condena por razón de género el principio de responsabilidad por el hecho? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1037-1046. Disponible [aquí](#).
- Carbonell Mateu, Juan Carlos*/Martínez Garay, Lucía (dirs.), Derecho Penal y orden constitucional. Límites de los derechos políticos y reformas pendientes, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Cardenal Montraveta, Sergi*, La responsabilidad penal de los menores, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Cardenal Montraveta, Sergi*, La valoración de la situación económica del penado al determinar el importe de la multa. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 503-514. Disponible [aquí](#).
- Carpio Briz, David*, Estrategias de seguridad nacional y política criminal: un proyecto conceptual de integración. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 47-62. Disponible [aquí](#).
- Castellví Monserrat, Carlos*, ¿Prohibir el enaltecimiento del terrorismo vulnera la libertad de expresión? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1047-1057. Disponible [aquí](#).

- Chiappini, Julio E.*, El delito de concierto para delinquir, Bogotá, Leyer, 2022.



- Chiappini, Julio E.*, Delitos contra el patrimonio cultural sumergido. Tesoros y naufragios en el mar colombiano, Leyer, Bogotá, 2022.



- Coca Vila, Ivó*, Pena y vínculo político: sobre el castigo no paradigmático en el Derecho penal del ciudadano, Barcelona, Atelier, 2023.
- Cruz Blanca, María José*. Determinación y aplicación de la pena de prisión en sentido estricto. Teoría y práctica judicial, Ed. Dykinson, Madrid, 2022.
- Demetrio Crespo, Eduardo* (dir.), Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.



- Demetrio Crespo, Eduardo*, Sedaciones paliativas y responsabilidad penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 117-128. Disponible [aquí](#).
- Díaz Arana, Andrés Felipe*, El fundamento de la irrelevancia penal de la actuación médico-sanitaria. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 529-539. Disponible [aquí](#).

- Viveiros, Carlos*, Delitos de posesión: una investigación dogmática y político-criminal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo*, ¿Responsabilidad penal de personas jurídicas por absorción de sociedades? A la vez, algunas consideraciones constitucionales al hilo del caso Santander-Popular (SAN nº 246/2019, de 39 de abril). En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 573-588. Disponible [aquí](#).
- Doval País, Antonio*, El trastorno mental sobrevenido: antecedente, problemas y previsiones del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 589-599. Disponible [aquí](#).
- Feijoo Sánchez, Bernardo*, El Derecho penal de la culpabilidad ante el neurodeterminismo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 601-613. Disponible [aquí](#).
- Fernández Bautista, Silvia*, El cultivo compartido de Cannabis: una cuestión no resuelta. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1125-1134. Disponible [aquí](#).
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo*/García Amez, Javier*/Fernández-Rivera González, Paz (dirs.). Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo*, Clásicas y nuevas conductas fraudulentas ejecutadas en la red y su subsunción en los tipos de estafa y estafa informática contenidos en el Código penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1135-1149. Disponible [aquí](#).
- Foffani, Luigi*, El "whistleblowing": un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del Derecho europeo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho

penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 145-157. Disponible [aquí](#).

- Gallego Soler, José Ignacio*, Investigaciones internas corporativas: de la práctica a la teoría. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1151-1165. Disponible [aquí](#).
- García, Víctor-Hugo*, Auge y ¿caída? Del Derecho Penitenciario Sueco. La Ley Penitenciaria de 1974: surgimiento, aplicación e influencia en España, en: Mata y Martín, Ricardo (dir.)*, Las Prisiones Españolas durante la Transición, Granada, Editorial Comares, 2022, pp. 343-354.
- Gómez Colomer, Juan Luis*, El juez robot: la independencia judicial en peligro, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.



- Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022. Disponible [aquí](#).
- González Cussac, José Luis*/Orts Berenguer, Enrique, Compendio de Derecho penal, Parte general, 9.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- González Cussac, José Luis* (Coord.). Derecho penal. Parte especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- González Cussac, José L.*, La expansión de la categoría de seguridad nacional. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 159-168. Disponible [aquí](#).
- Guzmán Dálbora, José Luis*, Demagogia, Derecho penal y corrupción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 159-168. Disponible [aquí](#).

- Hortal Ibarra, Juan Carlos*, ¿Por qué los llaman delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cuando, siempre, quisieron reforzar el control estatal sobre los flujos migratorios irregulares (art. 318 bis CP)? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1179-1194. Disponible [aquí](#).
- Manes, Vittorio*, Justicia mediática: los efectos perversos sobre los derechos fundamentales y el proceso justo, Madrid, Dykinson, 2023.
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos*, Derecho penal económico y de la empresa. Parte general, 6ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Martínez-Bujan Pérez, Carlos*, El principio de culpabilidad y su fundamento. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 713-724. Disponible [aquí](#).
- Mir Puig, Carlos*, Derecho penitenciario. El cumplimiento de la pena privativa de libertad, 5ª ed., Ed. Atelier, Barcelona, 2022
- Mir Puig, Carlos*, El delito de enriquecimiento ilícito o injusto. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1245-1257. Disponible [aquí](#).
- Miró Llinares, Fernando*, El progreso de la dogmática penal (y sus problemas). Aproximación a la estructura de la evolución de la dogmática penal, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Miró Llinares, Fernando*, ¿Revoluciones científicas en el Derecho penal? En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 725-735. Disponible [aquí](#).
- Montero Zendejas, Daniel A.*, La red de “blockchain” y el blanqueo de archivos. Desafío del Estado de Derecho frente a la inteligencia artificial (IA), Revista de Derecho Penal: Lavado de activos, blanqueo, decomiso y constitucionalidad de la extinción de dominio II (dir. Donna*), 2022-2, pp. 39-96.
- Morillas Cueva, Lorenzo*, La complicada distinción entre la imprudencia grave y menos grave en los delitos de homicidio y lesiones. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dir.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro

homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 771-785. Disponible [aquí](#).

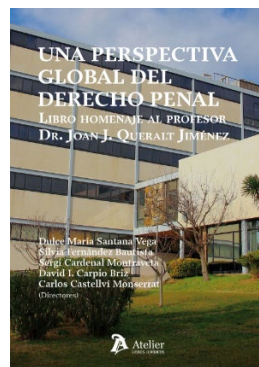
- Muñoz Conde, Francisco*. Teoría general del delito, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Muñoz Conde, Francisco*/López Peregrín, Carmen, Derecho Penal, Parte Especial, 25.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Oliver Calderón, Guillermo*, Juicio crítico sobre la delación compensada en el Derecho penal chileno. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1289-1303. Disponible [aquí](#).
- Ortega Matesanz, Alfonso*, Práctica y procedimiento de la acumulación de penas, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Pantaleón Díaz, Marta*. Delito y responsabilidad civil extracontractual. Una dogmática comparada, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2022.
- Pérez del Valle, Carlos*, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, 6.ª ed., Madrid, Dykinson, 2022.
- Portilla Contreras, Guillermo*, La inmigración bajo sospecha en el Derecho penal europeo. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 293-303. Disponible [aquí](#).
- Queralt Jiménez, Joan Josep*, La corrupción: un enfoque político-criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 305-316. Disponible [aquí](#).
- Ragués Vallès, Ramón*, Prisión provisional y riesgo de alteración de pruebas. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1555-1566. Disponible [aquí](#).
- Robles Planas, Ricardo*, Merecimiento, necesidad de pena y punibilidad. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 857-868. Disponible [aquí](#).

- Roca de Agapito, Luis* (dir.). Las consecuencias jurídicas del delito. Actualizada a la LO 8/2021, de 4 de junio, 2ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- Rodríguez Ramos, Luis*, La atípica situación del documento mercantil, Diario La Ley, 10335, Sección Tribuna, 25 de julio de 2023.
- Roig Torres, Margarita*, Los delitos de homicidio y lesiones causados por imprudencia con vehículo a motor o ciclomotor. La reforma de la lo 11/2022, de 13 de septiembre, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- Roig Torres, M.*: "La justicia restaurativa en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal como manifestación del principio de oportunidad", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 24-09, 2022, pp. 1 - 30.
- Roig Torres, M.*: "Condiciones específicas para acceder a la libertad condicional en los casos de terrorismo y delincuencia organizada. La STEDH del Caso Marcello Viola c. Italia", Revista General de Derecho Penal, nº 37, 2022, pp. 1 - 44.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", Estudios Penales y Criminológicos, XLI, 2021, pp. 233 - 305.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de los delitos previstos en el art. 510 CP a la luz de la última jurisprudencia constitucional", Estudios Penales y Criminológicos, XLI, 2021, pp. 233 - 305.
- Roig Torres, M.*: "Delito de ocupación pacífica de inmuebles (art.245.2 CP): una crítica a las últimas Proposiciones de Ley de Reforma", Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 25, 2021, pp. 125 - 179.
- Roig Torres, M.*: "Uso de símbolos totalitarios: ¿es trasladable a España el modelo alemán? Una crítica a la aplicación del artículo 510 CP", Teoría & Derecho: Revista de pensamiento jurídico, nº 31, 2021, pp. 357 - 391.
- Roig Torres, M.*: "El enaltecimiento de la tiranía nacionalsocialista en el Derecho alemán: ¿un referente para penalizar el ensalzamiento del franquismo?", Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 23-07, 2021, pp. 1 - 31.
- Roig Torres, M.*: "El delito de apología y exaltación del franquismo. Contraste con la regulación alemana", Revista General de Derecho Penal, nº 33, 2020, pp. 1 - 51.
- Roig Torres, M.*: Delimitación entre libertad de expresión y «discurso del odio», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020.
- Roig Torres, M.*: "La regulación del decomiso tras la reforma de 2015. Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional", en Blanco Valdés, R.L./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Dir.): Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 227 - 260.

- Roig Torres, M.*: “Los delitos de corrupción en Alemania: interpretación jurisprudencial”. Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho constitucional”, en Blanco Valdés, R.L./Vázquez-Portomeñe Seijas, F. (Dir.): Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la corrupción pública: propuestas desde el Derecho penal y el Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 65 - 89.
- Romeo Casabona, Carlos M.*/Sola Reche, Esteban*/Boldova Pasamar, Miguel Ángel* (Coords.). Derecho penal. Parte especial, 2ª ed., Ed. Comares, Granada, 2022.
- Ropero Carrasco, Julia*. Las limitaciones del Derecho penal frente al terrorismo Yihadista Una propuesta de racionalización de la respuesta penal en el marco de un análisis crítico de las políticas de seguridad, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Rosal Blasco, Bernardo del* (coord.). Derecho penal de sociedades mercantiles, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.
- Rueda Martín, M.^a Ángeles*, Observaciones sobre la relevancia penal de la difusión no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. II, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 1389-1398. Disponible [aquí](#).
- Salvadori, Iván*, Los diferentes grados de exposición al peligro de un bien jurídico: breves consideraciones sobre los delitos de peligro indirecto. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 883-892. Disponible [aquí](#).
- Sánchez Málaga, Armando*, La expansión del Derecho penal en el ámbito de la imputación subjetiva. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 893-907. Disponible [aquí](#).
- Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Pablo*, El error sobre la capacidad de evitación: entre el dolo y la imprudencia. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 909-920. Disponible [aquí](#).
- Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme*, Hacia una teoría de la comunicación en Derecho penal: a modo de introducción. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon,

Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 337-347. Disponible [aquí](#).

- Santana Vega, Dulce M.^a, Puertas giratorias de los altos cargos del Estado y delitos de tráfico de influencias, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Santana Vega, Dulce M.*, La renuncia a la prescripción del delito: ¿un instrumento útil de protección del honor? (a propósito del artículo 157.7 del CP italiano). En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 349-362. Disponible [aquí](#).
- Santana Vega, Dulce M.*/Fernández Bautista, Silvia*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Carpio Briz, David I.*/Castellvi Monserrat, Carlos* (dirs.). Una perspectiva global del Derecho penal. Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez. Ed. Atelier, Barcelona, 2022.



- Silva Sánchez, Jesús María* (dir.)/Ragués i Vallès, Ramón* (coord.), Lecciones de Derecho Penal: Parte especial, 9.^a ed., 2023.
- Silva Sánchez, Jesús María*, El riesgo permitido en Derecho penal económico, Ed. Atelier, Barcelona, 2022.
- Silva Sánchez, Jesús María*, ¿Genera derechos la buena suerte?: sobre el papel del resultado en Derecho penal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 921-931. Disponible [aquí](#).
- Sola Reche, Esteban*, Omisión e imputación. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 933-942. Disponible [aquí](#).

- Solari Merlo, Mariana N.*, La identidad digital ante el Derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 2023.
- Vallejo Jiménez, Geovana A.*, Problemas de la responsabilidad penal de los especialistas en psiquiatría, cirugía estética, ortopedia y traumatología: supuestos prácticos, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2022 (más información y prólogo, [aquí](#)).



- Valverde Cano, Ana Belén*, Más allá de la trata: el Derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzosos, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Villa Sieiro, Sonia*, Violencia de género, justicia penal y pacto de Estado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Zaffaroni*, E. Raúl*, La cuestión criminal, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2023.
- Zaffaroni, E. Raúl*, Hacia dónde va el poder punitivo, Ed. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022.
- Zaffaroni, E. Raúl*, Hacia un realismo jurídico penal marginal, Ed. Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2022.
- Zúñiga Rodríguez, Laura*, Una propuesta de política criminal integral para cada fenómeno criminal. En: Gómez Martín, Víctor/Bolea Bardon, Carolina*/Gallego Soler, José Ignacio*/Hortal Ibarra, Juan Carlos*/Joshi Jubert, Ujala (Dirs.). Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo, t. I, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pp. 379-390. Disponible [aquí](#).

3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos¹:

- 18 y 19 de mayo de 2023. Con motivo del Congreso “La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo”, organizado por el área de Derecho Penal de la Univ. de Valencia, tuvieron lugar las siguientes ponencias de miembros de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón* sobre “Racionalidad política y legislación penal”
 - Presentación de los Profs. Dres. Juan Carlos Carbonell Mateu y Javier Boix Reig de las conferencias de varios invitados.
 - Ponencia del Prof. Dr. Juan Carlos Carbonell Mateu sobre “Retroactividad y creatividad judicial”.
- 14 – 16 de junio de 2023. Con motivo de la celebración del II Congreso de la Asociación Nacional de Profesorado de Derecho Penal de las Universidades Españolas (APDP) dirigido por el Prof. Dr. José Luis González Cussac, tuvo lugar la intervención de los siguientes miembros de la FICP:
 - Inauguración del Congreso por el Prof. Dr. José Luis González Cussac.
 - Ponencia de apertura del Prof. Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.
 - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá* y de la Prof. Dra. María Acale Sánchez en la mesa primera sobre “Delitos contra la libertad sexual”.
 - Participación de la Prof. Dra. Patricia Faraldo Cabana en la mesa segunda sobre “Evaluación de la investigación y docencia en Derecho Penal”.
 - Participación de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* y Morillas Cueva, así como el Prof. Dr. Coca Vila, en la mesa cuarta sobre “Justificación y excusa en Derecho Penal”.
 - Comunicaciones presentadas por los Profs. Luis Miguel Ramos Martínez y José Antonio Martínez Rodríguez.

¹ Los patronos de la FICP están identificados con un asterisco, y los socios, sin él.



A la izq., inauguración del Congreso por el Prof. González Cussac. A la dcha., ponencia del Prof. Luzón* en la mesa integrada por los Profs. Morillas Cueva y Coca Vila.



Arriba, tras la ponencia del Prof. Luzón*, de izq. a dcha., los Profs. Rodríguez Ramos, Martínez Rodríguez, Paredes Castañón*, Luzón Peña*, Vidales Rodríguez y López López. Abajo, presentación de las ponencias de los Profs. Martínez Rodríguez y Ramos Martínez.

- 16 de junio de 2023. Impartición por la Prof. Dra. Marta García Mosquera* de la *laudatio* a la Excm. Sra. D.^a Teresa Peramato Martín, Fiscal de Sala de Violencia sobre la mujer en la FGE), con motivo del solemne acto académico de graduación de la XI promoción del Grado en Derecho de la Univ. de Vigo.



Laudatio impartida por la Prof. Dra. Marta García Mosquera a la Excm.a Sra. D^a. Teresa Peramato Martín

- 22 y 23 de junio de 2023. Con motivo de la celebración del VI Seminario Internacional de Derecho Penal de la Univ. Autónoma de Madrid (UAM) sobre “Ciberdelitos: tendencias y desafíos actuales”, organizado por el Área de Derecho Penal de la UAM, tuvieron lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:
 - Ponencia del Prof. Dr. Fernando Miró Llinares sobre “Criminología del ciberdelito: 12 años después”.
 - Ponencia de la Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal sobre “Los ataques contra el derecho a la imagen en Internet: ¿protección penal o protección civil? (entre otros, el ejemplo de los deepfakes sexuales)”.
 - Ponencia del Prof. Dr. Iván Salvadori sobre “Ciberdelitos e inteligencia artificial: retos y desafíos”

- 29 de junio de 2023. Ponencia del Prof. Dr. Luís Greco* con motivo de la celebración del Seminario 101 de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo (FCJE) sobre “El estatus constitucional de la ayuda a morir en los ordenamientos español y alemán (reflexiones a la luz de la LO 3/2021, de regulación de la eutanasia, y de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 26 de febrero de 2020”.

- 29 y 30 de junio de 2023. Con motivo de la celebración del XXII Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal sobre “Medios de comunicación y Derecho

Penal”, organizado por las áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León, España y por la FICP (dirs.: Profs. Dres. Dres. h.c. mult. García Amado* y Díaz y García Conlledo*), se realizaron las intervenciones de los siguientes miembros (v. fotos *supra*, p. 237 s.):

- Ponencia de la Prof. Dra. Mercedes García Arán sobre “Derecho a la información y procesos penales en curso”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*.
- Ponencia del Prof. Dr. Emilio Cortés Bechiarelli sobre “Juicios paralelos y derechos fundamentales del justiciable”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*.
- 3 al 13 de julio de 2023. Con motivo de la celebración del Programa Intensivo Semipresencial sobre “Ciencia y Conocimiento en Justicia Penal en la Era de la (In) Seguridad”, organizado por las universidades de Castilla-La Mancha, Valladolid y Messina, entre otras importantes instituciones, se realizaron las intervenciones de los siguientes miembros de la FICP:
 - Participación del Prof. Dr. Luís Greco* en el panel titulado “Preventing and investigating crime in the digital era: new procedural rights”.
 - Participación del Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo en el panel titulado “The evolution of science and technologies and new forms of judicial knowledge in the era of insecurity”.
- 13 de julio de 2023. Ponencia del Prof. Ernesto Vásquez Barriga, Cuarto encuentro iberoamericano Dr. Carlos Daza Gómez, organizado por la Univ. de Chile. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Chile.



El Prof. Vásquez*, en el centro.

- 20 y 21 de septiembre de 2023. Con motivo de la celebración del Seminario de investigación italo-español “Las nuevas fronteras de la protección penal de la

persona/Le nuove frontiere della tutela penale della persona” (dirs.: entre otros, los socios Profs. Dres. Ignacio Benítez Ortúzar y M.^a José Cruz Blanca), organizado por las Universidades de Jaén, Florencia, Siena y Pisa, tendrán lugar las siguientes intervenciones de socios de la FICP:

- Moderación de la primera mesa del seminario por el Prof. Dr. Ignacio Benítez Ortúzar, así como clausura del evento.
 - Participación de la Prof. Dra. María José Cruz Blanca como ponente de la mesa sobre “Delitos contra la libertad sexual y el desarrollo sexual de los menores de edad”.
 - Participación de la Prof. Dra. Josefa Muñoz Ruiz como ponente en la mesa sobre “El delito de tortura y los delitos contra la integridad moral”.
 - Participación de la Prof. Dra. Fátima Pérez Ferrer como ponente en la mesa sobre “Responsabilidad por imprudencia y cooperación de la víctima en ámbitos de la seguridad del trabajo”.
- 21 y 22 de septiembre de 2023. Con motivo de la celebración del XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal (dir. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*; coords. generales: Profs. Dres. Vega Gutiérrez, Pérez-Sauquillo* y Roso*; coords.: Profs. Torrez Peralta y Pellegrino Ruiz), organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP, tendrán lugar las siguientes intervenciones de miembros de la FICP:
- Inauguración del Congreso por el Director, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*
 - Ponencia de la Prof. Dra. Cristina López López, titulada “Reflexión crítica sobre la expansión del Derecho Penal en los delitos de terrorismo”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá*.
 - Ponencia del Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez sobre “La objeción de conciencia en el aborto”, moderada por el Prof. Dr. Luís Greco*.
 - Ponencia de la Prof. Dra. Marta García Mosquera sobre “El engaño típico en la estafa: su aplicación a los casos del ‘timo del amor’”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. Ángel Sanz Morán*.
 - Ponencia del Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón*, titulada “¿Progresiva realmente la dogmática penal?”, moderado por el Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos*.

- Ponencia de la Prof. Dra. Soledad Barber Burusco* sobre “La suspensión de la ejecución de la pena de prisión en los delitos de corrupción pública”, moderada por la Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*.
 - Ponencia de la Prof. Dra. Isabel Durán Seco* sobre “Difusión no autorizada de imágenes grabadas con consentimiento: art. 197.7 CP”, moderada por la Prof. Dra. Leticia Jericó Ojer*.
 - Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* sobre “Capacidades o conocimientos superiores, previsibilidad objetiva e infracción del deber objetivo de cuidado”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*.
 - Ponencia invitada especial del Prof. Dr. Mario Trapani sobre “El delito y sus consecuencias. Hacia una nueva perspectiva sistemática en el Derecho penal”, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Juan Antonio García Amado*.
 - Coordinación de las relaciones de los debates por la Prof. Dra. Isabel Durán Seco*.
- 29 de septiembre de 2023. Con motivo de la “I Jornada en homenaje al Profesor Enrique Orts Berenguer”, organizada por el Departamento de Derecho penal de la Univ. de Valencia (coords. por, entre otros, los socios Profs. Dres. González Cussac, Carbonell Mateu, Roig Torres), tendrán lugar las intervenciones de los siguientes miembros de la FICP:
- Inauguración por el Prof. Dr. José Luis González Cussac.
 - Participación de los Profs. Dres. Carlos Martínez-Buján, Juan Carlos Carbonell Mateu y José Luis González Cussac en la mesa sobre “Derecho penal y garantías”.
 - Participación de los Profs. Dres. Javier Boix Reig y M.^a Luisa Maqueda Abreu en la mesa sobre “Delitos contra la libertad sexual”, moderada por la Prof. Dra. Margarita Roig Torres.
 - Participación del Prof. Dr. Guillermo Portilla Contreras en la mesa sobre “Delitos contra la Administración Pública y contra la Constitución”.
 - Participación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo* en la mesa sobre “Cine y Derecho”.

(ii) Organización de seminarios, congresos y otros proyectos²:**▪ XXII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal**

29 y 30 de junio de 2023. Sobre "**Medios de comunicación y Derecho penal**". Evento organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de León, España, y por la FICP. El Seminario contó con la dirección de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Juan Antonio García Amado* y Miguel Díaz y García Conlledo* (Catedráticos, respectivamente, de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Univ. de León, y patronos de la FICP). Fueron ponentes e invitados especiales los Profs. Dres. García Arán*, Mejía, García Figueroa y Cortés Bechiarelli*, y se contó con la intervención de los directores y del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña* como moderadores de las ponencias. Lugar: Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León, León, España. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Eventos y cursos anteriores](#).

▪ Seminario de investigación italo-español “Las nuevas fronteras de la protección penal de la persona/Le nuove frontiere della tutela penale della persona”

20 y 21 de septiembre de 2023. Evento organizado por las Universidades de Jaén, Florencia, Siena y Pisa. Directores: los Profs. Dres. Ignacio Benítez Ortúzar*, M.^a José Cruz Blanca*, Roberto Bartoli y Roberto Guerrini). Lugar: Certosa di Pontignano – Univ. degli Studi di Siena, Italia. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en [Noticias de los socios](#).

▪ Cuarto Encuentro Iberoamericano Dr. Carlos Daza Gómez

13 de julio de 2023. Evento organizado por el Círculo chileno de doctorandos de la Univ. de Alcalá y patrocinado por la Facultad de Derecho de la Univ. de Chile y la Facultad de Derecho de la UNAM, México. Dir.: Prof. Ernesto Vásquez Barriga*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Chile, Chile. Puede obtenerse más información en el siguiente [enlace](#).

² Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.



■ **Convocatoria para el programa de Doctorado italo-español de estudios penales**

A partir del 31 de agosto de 2023. Programa de doctorado organizado por el Istituto di studi penalistici "Alimena" de la Univ. de Calabria, Italia, y la Univ. Internacional de la Rioja (UNIR). Director: Prof. Dr. Caterini*. Más información en la página web de la FICP, en [Noticias de las Ciencias Penales](#).



■ **XXIV Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal**

Jueves 21 y viernes 22 de septiembre de 2023. Sobre “Derecho penal general e intereses ciudadanos, sociales y económicos”. Organizado por el Área de Derecho penal de la Univ. de Alcalá y la FICP. Director: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*. Coordinadores generales: Profs. Dres. José-Zamyr Vega Gutiérrez*, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* y Raquel Roso Cañadillas*. Coordinadores: Prof. Dr. William E. Torrez Peralta* y D.^a Julieta Pellegrino Ruiz*. Coordinación de las

relaciones de los debates: Prof. Dra. Isabel Durán Seco*. Lugar: Facultad de Derecho de la Univ. de Alcalá, Alcalá de Henares, Madrid, España.

Este año serán ponentes invitados especiales el Prof. Dr. Mario Trapani* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. Roma Trè, Italia y socio de la FICP) y el Prof. Dr. Dr. h.c. Javier de Vicente Remesal* (Catedrático de Derecho Penal de la Univ. de Vigo, España, y Presidente de la FICP). El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en la sección de [Próximos eventos y cursos](#).

Acceso presencial restringido a invitados por razones organizativas. Desde esta edición del Seminario de 2023 los patronos y socios de la FICP no invitados presencialmente podrán seguir online las sesiones del Seminario solicitando su inscripción y el enlace del Seminario hasta el 19 de septiembre mediante correo dirigido a wtperalta@gmail.com. Hasta el 19 de septiembre se admitirán igualmente comunicaciones procedentes de socios de la FICP, siempre que se ajusten a las Normas de publicación. Las comunicaciones, que deberán enviarse a D.^a Julieta Pellegrino* (julieta.pellegrinoruiz@gmail.com) con copia a contacto@ficp.es, serán publicadas en las Actas del Seminario y en la revista Foro FICP.

▪ **I Jornada en homenaje al profesor Enrique Orts Berenguer**

Evento organizado por el Departamento de Derecho penal de la Univ. de Valencia. Comité organizador: Profs. Dres. Alonso Rimo, González Cussac*, Carbonell Mateu*, Roig Torres*, González Collantes, Colomer Bea, Valeije Álvarez, Guinarte Cabada, Suárez-Mira, Ferrandis Ciprián). Lugar: Sala Tomás S. Vives, Facultad de Derecho, Univ. de Valencia, España. El programa se encuentra disponible en nuestra página web, en [Noticias de los socios](#).

▪ **Máster de Formación Permanente sobre “Neuroderecho Penal: el sistema penal ante el desafío de la investigación sobre el cerebro”**

A partir del 22 de enero de 2024. Máster online, organizado por la Univ. Pablo de Olavide. Directores: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo*, Agnès Gruart i Massó y José M.^a Delgado García. Puede obtenerse más información sobre el programa y profesorado, así como sobre los plazos e inscripciones, en este [enlace](#). Matrícula abierta.

▪ **Curso de posgrado sobre “Derecho penal económico, Legal Tech y teoría del delito”**

8 – 24 de enero de 2024. Organizado por la Univ. de Castilla – La Mancha. Directores: Profs. Dres. Eduardo Demetrio Crespo* y Ágata M.^a Sanz Hermida.

Puede obtenerse más información sobre el programa y profesorado, así como sobre los plazos e inscripciones, en este [enlace](#). Matrícula abierta.