

TRABAJO FIN DE GRADO

Curso académico 2019 - 2020

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA
PROVOCACIÓN.
EL ART. 18 DEL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL.**

**The legal nature of the provocation.
Article 18 of the spanish criminal code.**

Alumna: Virginia Gutiérrez Espinosa.

Tutor: Juan Luis Fuentes Osorio.

Fecha: Enero, 2020.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROVOCACIÓN. EL ART. 18 DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

ÍNDICE

RESUMEN/ABSTRAC. PALABRAS CLAVE/ KEY WORDS.....	3
1. INTRODUCCIÓN	4
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROVOCACIÓN. CRITERIOS INTERPRETATIVOS	8
2.1 Naturaleza de resolución manifestada	10
2.2 Naturaleza de acto preparatorio	16
2.3 Naturaleza de tentativa de participación	20
2.4 Diferencias entre la provocación y la proposición	25
3. FUNDAMENTACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE LA PROVOCACIÓN.....	28
4. CONCLUSIONES	38
5. BIBLIOGRAFÍA.....	42
6. JURISPRUDENCIA	44

RESUMEN

El presente trabajo está orientado a recoger las distintas interpretaciones sobre la naturaleza jurídica ofrecidas por la doctrina en relación a la figura de la provocación tipificada por el artículo 18 del Código Penal español, así como poner de manifiesto los diferentes criterios que vienen fundamentando la punición por el legislador español de la misma. La cuestión de la naturaleza jurídica está, en general, circunscrita a la concepción de la provocación ya sea como resolución manifestada, naturaleza esta afirmada por muy pocos autores actualmente, aunque la jurisprudencia en diversas sentencias sigue otorgándole tal naturaleza, ya sea tratada como acto preparatorio, o bien, como tentativa de participación. Así, en el desarrollo del trabajo se plasmarán las argumentaciones propuestas por la doctrina y por la jurisprudencia españolas. Por su parte, para tratar el tema de la fundamentación de la punición de la provocación se recurre a la exposición de los criterios dados por la doctrina española.

ABSTRAC

The work is oriented to gather the different interpretations on the legal nature offered by the doctrine in relation to the provocation figure typified by article 18 of the Spanish Criminal Code, as well as to highlight the different criteria that support the punishment by the legislator Spanish of it. The question of legal nature is, in general, limited to the conception of provocation either as a manifested resolution, nature is affirmed by very few authors today, although jurisprudence in various sentences continues to grant such nature, whether treated as a preparatory act , or, as an attempt to participate. Thus, the arguments proposed by Spanish doctrine and jurisprudence will be reflected in the development of the work. In order to deal with the issue of the foundation of the puncture of provocation, the criteria given by Spanish doctrine are used.

PALABRAS CLAVE: actos preparatorios, conspiración, proposición, provocación, naturaleza jurídica de la provocación, resolución manifestada, tentativa de participación.

KEY WORDS: preparatory acts, conspiracy, proposition, provocation, legal nature of the provocation, manifested resolution, attempt to participate.

1. INTRODUCCIÓN.

Quisiera, en primer lugar, reproducir las palabras con las que inicia la introducción de su libro DEL ROSAL BLASCO, pues reflejan la esencia de mi tarea: “*El presente trabajo representa un intento de análisis de una institución de —muy a nuestro pesar— larga tradición en el Código penal y que, sin embargo, salvo muy contadas excepciones, no ha merecido más que una somera atención por parte de la doctrina española*”¹. Así las cosas, no es hasta el trabajo de RODRÍGUEZ MOURULLO (1968) que la cuestión de la naturaleza jurídica, y en general toda la problemática de los actos definidos en los arts. 17 y 18 CP (Código Penal Español), va a considerarse más detenidamente².

La etapa que va desde el momento en el que se crea la resolución de la comisión de un delito hasta su consumación se suele denominar *iter criminis*. El objeto de esta etapa es el estudio de cada una de las fases con relevancia penal que dan lugar a la aparición del delito. Proceso de realización del delito en el que cabe distinguir dos momentos distintos: la fase interna y la fase externa³. La primera tiene lugar íntegramente en la mente del sujeto y constituye los momentos en los que se formaliza la voluntad criminal, pudiéndose distinguir la ideación del delito, la deliberación y la resolución criminal. Por lo que respecta a la fase externa, la misma se inicia una vez se procede a exteriorizar la voluntad o resolución criminal. Sin embargo, esta exteriorización de la voluntad de delinquir no constituye, en todo caso, el fundamento de la punición, sino que se producirá con el comienzo de la ejecución. Así, en relación a los actos preparatorios se considera que no son punibles, a excepción de los previstos en los arts. 17 y 18 CP, a saber, la conspiración, la proposición, la provocación y la apología⁴.

De este modo, los actos preparatorios (no siempre concurrentes) suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución previsto en la Parte Especial

¹ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 23.

² Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 25.

³ Vid. REBOLLO VARGAS, 1997, p. 25.

⁴ FUENTES OSORIO (*La preparación delictiva*, Granada, 2007, p. 3) afirma que estas figuras representan formas de anticipación de la reacción punitiva pues son comportamientos que no comprenden una lesión del bien jurídico, no contienen una capacidad lesiva *ex ante*.

del Código Penal. Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices⁵, incitar a otro, son ejemplos de actos preparatorios. Pero, aunque a primera vista provoque, sencillamente, ubicarlos en un momento dentro del *iter criminis*, no deja de ser un problema aun no resuelto por la doctrina la averiguación de su concreta naturaleza.

Es por ello, que entre los objetivos que me he propuesto con la realización de este trabajo, es precisamente eso, indagar sobre la naturaleza jurídica de la provocación, figura que forma parte de los actos preparatorios punibles dentro de la legislación penal española, con la intención de arrojar un poco de luz en tan controvertido asunto⁶. Como asegura SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *“la naturaleza de estas figuras es controvertida en la doctrina. De acuerdo con la doctrina dominante, ya en relación al Código Penal anterior, constituyen actos preparatorios punibles. También en la opinión de un sector significativo nos hallamos ante formas previas de codelincuencia en el hecho consumado, actos preparatorios o formas imperfectas de ejecución de las formas de participación”*⁷.

Por su parte, afirma FUENTES OSORIO que, desde el inicio, la opción entre preparación o participación ha guiado las líneas de investigación que buscan dar una salida al problema, aunque la mayoría de las propuestas que se inclinaban por la preparación en realidad reconocían que las conductas enjuiciadas eran fases previas de la autoría o bien, fases previas de la preparación⁸. Asimismo, al ser la posición predominante aquella que otorga a estas

⁵ Vid. MIR PUIG, 2016, p. 346.

⁶ DEL ROSAL BLASCO (1986, p. 27) asegura que *“no dedicar la atención que se merece a la nada fácil cuestión de la naturaleza de estos comportamientos, supone no valorar la trascendencia que para el fundamento de su punición, o para la determinación de importantísimas consecuencias político-criminales, tiene semejante cuestión. Piénsese, por poner un ejemplo, en lo radicalmente diverso que puede ser el fundamento de la punición de la provocación si se entiende que ésta es un delito autónomo que lesiona efectivamente un bien jurídico determinado (por ejemplo, el orden público o la paz pública) o, por el contrario, si se entiende que es una forma de participación en un hecho ajeno, o un acto preparatorio. En el mismo sentido, piénsese en lo diversas que pueden ser las consecuencias político-criminales manteniendo una o otras posturas. Así, si la provocación es un delito autónomo, no queda más remedio que admitir, al menos en pura teoría, la tentativa o frustración de la provocación como punibles; o, igualmente, habría que admitir como punibles la inducción a la provocación o la complicidad, necesaria o no, en la provocación: comportamientos todos ellos a los que normalmente se les considera como penalmente irrelevantes”*.

⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, 1999, p. 62.

⁸ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 185. Por su parte, DEL ROSAL BLASCO (1986, vid. pp. 195 - 213) una vez descartada la provocación como un tipo autónomo, como un delito equiparable a los recogidos en la Parte Especial del Código, y considerándola, de forma alternativa, como causa de extensión de la pena, la distingue como una especie de tentativa, como una especial regulación de la participación y como acto previo a la ejecución del delito, esta última concepción a su vez se subdivide, como forma de resolución manifestada y como acto preparatorio del delito. Así, afirma que *“estas cuatro posibilidades son las que vamos ahora a considerar para resolver el problema, aún pendiente, de la naturaleza jurídica de la provocación para cometer el delito”*.

conductas el carácter de “actos preparatorios punibles”, esto provoca que se estudien partiendo de la base de que son formas de preparación. Pero a medida que se estudiaban se llegaba a la conclusión de que podían ser algo más que una preparación, pues no se puede negar su conexión con la participación delictiva. Esta conexión se centra en dos características comunes que poseen tanto la preparación como la participación delictiva: ambas son conductas que no representan un inicio de la ejecución del delito de referencia y su capacidad lesiva no es directa sino que posee un carácter mediato, lo que requerirá una actividad posterior para lograr este objetivo. Pero a esto hay que añadir que toda conducta preparatoria no tiene porque ser siempre no-ejecutiva, pues tal y como afirma FUENTES OSORIO la actividad de facilitar un hecho delictivo puede ser abarcada por el marco de significado típico y por ello suponer un inicio de ejecución. También una conducta que materialmente tiene carácter preparatorio en relación con un bien jurídico puede que represente ya una lesión para otro bien jurídico de referencia⁹.

Pues bien, teniendo en cuenta todas estas cuestiones, el presente trabajo se ha estructurado en dos partes claramente diferenciadas, por un lado he abordado el estudio de la naturaleza jurídica de la provocación atendiendo a los distintos criterios interpretativos dados por la doctrina y, en segundo lugar, se procurará aportar una fundamentación a la punición de la figura de la provocación del art. 18 del Código Penal español. Aunque, en relación a la naturaleza jurídica de la provocación se debe advertir, según afirma FUENTES OSORIO, que debido a la diferente redacción que ésta tenía en el CP de 1944/73 (art. 4.3) algunas de las apreciaciones doctrinales y jurisprudenciales realizadas antes de 1995 no se ajustan al nuevo Código penal, lo que ha provocado el lógico cambio de posicionamiento de algunos autores¹⁰.

Tras una introducción, el segundo punto de este trabajo está dedicado al estudio y exposición de las posibles interpretaciones doctrinales en relación a la naturaleza jurídica de la provocación. El epígrafe se inicia con un resumen de la evolución legislativa que ha sufrido en España la figura en estudio, desde la primera vez que fue tipificada en la legislación penal española en 1870 hasta su actual redacción dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁹ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 5.

¹⁰ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 281.

A continuación ya se puede encontrar el desarrollo de la provocación entendida como resolución manifestada, teoría esta seguida por algunos autores y, como contraposición, se exponen las críticas realizadas por otros autores a tal naturaleza. El ideólogo y principal defensor de la concepción de la provocación como resolución manifestada es JIMÉNEZ DE ASÚA, el cual afirma que la provocación es una manifestación de la voluntad, un acto no material y meramente verbal. Este autor distingue dentro del iter criminis, entre fase interna, resoluciones manifestadas —que comprenden a la conspiración, la proposición y la provocación— y fase externa, donde incluye los actos preparatorios, la tentativa, la frustración, la consumación y el agotamiento del delito. También se tratará la naturaleza de la provocación como acto preparatorio. Como parte final de este punto, se expondrá la argumentación doctrinal en relación al tratamiento de la provocación como una tentativa de participación.

Por último, a lo largo del tercer punto se tratará de determinar en dónde reside el fundamento de la punición de la provocación y cuál es la justificación —si es que existe alguna— de ese castigo. Concluye el trabajo con la exposición de las conclusiones a las que se llega.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROVOCACIÓN. CRITERIOS INTERPRETATIVOS.

El origen de la punición penal de actos de provocación lo encontramos en el CP de 1870 cuando se incorporan a éste preceptos que tenían su origen en la legislación especial de prensa e imprenta¹¹. En la Parte Especial del Código, al final del Libro II dedicado a los delitos en particular, bajo el Título XV designado “Disposiciones generales” los arts. 582 y 583¹² introducen el castigo de quien provoque directamente por medio de la imprenta a la perpetración de los delitos comprendidos en dicho Código, se prevé la pena inferior en dos grados a la señalada para el delito, y para el caso de que la provocación vaya seguida de perpetración del delito se impondría la pena inferior en grado a la señalada para el delito¹³. El CP de 1928 regula la provocación en la Parte General del Código a través de su art. 43¹⁴, procediendo a la ampliación de su contenido.

El CP de 1932, promulgado en tiempos de la segunda República, retoma el sistema del CP de 1870.

A continuación, la reforma efectuada en 1944 varía de nuevo la definición de la provocación al caracterizarla en el art. 4 como la incitación de palabra, por escrito o impreso, u

¹¹ DEL ROSAL BLASCO (1986, pp. 35 - 36) expone que “la provocación para cometer delito, que en nuestro Código penal vigente encuentra su ubicación sistemática en el párrafo tercero del artículo 4, hunde sus raíces en la legislación especial de prensa e imprenta del siglo XIX. La necesidad de ahormar la libertad de expresión ejercida por la prensa, de limitar y reprimir sus “excesos”, llevó a los legisladores decimonónicos a crear toda una serie de disposiciones en las que contenían diversas figuras delictivas — los llamados hasta el Código penal de 1870 “delitos de imprenta”— que fueron creando los antecedentes legislativos de algunas de las instituciones que hoy integran nuestro Código penal, y entre las que se cuentan, precisamente, la provocación para cometer delito”.

¹² Art. 582 CP 1870: “Los que provocaren directamente por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados a la señalada por el delito. Art. 583 CP 1870: “Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, la pena de la provocación será la inmediatamente inferior en grado a la que para aquél esté señalada”.

¹³ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 12.

¹⁴ 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”.

otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito y, si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigaría como inducción.

El proyecto de reforma de 1980, ya en el marco de la Constitución Española de 1978, declara que la provocación sólo se castigará en los casos especialmente previstos por la ley, mantiene la definición tal y como la hacía el CP de 1944 y en el art. 23 introduce la apología¹⁵. Finalmente, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal tipifica, en su art. 18, el vigente concepto de provocación, el cual establece en su apartado primero que la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. El apartado segundo de dicho artículo determina que la provocación se castigará exclusivamente en los casos en que el Código Penal así lo prevea y si la provocación es seguida de la perpetración del delito, ésta se castigará como inducción.

Tras esta breve introducción sobre la evolución legislativa de la provocación en España, procede ya tratar la problemática de su naturaleza jurídica.

Afirma BARBER BURUSCO que *“tanto la doctrina alemana como la española contemporánea comparten, al menos mayoritariamente, que en el aspecto sistemático el § 30 del StGB (Código Penal Alemán) y los arts. 17 y 18 CP, no son tipos independientes sino disposiciones pertenecientes a las Parte General del Derecho Penal que posibilitan la extensión de la pena respecto de los delitos graves en el Derecho alemán, y de un grupo determinado de delitos en el Derecho español”*¹⁶. Por su parte, FUENTES OSORIO también indica que este tipo no es formalmente autónomo: se tiene que vincular el precepto con otros tipos para poder establecer la sanción que le corresponde. Para él es evidente que existe una vinculación imprescindible con un tipo de la parte especial (incluido dentro del grupo cerrado fijado por el legislador) que permite la persecución de estas conductas en relación con unos delitos concretos¹⁷.

¹⁵ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 15.

¹⁶ BARBER BURUSCO, 2004, p. 31.

¹⁷ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, p. 18.

A su vez, la provocación puede ser entendida, según la doctrina penal española, de forma general, como resolución manifestada, como acto preparatorio del delito y, finalmente, como tentativa de participación. A continuación se explicará en profundidad las distintas naturalezas.

2.1 Naturaleza de resolución manifestada.

La denominación de “resolución manifestada” para caracterizar a la provocación es introducida en nuestro derecho por JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁸.

DEL ROSAL BLASCO explica que para JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado de Derecho Penal, Tomo VII, 1977, pp. 261-263) “*la resolución manifestada es una manifestación de voluntad, que presupone que el sujeto ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico*”. La conspiración y la proposición —que son las resoluciones manifestadas tradicionalmente castigadas, aunque surgen otras como la *provocación, instigación, excitación*, etc.— son resoluciones manifestadas, y no hay otro remedio técnico que considerarlas como tales, porque, a diferencia de los actos preparatorios, que son actos externos y materiales, éstas son actos no materiales, actos meramente verbales. Son actos de voluntad de delinquir, aunque no constituyen actos de voluntad criminal. En ellos se ha adoptado la resolución de perpetrar un delito y al darla a conocer a otros, esa resolución ha salido del fuero interno y *se ha manifestado*; pero no han dado comienzo aún los actos materiales para ejecutar el propósito¹⁹. En definitiva, este autor establece una diferenciación entre resoluciones manifestadas y actos preparatorios, introduciendo así tres fases en el iter criminis —a saber, fase interna, resoluciones manifestadas y fase externa, ésta a su vez estaría compuesta por actos preparatorios, tentativa, frustración, consumación y agotamiento²⁰— ubicando la conspiración, la proposición y la provocación dentro del contexto de las resoluciones manifestadas.

¹⁸ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 50.

¹⁹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 207. Cursiva original.

²⁰ Vid. ORTS BERENGUER, 1982, pp. 483 - 484.

Sin embargo, pese a lo dicho, JIMÉNEZ DE ASÚA se muestra contradictorio cuando trata de definir cuál es concretamente la naturaleza jurídica de la provocación. Así, en otro lugar de su obra, afirma que la provocación más que auténtica resolución manifestada es una forma de inducción que trata de englobar incluso la no seguida de cumplimiento, criterio que vuelve a rectificar cuando señala que en realidad la provocación no es más que una especie de la proposición, una forma intermedia entre la proposición y la inducción. *“Es proponer inclinando, pero sin llegar a convencer. Si se moviera la voluntad tendríamos la inducción”*²¹.

La tesis de la resolución manifestada es seguida para la conspiración, proposición y provocación por LUZÓN DOMINGO y únicamente para la conspiración y la proposición por RODRÍGUEZ DEVESA, pues para este autor al no exigirse conceptualmente la realización de acto alguno, salvo la exteriorización del propósito criminal, no se ha rebasado aun este estadio²².

Asimismo, LUZÓN CUESTA no parece discrepar de la existencia de esta fase del iter criminis, pues afirma que superada la fase interna del delito, una vez aparezca la resolución delictiva, aunque antes de comenzar la fase ejecutiva, nos podemos encontrar con una zona intermedia, que aunque no necesaria, estará formada por los actos preparatorios y por las llamadas resoluciones manifestadas. Según él, aunque algunos autores no establecen una diferenciación entre actos preparatorios y resoluciones manifestadas, los primeros son actos externos materiales y éstas no son materiales, sino simplemente verbales. *“Las llamadas resoluciones manifestadas tienen en común el no ser comienzo de ejecución, por cuanto, conforme a las doctrina de BELING, no afectan al núcleo del tipo. Suponen que, superada la fase interna, el sujeto realiza un acto de voluntad, o más bien, un acto de manifestación de voluntad”*²³.

Por otra parte y en contra de la idea de considerar a la provocación como resolución manifestada hay numerosos argumentos que se han puesto de manifiesto por la doctrina y que aconsejan rechazarla.

²¹ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 208.

²² Vid. ORTS BERENGUER, 1982, nota 21, p. 487.

²³ LUZÓN CUESTA, 2019, pp. 184 - 185.

Así, QUINTANO RIPOLLÉS considera que esta nueva categoría de “resoluciones manifestadas” complicaría el ya suficiente complejo proceso del *iter criminis*. Afirma, que en tales resoluciones existe, en todo caso, una preparación externa de la actividad delictiva que todavía no se encuentra en fase ejecutiva, por lo que la consideración como actos preparatorios sería más correcta, quedando impunes tan sólo los de ideación interna²⁴. Por su parte, puntualiza RODRÍGUEZ MOURULLO que “*la denominación de resolución manifestada no destaca suficientemente el contenido sustancial, por ejemplo, de la proposición y provocación, donde no hay solo una manifestación de la resolución adoptada, sino una actuación —invitación o incitación— tendente a determinar a otra persona a la ejecución del hecho*”²⁵. En opinión de DEL ROSAL BLASCO no parece adecuado atribuir a la conspiración, la proposición y la provocación la naturaleza de resoluciones manifestadas y, en consecuencia, descarta definitivamente tal posibilidad.

Para ORST BERENGUER la denominación correcta sería la de “simples resoluciones manifestadas”. Entiende este autor que la distinción entre simple resolución manifestada y acto preparatorio propiamente dicho puede mantenerse, aunque desde presupuestos radicalmente diferentes a la consideración de las resoluciones manifestadas (comprendidas, según entiende JIMÉNEZ DE ASÚA, por la conspiración, la proposición y la provocación) como actos puramente verbales y de los actos preparatorios como hechos externos y materiales. Afirma que “*si preparar, en su significado gramatical, equivale a prevenir, disponer una cosa para que sirva a un efecto o, lo que es lo mismo, abrir el camino a la realización de una cierta acción, es obvio que tal cosa puede llevarse a cabo verbal o materialmente. En cambio, la mera manifestación de la resolución delictiva puede efectuarse sin finalidad ni la virtualidad de allanar el terreno a la posterior ejecución y, en este sentido, no preparar nada*”²⁶. Para él, las simples resoluciones manifestadas son exteriorizaciones del propósito criminal desprovistas de vocación preparatoria y, por otra parte, considera a la conspiración, la proposición y la provocación como actos preparatorios.

BARBER BURUSCO discrepa, asimismo, de la tesis mantenida por JIMÉNEZ DE ASÚA y, por extensión, de los planteamientos de RODRÍGUEZ DEVESA, pues entiende que

²⁴ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 209.

²⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, 1968, nota 5, p. 278.

²⁶ ORST BERENGUER, 1982, p. 487.

no parece adecuada la idea de emplear una categoría intermedia entre la fase interna y la externa para caracterizar a estas figuras, ya que como actos de comunicación, son los mismos y al menos en un sentido natural totalmente externos. Concluye diciendo que este autor parece reservar el concepto de preparación para los llamados actos preparatorios impunes y para aquellos otros que, según su terminología, contienen una infracción de la objetividad jurídica que permite calificarlos como delitos “*sui generis*”²⁷.

Por su parte, FUENTES OSORIO afirma que la principal crítica que se le puede hacer a esta teoría es que aunque la clasificación del iter criminis que realizan estos autores pueda tener cierta coherencia, ya que es posible, por lo menos teóricamente, que haya una fase situada entre la preparación y la fase interna, lo que no se puede afirmar es que la provocación, proposición y conspiración se incluyan en esa fase. Estas conductas se caracterizan por la presencia de una expresión de la voluntad que refleja una cierta intención delictiva, por lo que no se puede reducir su naturaleza a un marco tan estrecho. Para él no es correcto identificar el carácter verbal de una manifestación con la falta de relevancia penal y con ausencia de voluntad delictiva ejecutiva, tal y como se afirma, ya que una expresión verbal puede suponer una forma de lesión, una puesta en peligro del bien jurídico objetivamente relevante y, además, hay actos verbales con los que se puede considerar que ya se ha comenzado la ejecución del propósito²⁸. *“Asimismo, el contenido subjetivo que contenga ese acto verbal es muy variado: puede ser una simple expresión carente de seriedad, contener una mera intención preparatoria de creación de las condiciones de una actividad criminal, poseer una intención ejecutiva trascendente a la misma acción, e incluso una voluntad ejecutiva. Por consiguiente, y en lo relativo a la preparación, pueden existir tanto resoluciones manifestadas que no sean actos preparatorios del delito como otras que sí lo sean (objetivamente adecuadas y tengan impresa una intención preparatoria)”*²⁹. En su opinión, nos podremos encontrar con manifestaciones que no integren la categoría de acto preparatorio pero que lo serán por sus características objetivas y subjetivas (porque no faciliten una acción delictiva, o no contengan una voluntad penalmente relevante) y no meramente por tener un carácter verbal. Si las conductas no van acompañadas de una acción con voluntad preparatoria, son meras reflexiones cuyo objeto supone comportamientos típicos, es decir, si los actos preparatorios punibles son simples manifestaciones (objetivamente

²⁷ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 53.

²⁸ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 186.

²⁹ FUENTES OSORIO, 2007, p. 188.

irrelevantes) de una voluntad delictiva, que no llevan aparejadas una intención criminal se está negando una justificación a su persecución. En definitiva, no será posible legitimar la punición de comportamientos que de forma objetiva se encuentran tan alejados del bien jurídico protegido y en los que todavía no existe una resolución delictiva ni tan siquiera preparatoria. Concluye su argumentación este autor afirmando que *“no se puede defender esta concepción de la naturaleza —de resolución manifestada— del acto preparatorio y mantener al mismo tiempo su punición como viable. Si se sostiene esta postura sólo puede ser para mostrar cómo el legislador está acabando con la libertad del ciudadano mediante su intromisión en la esfera interna”*³⁰.

También podemos encontrar en la jurisprudencia española alusiones a esta naturaleza de la provocación como resolución manifestada. Así, la STS (Sala de lo Penal) de 16 de noviembre de 1987, en un supuesto de provocación para cometer un delito de falsedad en documento mercantil, en su fundamento de derecho primero expone que *“la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir, son etapas o fases del «iter criminis», que, unos, denominan actos preparatorios, mientras que, hoy día, se prefiere llamarlas resoluciones manifestadas, las cuales, en los Códigos Penales de 1848, 1870 y 1932, se castigaban tan solo en relación con pocas y determinadas infracciones, mientras que, los Códigos Penales de 1850 y 1944, las punen en todo caso y en relación con cualquier especie delictiva”*.

Asimismo, en la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1994/2002 de 29 de noviembre se señala, en el fundamento de derecho primero, que *“el art. 17 y 18 del Código Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición.”*³¹. Vemos aquí como el Tribunal Supremo asume totalmente la tesis

³⁰ FUENTES OSORIO, 2007, pp.188 - 189.

³¹ En la SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 214/2011 de 17 mayo, en un caso de conspiración para cometer el delito de detención ilegal de funcionario público y de lesiones, en su fundamento primero, párrafo segundo, se asume exactamente la misma argumentación, tratando como resoluciones manifestadas los actos comprendidos en los arts. 17 y 18 del CP: *en efecto, los artículos 17 y 18 del Código Penal contemplan lo que doctrinalmente se ha venido llamando resoluciones manifestadas de voluntad, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo*

de JIMÉNEZ DE ASÚA, tratando las figuras que contienen los arts. 17 y 18 del CP como manifestaciones de voluntad y dotándolas de una naturaleza inmaterial³².

del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios. Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarían estas últimas cuando de forma expresa lo prevea la ley. Asimismo, en su párrafo tercero se incluye la siguiente argumentación: La S.T.S. 556/2006 de 31 de mayo (citada en la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 29 de diciembre de 2.010) recuerda que "es doctrina constante que los conspiradores han de desarrollar una actividad precisa y concreta, que se manifieste en una realidad material y tangible, y que ponga de relieve la voluntad conjunta de delinquir, dirigida hacia la ejecución de un hecho concreto..." y que "...la conspiración para delinquir, prevista genéricamente en el artículo 17.1 del Código Penal, existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, perteneciendo a la categoría de las resoluciones manifestadas. Ya se trate de una fase del "iter criminis" anterior a la ejecución -entre la mera ideación impune y las formas ejecutivas imperfectas-, ya se considere una especie de coautoría anticipada, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, en todo caso es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría la presencia en grado de coautores o coparticipes de un delito intentado o consumado". Asimismo, la SAP de Valencia (Sección 2ª) núm. 462/2019 de 30 septiembre, en su fundamento de derecho octavo, en un caso de conspiración para secuestro en concurso con delito de conspiración para robo con violencia en casa habitada, acoge una argumentación donde considera a esta figura como resolución manifestada, afirmando lo siguiente: Por lo que respecta a la conspiración como dice la STS 149/2017 de 9 de marzo en su Fundamento Jurídico Noveno, "Los arts. 17 y 18 del Código Penal contemplan lo que doctrinalmente se han venido llamando resoluciones manifestadas de voluntad, que tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad, cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios". Tanto respecto a los actos preparatorios, como a las resoluciones manifestadas, rige la norma general de la no punición. Sólo excepcionalmente se castigarán estas últimas cuando de forma expresa lo prevea la ley (véase el art. 17-3º y 18-2º CP). También la STS (Sala de lo Penal. Sección 1ª) 457/2019 de 8 de octubre, en un caso de perpetración de delitos contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas, expone la misma argumentación en su fundamento de derecho cuarto, diciendo lo siguiente: El artículo 373 del Código Penal sanciona la provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 368 a 372 del mismo texto legal, fijando el artículo 17 que la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La conspiración pertenece así a la categoría de las resoluciones manifestadas y se caracteriza por la conjunción del concierto previo y la firme resolución de cometer el delito, siendo incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado (STS de 10 de marzo de 2000). La conspiración a que se refiere el art. 17 del Código Penal tipifica las doctrinalmente llamadas resoluciones manifestadas, que tienen de común con los actos preparatorios el que no contienen un principio de ejecución, colocándose en un estadio anterior a la tentativa, vertebrándose tales resoluciones manifestadas por la existencia de un concierto de voluntades de varios en orden a la ejecución de un delito, en este caso, de tráfico de drogas.

³² Por su parte BARBER BURUSCO (2004, nota 154, p. 54) también hace alusión a la siguiente jurisprudencia: "en la STS de 29-9-80 en un supuesto de delimitación entre tentativa y conspiración para el delito de robo, el Tribunal afirma "que, marginado los escasos supuestos en los que el delito surge a la vida jurídica de modo instantáneo, normalmente, a su consumación precede una fase de ideación, otra de preparación o de resoluciones manifestadas —conspiración, proposición, provocación— y una última integrada por la tentativa y la frustración". En la STS de 10-10-80 se da una doble naturaleza y se afirma que "la proposición, conspiración y provocación para delinquir, que el CP castiga, con carácter general, en todos los delitos —arts. 3º y 52— son actos preparatorios criminalizados o resoluciones manifestadas no incompatibles con el delito de sedición, pues son características de su fase de preparación, indispensables generalmente para recorrer nuevas etapas o fases del delito". La STS de 14-11-84 en un supuesto de conspiración se habla de "grado de resolución manifestada o acto preparatorio", dando de nuevo una doble naturaleza, lo que a mi entender no hace mas que provocar confusión, pues dos naturalezas no se puede tener".

Por otra parte, la STS (Sala de lo Penal) 1078/2012 de 8 de noviembre, en su fundamento de derecho tercero, establece — con referencia a la STS núm. 440/2006 de 7 de abril— que *“conspiración, proposición y provocación al delito tienen en común con los actos preparatorios el quedar fuera de la ejecución o materialización del delito, en tanto en cuanto no afectan al núcleo del tipo, ya que el sujeto realiza una manifestación de voluntad cuya naturaleza inmaterial les distingue de los auténticos actos preparatorios”*. En relación a esta sentencia, PÉREZ DEL VALLE mantiene que tal afirmación es incorrecta y que resulta ambiguo afirmar que los actos tienen “hasta cierto punto” naturaleza de actos preparatorios. Esta imprecisión según él tiene su origen en JIMÉNEZ DE ASÚA el cual pretendía mostrar que la mera manifestación verbal era menos que un acto preparatorio³³.

2.2 Naturaleza de acto preparatorio del delito.

También encontramos autores que otorgan, por el contrario, naturaleza de acto preparatorio a la provocación. RODRÍGUEZ MOURULLO, ya desde el inicio, toma posición respecto a la cuestión relativa a la naturaleza de las conductas tipificadas en los actuales artículos 17 y 18 CP, afirmando lo siguiente: *“cuando hablamos en el título del presente trabajo de actos preparatorios, queremos referirnos concretamente a la conspiración, proposición y provocación”*. Y continua diciendo que en nuestro país es tradicional calificar tales conductas como actos preparatorios³⁴. Para este autor, dichas conductas son actuaciones externas dirigidas a la comisión de un delito, pero que no implican todavía un principio de ejecución, lo que explica que tradicionalmente se las califique entre nosotros de actos preparatorios. En su opinión, no cabe incluir estas conductas en el concepto de tentativa y tampoco es recomendable de *lege ferenda* ampliar su concepto con objeto de incluir en ella a la provocación³⁵.

Desde el punto de vista de DEL ROSAL BLASCO el carácter moral o material de los actos del artículo 4 del CP de 1944/73 no es lo que en realidad los define, porque, y siguiendo a ORTS BERENGUER, no siempre van a consistir en manifestaciones puramente verbales.

³³ Vid. PÉREZ DEL VALLE, 2016, pp. 264 - 265.

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 278.

³⁵ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 279.

Para él, lo que definitivamente les define es el carácter preparatorio que ostentan, es decir, en ellos ya ha empezado a recorrerse el camino hacia la realización del hecho delictivo, aunque todavía no se ha entrado en la fase ejecutiva. La denominación que se le quiera dar tendrá ya un carácter secundario, actos preparatorios de la autoría o de la participación. La provocación para cometer delito es, por tanto, un acto preparatorio de éste, cuyo contenido estaría integrado por acciones susceptibles de convertirse en actos de participación (tentativa de inducción, inducción anticipada, inducción fracasada, inducción no seguida de realización, inducción frustrada, forma de participación anticipada o pre-estadio de la participación)³⁶.

DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO (1995, págs. 1520 y s., 4779) tras defender que son actos preparatorios, luego sostiene que la conspiración, la proposición y la provocación pueden ser formas de participación no consumadas. Asimismo, en un trabajo posterior afirma que nos hallamos ante actos preparatorios, es decir, actos que forman parte del *iter criminis*, esto es, del proceso que culmina con la consumación del delito. Los incluye en una segunda fase, que sería la preparatoria, compuesta por los actos de uno o varios sujetos que han resuelto la perpetración (por sí mismos o dejándosela a otros) de un delito, los cuales trascienden al exterior, aunque todavía no son constitutivos de actos de ejecución, pudiéndose ser de diversa índole³⁷ y, en lo que aquí interesa, nombra a la provocación.

Por su parte, afirma BARBER BURUSCO que nuestra doctrina, desde el CP de 1948, viene estudiando estas figuras desde la perspectiva del *iter criminis*, caracterizándolas de actos preparatorios³⁸. En su opinión, no es problemático mantener la denominación genérica de actos preparatorios punibles para designar a la provocación, se pronuncia así a favor de la tesis que podríamos calificar de más tradicional, la que contempla a la provocación como conducta previa a la ejecución del delito, como acto preparatorio, aunque esta afirmación no implique, por el contrario, que no se pueda admitir una oposición, en el sentido de alternativa, a su consideración como “acto de participación”³⁹, aunque finalmente termina por decir respecto de la provocación que, tal y como ha quedado redactada por el CP de 1995, no admite que esta figura sea definida como una inducción previa, aunque podrían establecerse puntos de contacto con ésta y aceptarse

³⁶ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, pp. 212 - 213. En el mismo sentido REBOLLO VARGAS, 1997, pp. 74 - 75.

³⁷ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2002, p. 300.

³⁸ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 56.

³⁹ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 86.

que nos encontramos ante un precepto que complementa las disposiciones relativas a la inducción pero solo respecto de determinados delitos⁴⁰.

Como vemos, y tal y como argumenta FUENTES OSORIO, la mayor parte de los esfuerzos que se han hecho para determinar la naturaleza jurídica de la figura de la provocación han sido imprecisos e insuficientes. En su opinión, por una parte se centraban en una nota intensional: preparatoria es toda conducta no ejecutiva. También se afirmaba que “actos preparatorios” se correspondían con un grupo de conductas recogidas en los arts. 17 y 18 CP. Esto conducía en la práctica, salvo que se determinara claramente que nos encontrábamos ante una tentativa o bien no podía encuadrarse la conducta dentro del catálogo establecido por la doctrina, a la imposibilidad de saber con certeza si el comportamiento era preparatorio y por qué⁴¹. Para este autor la solución que paliaría la vaguedad del término “acto preparatorio” vendría dada mediante el establecimiento de un concepto estipulativo de este acto realmente preciso, ello a través de la aportación de ciertas “*coordinadas intencionales recíprocamente interrelacionadas*”⁴². De esta forma la aportación de este “*concepto facilitaría la identificación de estos comportamientos y permitiría, al mismo tiempo, conocer el esquema normativo que le es aplicable*”⁴³. Afirma que la ausencia de notas que puedan permitir reconocer intensionalmente un acto preparatorio ha provocado que no exista un teoría de la preparación igual a la prevista para la intervención delictiva o la tentativa y, como consecuencia de ello, se ha otorgado a los estudiosos del derecho penal un amplio campo de acción en el cual es posible encajar todo tipo de conductas, las cuales no tienen necesariamente naturaleza preparatoria, pero facilita la justificación de la intervención penal. En consecuencia, la definición que este autor aporta es la siguiente: conducta preparatoria es aquella mediante la cual un sujeto facilita o hace posible, crea las condiciones óptimas y/o se pertrecha de los instrumentos necesarios para la realización del delito planeado, con la cual el autor no ha comenzado todavía la ejecución del tipo, esto es, no ha alcanzado el grado de tentativa. Por tanto, para él son tres los elementos que caracterizan la vertiente objetiva del acto preparatorio: es un comportamiento con escasa relevancia objetiva pues no está dotado de capacidad lesiva suficiente para poder lesionar o poner en peligro el bien jurídico directamente; es el paso intermedio que hace posible la

⁴⁰ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 87.

⁴¹ FUENTES OSORIO, 2007, p. 11.

⁴² FUENTES OSORIO, 2007, p. 12.

⁴³ FUENTES OSORIO, 2007, p.12.

ejecución que se limita a tener un carácter condicional con referencia a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que ha sido planeada, la cual facilita; y por ello normalmente es una conducta no-ejecutiva. Por su parte, la vertiente subjetiva del acto preparatorio vendrá determinada por el conocimiento de que la conducta efectuada sólo es capaz de crear los requisitos necesarios para comenzar la ejecución (o para pasar a otra fase preparatoria), unido a la voluntad de facilitar la ejecución de un hecho delictivo, esto desde un planteamiento donde la preparación ha sido tipificada como extensión del injusto formalmente no autónoma⁴⁴. Por otra parte, explica que de forma habitual la provocación se ha definido como acto preparatorio porque se afirmaba que preparatoria es aquella conducta que, según un criterio formal, no es una tentativa o una consumación del tipo. Con ello se estaba sosteniendo que los actos preparatorios punibles eran pre-estadios de la tentativa. Pero no es obligatorio entender la provocación como un pre-estadio de la tentativa, pues puede constituir un acto pre-ejecutivo de la conducta principal, pero también (y ello dependerá de cómo se interprete la redacción de cada figura) puede ser pre-ejecutivo de la participación⁴⁵. Asimismo, para él la provocación contiene una forma de incitación a la realización de delitos. Esto impide sistematizar y analizar exclusivamente desde la perspectiva de la preparación conductas que cuando van acompañadas de una acción principal se transforman en inducciones consumadas y que, por ello, son a primera vista formas imperfectas de la participación. Para él la condición necesaria para que la preparación pueda abarcar las fases previas de la autoría y las de la participación ha sido practicar una variación en el sistema dual dominante (que diferencia entre autoría y participación). Ha mantenido que una inducción o una complicidad serán un acto preparatorio cuando a través de una incitación o ayuda se facilite la realización de la conducta propia o ajena. Aunque, como únicamente propone una alteración y no una sustitución del sistema dual, las preparaciones que vayan acompañadas de una conducta principal se convertirán en una autoría o en una participación⁴⁶. En su opinión, tras introducir el binomio preparación del hecho propio y ajeno, la fijación de la provocación como acto preparatorio precisará demostrar que con este comportamiento es posible preparar una futura actividad delictiva. De este modo, cuando se considere que son conductas mediante las cuales se puede preparar una actividad delictiva habrá que prescindir de la normativa de la teoría de la participación (por ejemplo, ya no se podrá hablar de tentativas de inducción) y se tendrá que acudir a la normativa propia de la teoría del

⁴⁴ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 105.

⁴⁵ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 205.

⁴⁶ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 199.

iter criminis. Concluye afirmando que “un intento de definición de los actos preparatorios punibles como formas de preparación no se puede limitar a usar preparación como un término genérico que aglutine a toda conducta pre-ejecutiva (ya sea de la autoría o de la participación). La cuestión consiste en partir de la distinción entre el binomio preparación del hecho propio/ajeno y, una vez aceptado este punto, habrá que establecer si la proposición, provocación y conspiración pueden ser modos de preparar un delito y, si esto es posible, se ha de aplicar la normativa propia de la preparación a estas figuras”⁴⁷. Aunque a esto habría que añadir que en fases tan tempranas del proceso delictivo resulta casi imposible distinguir si lo que se pretende es una preparación del delito o bien, una tentativa de participación: normalmente hay una evidente complejidad para determinar cuál es el beneficiado de la acción y aparte de esto, la descripción típica no se vincula con el elemento “sujeto beneficiado”⁴⁸.

2.3 Naturaleza de tentativa de participación.

DEL ROSAL BLASCO cuando trata la cuestión de la provocación como una especial regulación de la participación comienza diciendo que esta hipótesis implica la aceptación de que en esta figura encontramos un comportamiento que es susceptible de transformarse en un acto de la participación, es decir, una conducta de participación anticipada, de tentativa de participación, a la cual se le aplicaría la normativa propia de la participación. Expone, siguiendo a otro autor italiano (BETTIOL), que los supuestos recogidos en el artículo 4, párrafo tercero (CP 1944/73)⁴⁹ son los de *inducción frustrada* e *inducción consumada*. Los primeros se asimilarían a aquellos casos en los que el instigado recibe la incitación pero no es aceptada y los segundos serían aquellos casos en los que aun cuando el incitado hubiere aceptado la incitación, sin embargo no habría tenido lugar el comienzo de la ejecución⁵⁰. Pero asegura que la utilización de estos términos resulta poco conveniente, porque lo que caracteriza a las

⁴⁷ FUENTES OSORIO, 2007, p. 200.

⁴⁸ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, p. 15.

⁴⁹ El artículo 4 del Decreto de 23 de diciembre de 1944 por el que se aprueba el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1994 establecía en su párrafo tercero lo siguiente: “La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, 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”.

⁵⁰ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 200. Cursiva original.

conductas es precisamente la ausencia en ella de actos ejecutivos. Aunque afirma que si se tienen en cuenta tales consideraciones y no existe confusión sobre los conceptos de la teoría del *iter criminis* en relación a los delitos, respecto o en relación a lo que es una utilización de la terminología y las estructuras lógicas de la teoría del *iter criminis* para explicar de una manera mejorada los fenómenos que se producen y los problemas que se plantean dentro de la teoría de la participación, parece entonces que no habría objeción a la hora de afirmar que dentro del párrafo tercero del artículo 4 (CP 1944/73) podrían recogerse supuestos de tentativa de participación o de inducción frustrada. Aunque existe un grave inconveniente, pues no se tiene en cuenta el principio de accesoriedad de la participación. Por consiguiente, se muestra en contra de la pertenencia de la provocación a la teoría de la participación por la ausencia de un hecho principal del que derivar su contenido de injusto. La participación se rige por el principio de accesoriedad, y éste debería ser aplicado a la provocación si es que ésta perteneciera realmente a la teoría de la participación. Asegura que la participación implica una intervención en el hecho ajeno y si éste falta no podrá darse dicha participación⁵¹. De esta forma, teniendo en cuenta la necesidad de existencia de un injusto principal al que referir el propio injusto de la provocación, le resulta imposible afirmar la pertenencia de esta figura a la teoría de la participación, ya que principalmente lo que define a este comportamiento es la ausencia de un hecho principal. Termina argumentado que el legislador ha prescindido del principio de accesoriedad porque realmente no está regulando supuestos de participación en un hecho ajeno, sino determinados actos preparatorios que a su entender resultan especialmente peligrosos.

Comienza GÓMEZ RIVERO en su trabajo (donde analiza la conspiración, proposición y provocación tras la publicación del nuevo CP de 1995) afirmando que “*el nuevo Código Penal dedica en sede de disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, en el Libro I, Capítulo I, dos artículos, el 17 y 18, a las formas de participación intentada*”⁵² (sin más, evitando dar una explicación por la que atribuye a estas figuras tal denominación como formas de participación intentada). Sin embargo, más adelante y como consecuencia de la redacción dada a la provocación por el CP de 1995 como una incitación pública, en su opinión, esto va a provocar “*la expulsión de su ámbito típico de una de las formas de participación intentada que en la regulación anterior podía reconducirse a la misma*”, refiriéndose con ello a la tentativa

⁵¹ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 205.

⁵² GÓMEZ RIVERO, 1996, p. 1624.

de inducción. Explica que al producirse la inducción dentro de una relación interpersonal (entre inductor e inducido), ahora, con la nueva regulación, la tentativa de inducción pierde la posibilidad de ubicarse en la provocación, con el efecto de que lo previsto en el art. 18 *in fine* CP pierde el valor aclaratorio o meramente declarativo respecto al art. 28 a) CP, para convertirse en una regla de determinación de la pena, que de otro modo no se hubiera podido aplicar. Así, al desglosarse conceptualmente de la provocación, el concepto de la tentativa de inducción no se presta más que a una doble posibilidad: que resulte sin más impune, o bien, que su incriminación encuentre un encaje sistemático distinto, bajo títulos de responsabilidad alternativos a la provocación⁵³. En resumen, con estas afirmaciones esta autora extrae del ámbito típico de la provocación una de las formas de participación intentada (en concreto de la tentativa de inducción), por lo que se deberá entender que la provocación ya no tiene naturaleza de tentativa de participación al convertirse en una incitación pública, aunque entiendo que sigue considerándose como forma de participación intentada⁵⁴.

Por otra parte, REBOLLO VARGAS también realiza un estudio de la provocación como forma de participación intentada. Asegura que si bien nos encontramos ante una figura caracterizada por la ausencia de actos ejecutivos, esto no impide que pueda convertirse en un acto de participación en el momento de iniciarse los actos ejecutivos, por lo que se trata de una conducta de participación anticipada⁵⁵. Ahora bien, este autor también encuentra un problema en el principio de accesoriedad, pues entiende que no existe un hecho principal del que derivar el injusto. Aunque, a pesar de esto, sigue afirmando que cabe la posibilidad de llegar a admitir

⁵³ Vid. GÓMEZ RIVERO, 1996, p. 1625.

⁵⁴ Por el contrario, la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 515/2019 de 29 de octubre, en su párrafo segundo, otorga a la provocación una naturaleza jurídica de tentativa de inducción y, asimismo, de participación intentada, cuando se afirma lo siguiente: “*Apunta la doctrina que la provocación no es un acto ejecutivo, ni tampoco preparatorio, sino que se sitúa en un estadio anterior, que podemos denominar "pre-participación". En cuanto a su naturaleza jurídico-penal, es una tentativa de inducción. Por eso, son aplicables las reglas de la tentativa, lo cual supone que caben el desistimiento y el arrepentimiento activo. Y, además, se añade que la inducción es una forma de autoría, en tanto la provocación lo es de tentativa. La inducción exige, de modo necesario, una incitación directa al ejecutor material para que éste se mentalice y asuma realizar lo que le dice el inductor. Es preciso pues, un acto inductivo eficaz, dirigido singularmente a una persona determinada, la cual, bajo el influjo síquico del inductor, realiza el acto que se le estimula a cometer. Pero en la proposición el acto no se llega a hacer, de ahí su "frustración tipificada penalmente". Se distingue, así, entre actos preparatorios impunes y punibles, estando éstos últimos regulados específicamente en los artículos 17 y 18 del Código Penal, que se refieren a la conspiración, proposición y provocación para delinquir y que son también conocidos como formas de participación intentadas*”. También esta sentencia recoge la jurisprudencia de la STS (Sala de lo Penal) 1994/2002 de 29 de noviembre que ya he expuesto en otra parte de este trabajo (donde el tribunal mantiene que la naturaleza jurídica de la provocación es la de resolución manifestada). Por ello entiendo que la STS 515/2019 mantiene que la provocación es una tentativa de inducción y a la misma vez una resolución manifestada, lo que me resulta muy difícil de entender.

⁵⁵ Vid. REBOLLO VARGAS, 1997, p. 76.

que la provocación puede ser una forma de participación intentada, pues es susceptible de transformarse en inducción en el momento en que inicien los actos ejecutivos. Así, de considerarse como actos preparatorios, la provocación dependería de la estructura de la tentativa, lo que provocaría la ampliación de la punibilidad de la tentativa a fases sin actos ejecutivos. Y si, por el contrario, la provocación se considera una forma de participación intentada dependerá de la forma de participación. En su opinión, habría además que aplicar a la estructura de la provocación los requisitos de la tentativa (principio de ejecución, peligro objetivo, etc.), tendría que ser eficaz, también apta para que el inducido acepte y habrá de consistir en un peligro objetivo de inducción, incluso sin que el inducido inicie sus actos de ejecución. Todo ello, indica este autor, parece estar corroborado cuando se dispone en el párrafo segundo del artículo 18 que la provocación seguida de ejecución se castigará como inducción⁵⁶.

Dice CUELLO CONTRERAS que para él la provocación no constituye una forma preparatoria de la participación en un delito, sino que se trata de un acto constitutivo de un delito específico de expresión que atenta contra la paz social⁵⁷.

Asimismo, para FUENTES OSORIO más compleja es la discusión en torno a la naturaleza de las conductas recogidas en los arts. 17 y 18 CP. A pesar de que la doctrina las ha denominado tradicionalmente actos preparatorios punibles el análisis de la naturaleza concreta de cada comportamiento determinaba la configuración de los mismos como tentativas de inducción (sobre todo la provocación, apología y proposición). Pero esto no terminaba de resolver el problema ya que sería igualmente posible interpretar estos preceptos como formas de preparación (especialmente la conspiración), e incluso como lesiones consumadas cuando se les otorga un bien jurídico autónomo (lo que es una práctica común en la provocación y apología). En concreto, afirma poder defender que los llamados «actos preparatorios punibles» son: (1) Formas de autoría (intentadas o consumadas): ya sea mediante el sistema unitario de autor, mediante la creación de un bien jurídico específico o la abstracción de uno ya existente; (2) resoluciones manifestadas verbales próximas a la preparación; (3) formas de participación intentada; (4) formas de preparación; (5) fases previas (pre-ejecutivas) de la autoría y de la participación en el delito. Ya sea porque se defienda que algunas de estas figuras son fases pre-

⁵⁶ Vid. REBOLLO VARGAS, 1997, p. 78.

⁵⁷ Vid. CUELLO CONTRERAS, 2015, p. 179.

ejecutivas de la autoría (la conspiración), mientras que otras son fases pre-ejecutivas de la participación (la provocación), o porque se afirme que una misma figura se puede referir, cuando hay una variación en alguno de sus elementos (p.e. que el sujeto que incita esté o no resuelto a cometer por sí mismo el delito), tanto a una fase preejecutiva de la autoría (por ejemplo la proposición a la coautoría) como a una fase preejecutiva de la participación (por ejemplo la proposición a la autoría)⁵⁸. Por otra parte, FUENTES OSORIO determina que los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación se encuentran vinculados de modo que en un mismo tipo se pueden recoger ambas formas. Ello se debe a que en un sistema dual de responsabilidad de la intervención (donde se diferencia entre autoría y participación) una conducta que objetivamente favorece una actuación delictiva puede ser una preparación o una participación. Esa relación es tan estrecha que en ocasiones no existe acuerdo a la hora de interpretar si la forma de anticipación obedece a la preparación o la tentativa de participación. En su opinión, la decisión a favor de una u otra depende del grado en que coincida en una misma persona la realización de esa conducta condicional y la práctica de la conducta típica principal. Si efectivamente hay una coincidencia hablaremos de preparación, si intervienen sujetos distintos habrá una participación. En suma, la diferencia entre preparación y participación reside principalmente (salvando las peculiaridades que tiene la inducción) en cuál sea el sujeto beneficiado de la actividad de favorecimiento del delito (facilitación del hecho propio – preparación—, del hecho ajeno –participación—)⁵⁹. Afirmar también FUENTES OSORIO que la provocación y la inducción, son formas de participar en el delito a través de una incitación dirigida a crear una resolución delictiva en su destinatario: el provocador motiva que otro resuelva cometer un delito. Para él, la provocación, y de igual manera la proposición, aunque no son una inducción legal, recogen supuestos de un mismo género de participación: aquella que se realiza a través de una incitación. *“Si en un plano normativo se ha denominado, en un sentido amplio, inducción a este modo de participación (incitar para crear una resolución delictiva) no parece que haya ningún problema para sostener que la provocación es una clase de la inducción, como igualmente lo son la proposición y la inducción en un sentido estricto o legal”*⁶⁰. Los planteamientos que defienden que la provocación no es una forma de inducción porque no puede ser incluida en la descripción típica de la inducción no se oponen a lo que él defiende. Afirmar que es una evidencia que la provocación no es una inducción legal porque no

⁵⁸ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, pp. 15 - 16.

⁵⁹ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, p. 15.

⁶⁰ FUENTES OSORIO, 2007, p. 313.

coincide con la conducta típica descrita en el art. 28 CP , pero sin embargo, ello no implica negar que la conducta del provocador sea una forma de inducción en un sentido amplio. “*Con otras palabras: que se establezca cuál es la distinción existente entre dos tipos del Código penal a efectos de aplicación de los mismos no significa que ambos no se refieran a formas o especies de un mismo género de intervención en el delito. En concreto, ambas son formas de participación por incitación*”⁶¹. Continúa diciendo que desde la perspectiva de la teoría de la participación, la provocación, siempre que constituya una inducción, es una tentativa pues no hay una conducta principal que sea imputable objetiva y subjetivamente a la incitación realizada, y al provocador, a diferencia de lo previsto para la proposición, no se le exige la creación de la resolución delictiva, lo único que se le requiere es que su acción, capaz de crear esa resolución criminal, vaya orientada a ese doble objetivo. Así, no es necesario comprobar si el autor de la provocación ha conseguido los efectos buscados con su incitación⁶². “*Por consiguiente, la provocación recoge supuestos de tentativa de inducción efectivamente difundidas con y sin resultado intermedio*”⁶³.

2.4 Diferencias entre la provocación y la proposición para cometer un delito.

CUELLO CONTRERAS afirma que en la provocación hay un sujeto, el provocador, que ni antes ni después se decide el mismo a ejecutar el delito. Por otra parte, provocador y provocado no tratan de ponerse de acuerdo para cometer el delito: no se establece una comunicación entre ambas partes al objeto de realizar algo. Para este autor, la relación entre provocador y provocado solo es relevante jurídicamente por lo que se refiere al provocador. Las diferencias existentes entre los dos actos anteriormente estudiados (refiriéndose a la conspiración y la provocación) y éste, justifican que un sector de la doctrina española los estudie por separado, situando a la provocación en el mismo capítulo dedicado a la inducción. Continúa diciendo que en la provocación no existe ni resolución previa de realizar la conducta ilícita, como sí ocurre en la proposición, ni intención conjunta, como sucede en la proposición y en la conspiración. “*Los lazos de unión entre los distintos participantes con el robustecimiento de la*

⁶¹ FUENTES OSORIO, 2007, p. 314.

⁶² FUENTES OSORIO, 2007, P. 315.

⁶³ FUENTES OSORIO, 2007, p. 316.

voluntad criminal que se observa en la conspiración y la proposición son mínimos, ya que el que provoca no ha de tener intención de colocarse por encima del Ordenamiento jurídico mediante la ejecución de la acción principal, pues no necesita ser actor ni participe en el futuro e hipotético delito". Y, además, no existe la necesidad de que el que provoca deba conocer al provocado. Por todo lo dicho, las razones que justificarían la provocación no podrían ser las mismas que en la conspiración y la proposición, ya que una vez consumada la acción de provocar, en su opinión, no hay todavía nadie decidido a cometer el delito, a diferencia de lo que sucede en las otras dos figuras. También, respecto del peligro de ejecución del delito debido a la incitación, este autor entiende que es un peligro "abstracto", donde la ejecución aparecería más lejana que en los casos de conspiración y proposición⁶⁴.

Para CAMPO MORENO intentar señalar las diferencias entre la proposición y la provocación es tarea común entre quienes acometen el estudio de los actos preparatorios. Así, este autor establece que, con carácter general, son tres los criterios fundamentales que diferencian a ambas figuras: (1) en la proposición, el proponente está resuelto a ejecutar él mismo, materialmente, el delito. Aquí la crítica está referida al hecho de que tal conclusión no se puede extraer del texto punitivo y nada impide que el provocador también quiera ejecutar la acción típica; (2) en la provocación se produce una incitación a personas indeterminadas, no así en la proposición. También se insiste en que este punto no tiene apoyo legal y nada impide que la incitación recaiga de modo directo en un destinatario individual; (3) por último, se alude a características psicológicas cualitativas o cuantitativas de la conducta del proponente y provocador⁶⁵. Para él también será importante, para poder establecer una diferenciación entre ambas figuras, tener un posicionamiento previo sobre su naturaleza y elementos constitutivos. Siguiendo a DEL ROSAL BLASCO, afirma que bajo la provocación se agrupan tanto las incitaciones de carácter general como las inducciones frustradas. Establece que se producirá un solapamiento en aquellas proposiciones donde el sujeto invita a otro a que sea él el que ejecute el delito, haciendo surgir la idea criminal que antes no existía. En este caso, afirma, proposición y provocación se identifican. Por el contrario, cuando el sujeto propone una co-ejecución o propone al otro que sea él quien ejecute el delito, solo estimulando o impulsando una voluntad delictiva que previamente ya existía, entonces ambas figuras serán diferenciables⁶⁶.

⁶⁴ Vid. CUELLO CONTRERAS, 1976, pp. 538 - 540 .

⁶⁵ Vid. CAMPO MORENO, 2000, pp. 60 - 61.

⁶⁶ Vid. CAMPO MORENO, 2000, p. 62.

En opinión de MIR PUIG, la provocación y la proposición se trataban de dos figuras cuyos contornos no se hallaban correctamente diferenciados y por ello se propusieron tres criterios para distinguirlas. En primer lugar, la proposición exige que el sujeto esté resuelto a ejecutar materialmente el delito y se limitará a invitar a otro a tomar parte con él en la ejecución. Por su parte, en la provocación no se requiere la intervención del provocador en la ejecución. La proposición habrá de referirse a un sujeto o sujetos determinados, mientras que la provocación ha de ser dirigida a una masa indeterminada de sujetos, “*arrogándose la idea como semilla a voleo sobre la multitud*”⁶⁷. Finalmente, el verbo “incitar”, empleado en la descripción típica de la provocación, parece que implica una mayor intensidad que el incluido en la descripción típica de la proposición.

El Tribunal Supremo también ha procedido en alguna ocasión a poner de manifiesto las diferencias existentes entre ambas figuras. Así, la STS 424/1986 de 21 de marzo en su fundamento de derecho segundo, establece la “*diferencia entre proposición y provocación en que, en la proposición, el agente, que ha resuelto cometer, material y personalmente, un delito trata de sumar a sus propósitos a otra u otras personas, constituyendo con ellas un consorcio criminal o hipótesis de codelincuencia, mientras que, en la provocación, el provocador no está resuelto a ser ejecutor del delito, a cuya perpetración incita, ni pretende que dicha perpetración sea conjunta, sino que se limita al intento de determinar a otro u otros a la ejecución de un hecho punible pero sin que él haya de tomar parte, directa y materialmente en la misma*”.

⁶⁷ MIR PUIG, 2016, pp. 352 - 353.

3. FUNDAMENTACIÓN DE LA TIPIFICACIÓN DE LA PROVOCACIÓN.

La preparación es una acción cuya función es llegar a satisfacer exclusivamente las condiciones necesarias para comenzar la ejecución del delito. Aun no es un acto merecedor de pena ya que no posee una relación de ofensividad con los bienes jurídicos penalmente tutelados: solo facilita una actividad delictiva y, en principio, no puede conducir de forma directa a la lesión del bien jurídico pues necesitará de otra acción a la que sirve de apoyo. De ahí que se haya establecido el principio general de impunidad de los actos preparatorios como también de otras fases internas del delito: la ideación, deliberación y resolución para delinquir. Por tanto, su punición representa una auténtica forma de anticipación de tutela penal⁶⁸. Al respecto, asegura ALONSO RIMO, esto invita a reflexionar sobre cuál es el fundamento del castigo de esta clase de infracciones (refiriéndose a los tipos autónomos de la Parte Especial) y se pone de manifiesto en general —sobre todo si se contrasta su regulación con la de los actos preparatorios descritos en el Libro I del Código penal— una ausencia de criterios sistemáticos que aporten coherencia al tratamiento legal de una materia tan sensible desde el punto de vista de las libertades⁶⁹.

En opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, en relación a si debe castigarse y cómo debe castigarse la provocación, aparecen una serie de tensiones entre necesidades de índole política-criminal⁷⁰, por un lado, y garantías constitucionales, principios dogmáticos y criterios valorativos, por otro⁷¹. Afirma que existen graves dificultades para justificar dogmáticamente de un modo adecuado la punición de esta figura, pues en la medida en que el precepto convierte en punible una conducta que no constituye todavía realización del hecho típico, con ello se

⁶⁸ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, p. 12.

⁶⁹ Vid. ALONSO RIMO, 2017, p. 1.

⁷⁰ Para BORJA JIMÉNEZ (*Curso de política criminal*, Valencia, 2011, pp. 20 - 21) la política criminal señala el planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. Así, atendiendo a un sentido político, nos aporta la siguiente definición: “*la política criminal se refiere a aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad*”. Y, por otra parte, la política criminal entendida como disciplina académica, como sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla la define “*como aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal*”.

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 284.

provoca una quiebra importante del principio de la responsabilidad por el acto. El sistema español se asienta principalmente sobre postulados básicos de un Derecho penal de acto, y el hecho de sancionar esta conducta preparatoria respondería, por el contrario, a los dictados de un Derecho penal de voluntad, de ahí la numerosas contradicciones que se originan. Así, *“todo intento de explicar la punición de la conspiración, proposición y provocación en el marco de un Derecho penal de acto, tienen que partir lógicamente de la individualización en dichas conductas de un relevante peligro para el bien jurídico protegido en el correspondiente tipo delictivo”*⁷². La presencia de este peligro relevante aparecería cuando el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho desencadenado con ello un acontecimiento sobre el que ya no tiene luego un absoluto poder de control, lo que no sucede en el caso del autor aislado, el cual posee hasta el último momento el absoluto poder de decisión. Para justificar esta argumentación, afirma que *“la diferente —y aun inversa— trascendencia concedida al dominio del hecho obedece a que se refiere a dos momentos diversos: por un lado, el momento ejecutivo; y, por otro, el momento de la preparación”*. Más adelante, asimilando una naturaleza jurídica de estas figuras como una “participación anticipada”, determina que la fundamentación que se ofrece para justificar su punición choca *“en el marco de un Derecho penal primordialmente de acto, como el español, con las consecuencias que se derivan del concepto de tentativa y de la vigencia del principio de accesoriedad en materia de participación”*⁷³. Asimismo critica, en relación al grado de punibilidad que, aunque a pesar de que en el momento de determinar la pena se utilicen *“criterios representados por los grados de la progresiva realización objetiva del hecho”*, esto solo parece operar en los casos de frustración y tentativa, donde la pena prevista para estas figuras se establece en uno o dos grados menor a la prevista para la consumación. Por el contrario, a pesar de que los actos preparatorios sean no materiales (en su opinión), a éstos se les aplica una pena igual a la frustración y la tentativa, lo que representa una ruptura de los criterios valorativos propios del Derecho penal del acto⁷⁴.

Para DEL ROSAL BLASCO el hecho de que el castigo de la provocación encuentre su fundamento —en cuanto motivo o razón de ser— en un peligro, para él esto no indica que el castigo esté justificado. La simple existencia de un riesgo para un bien jurídico no justifica sin más, aunque la pueda motivar, la punición de una determinada acción. Habría que plantearse

⁷² RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 292.

⁷³ RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 293.

⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1968, p. 296.

seriamente que el ordenamiento jurídico renuncie a castigar ciertos comportamientos peligrosos, pues su castigo llevaría impreso la negación de una importante esfera de libertad⁷⁵. Así, desde una perspectiva relativa, afirma que el problema de la justificación del castigo de la provocación se ha planteado por parte de determinados autores (GROIZARD, GÓMEZ DE LA SERNA, ANTÓN ONECA, ORST BERENGUER) en términos relativos: poniendo de manifiesto —aunque sin negar el peligro que pueda representar la incitación— lo injusto que resulta castigar esta acción respecto a la del autor individual, cuando ésta se encuentra más cercana a la ejecución delictiva⁷⁶. En un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad, solo es posible que el legislador someta a castigo aquellos actos que sean en sí mismos lesivos o, al menos, potencialmente lesivos, circunstancia que dudosamente concurre en estas figuras. Pero él difiere de la opinión de estos autores y afirma que desde una perspectiva relativa cabe la posibilidad de justificar la provocación pues la “*vinculaciones delictivas colectivas resultan, por regla general, mucho más peligrosas que los planes delictivos individuales*”⁷⁷. Por otra parte, la fundamentación atendiendo a la función y los fines de la pena, y teniendo en cuenta los principios limitadores del *ius puniendi*, también es una cuestión tratada por este autor. Para comenzar, DEL ROSAL BLASCO sigue insistiendo en la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico, lo que fundamenta su castigo. Pero esta afirmación no es impedimento para plantearse la posibilidad de que el ordenamiento jurídico renuncie a castigar la provocación, cuando dicho castigo suponga la negación de una importante esfera de libertad o de alguna de las garantías que contenga el Derecho penal de un Estado democrático, “*máxime cuando la distancia que media entre la provocación y la posible futura lesión del bien jurídico es, por regla general, apreciable*”⁷⁸. Según afirma, el tema de la justificación de la punición de este comportamiento está, por un lado, estrechamente vinculado a la vertiente más política del Derecho penal, pues siguiendo a RODRÍGUEZ MOURULLO, indica que una disposición de tales características supone un importante abandono de los principios informadores de un Derecho penal del acto, ello en favor de un Derecho penal de voluntad o del sentimiento. Siguiendo también a COBO y VIVES, afirma que “*el papel de núcleo básico del contenido de injusto lo debe desempeñar la lesión de bienes jurídicos de naturaleza material, de forma que*

⁷⁵ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 249.

⁷⁶ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 251.

⁷⁷ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 253.

⁷⁸ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 255.

*el objetivo primario lo constituye la conservación de las condiciones materiales y externas de la co-existencia, debiéndose subordinar a este objetivo la protección de bienes jurídicos de naturaleza ideal y el castigo de las meras puestas en peligro de dichas condiciones materiales*⁷⁹. Por otra parte, en relación a la función y los fines de la pena, la opción tomada por un “régimen represivo” en la tutela de libertades es mucho más favorable a éstas que la opción por un “régimen preventivo”, pues en éste la injerencia estatal tiene lugar antes de que se haya vulnerado el derecho ajeno, sin embargo, en un régimen represivo la acción estatal tiene lugar después de la comisión de la infracción. No obstante, el ordenamiento jurídico no puede ni debe proponerse tutelar los bienes hasta el extremo de evitarle peligros futuros, sobre todo si ese peligro lleva implícito el reconocimiento a la libertad, la cual está presente en todo orden jurídico. En su opinión, una acción previa a la ejecución delictiva no representa todavía una intromisión en la libertad ajena *“porque todavía no ha comenzado el ataque al bien jurídico”*⁸⁰. Pero para él esto no quiere decir que no esté justificado el castigo de la provocación, pues no hay que olvidar que la delimitación entre preparación y ejecución es relativa y circunstancial, siendo, en última instancia, el peligro para el bien jurídico la *ratio* que delimite la esfera punitiva. Y si tenemos en cuenta que determinados bienes jurídicos, por su especial naturaleza, pueden resultar amenazados por simples actos de índole preparatoria, dicha punición específica podría estar plenamente justificada. Y en determinadas circunstancias, hay que tener presente que ciertos actos naturalmente preparatorios pueden desempeñar una función ejecutiva. Asimismo, desde una perspectiva política-criminal, indica que el Derecho penal “político” no puede ser un Derecho penal que se base en actitudes del ánimo, en disposiciones subjetivas del ánimo, sino en todo caso ha de tratarse de un comportamiento activo y agresivo contrario al orden constitucional. El principio de injerencia mínima debe actuar de forma absoluta, porque no se trata de otorgar la total protección, sino la indispensable, la necesaria. Así, si se mantienen estas premisas, la no punición de los actos preparatorios *“será algo que vendrá dado por añadidura, como consecuencia, casi natural, de una correcta política criminal en materia de Derecho penal”*⁸¹.

Por su parte, afirma GÓMEZ RIVERO que si bien el castigo indiscriminado de estos actos pudo resultar apropiado en un Derecho penal autoritario y represivo, dispuesto a llevar la

⁷⁹ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 256.

⁸⁰ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 257.

⁸¹ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 265.

punición hasta los límites de lo posible con independencia del bien jurídico que se tutelara, la técnica de castigar ciertos actos —preparatorios— resulta evidentemente inadmisibles en un Derecho penal caracterizado por su carácter fragmentario y subsidiario. Si el Derecho penal solo debe estar dirigido a castigar las agresiones más graves a los bienes jurídicos más importantes, cuando se produce un adelantamiento de la barrera penal a conductas no lo suficientemente graves debido a la lejanía con la lesión del bien jurídico, en su opinión, este bien jurídico deberá tratarse de uno realmente importante que justifique la falta de esa objetiva gravedad del ataque, con lo que la cuestión habrá de ser trasladada “a la determinación de cuáles sean esos bienes jurídicos respecto a los que resulte excepcionalmente justificada la incriminación de actos —preparatorios— que en principio deben permanecer impunes”⁸².

En opinión de REBOLLO VARGAS la manifestación de la resolución expresa de delinquir no supone, en ningún caso, el fundamento de la punición de una acción, sino que surge con el inicio de la ejecución del hecho delictivo y, “*éste, no se inicia más que mediante hechos exteriores*”⁸³. Por ello, para él, los actos preparatorios (a excepción, de los previstos en los arts. 17 y 18 del CP) y las resoluciones manifestadas de delinquir son impunes. Aunque, por otra parte, para intentar fundamentar el castigo de las conductas tipificadas en tales artículos expone tres teorías, una objetiva (basada en la objetiva puesta en peligro del bien jurídico protegido), una subjetiva (donde lo determinante es una voluntad manifestada contraria al derecho), las cuales al coincidir básicamente con la opinión de otros autores, se expondrán más adelante. Y, una tercera, denominada teoría de la impresión⁸⁴, basada en su opinión en la combinación entre teorías objetivas y teorías subjetivas. En esta vertiente, lo determinante sería la voluntad criminal exteriorizada del sujeto y, además, el “*desvalor de acto que signifique una impresión o conmoción en la colectividad o al ordenamiento jurídico en general*”⁸⁵, pues siguiendo a JESCHECK, entiende que solo se han de castigar las manifestaciones de voluntad que lleguen a quebrantar la confianza que la sociedad posee en la vigencia del ordenamiento jurídico. Pero esta concepción presenta algún problema, como sería la ausencia de criterios para ponderar la conmoción del ordenamiento jurídico⁸⁶. Asimismo, más adelante y centrándose ya en la figura

⁸² GÓMEZ RIVERO, 1996, p. 1624.

⁸³ REBOLLO VARGAS, 1997, p. 17.

⁸⁴ La cual ha extraído de la obra de JESCHECK, H.H (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981, p. 70).

⁸⁵ REBOLLO VARGAS, 1997, p. 24.

⁸⁶ Vid. REBOLLO VARGAS, 1997, p. 25.

de la provocación, asegura que el argumento esencial sobre el que gravita el fundamento de su castigo radicaría en la peligrosidad que esta conducta supone debido a la implicación de otras personas en el “proyecto criminal”. Aunque, no obstante, discrepa de tal argumento asegurando que no se puede negar que existen ciertos hechos llevados a cabo de forma aislada por un sujeto en particular que son más relevantes, o tienen mayor transcendencia, simplemente por su mayor cercanía al inicio de la ejecución⁸⁷.

Cuando DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO hace alusión a la fundamentación del castigo de la figura de la provocación como acto previo a la consumación, afirma también la existencia de tres teorías⁸⁸: (1) teorías objetivas, las cuales establecen que el fundamento de la punición se halla en el peligro para los bienes jurídicos. Estas teorías, normalmente unidas a presupuestos liberales sobre el Derecho penal, parten de la regla general de impunidad pues los actos no muestran un grado suficiente de peligro para los bienes jurídicos, lo que no justificaría la intervención penal; (2) teorías subjetivas, que basan su criterio en la manifestación de la voluntad contraria a Derecho que tales actos representan. Esta concepción, basada habitualmente en ordenamientos penales con rasgos autoritarios, mantiene que en los actos preparatorios ya existe una manifestación de voluntad contraria a Derecho, por lo que no deben quedar impunes; (3) por último, encontramos las llamadas teorías mixtas, que mantienen el fundamento en esa voluntad contraria a Derecho, aunque eso sí, ésta ha de haber producido un determinado grado de conmoción social. Termina este autor afirmando que, desde los presupuestos que deben inspirar el Derecho penal de un Estado democrático de Derecho, la adopción de las teorías objetivas sería el camino más correcto⁸⁹.

Una visión más reciente es la aportada por BARBER BURUSCO, la cual hace referencia a tres cuestiones que justificarían el castigo de la provocación, atendiendo al incremento de peligro que la realización de este acto supone para el bien jurídico protegido en el delito que se proyecta realizar. Así, en primer lugar, el peligro puede estar fundado en la puesta en marcha de un curso causal. Desde esta perspectiva se entiende que, a diferencia de la preparación individual donde el autor tiene el dominio absoluto del hecho sobre la producción del resultado,

⁸⁷ Vid. REBOLLO VARGAS, 1997, p. 98.

⁸⁸ Esta clasificación también es expuesta por MIR PUIG (*Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 2016, pp. 347 - 346), pues ambos autores siguen los planteamientos expuestos por JESCHECK (*Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, 1981, pp. 700 ss.).

⁸⁹ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2002, p. 301.

en las preparaciones colectivas al exigir implicación de otras personas, se acaba perdiendo el dominio del hecho. Con ello se desencadena un hecho respecto del cual ya no se tiene un absoluto poder de control. Así, el que pone en marcha un curso causal ya ha efectuado una contribución al hecho, por lo que no solo la resolución y la voluntad son las que van a determinar la punibilidad del comportamiento. Asegura, que este argumento, como contenido de peligro que justificaría el castigo a momentos previos al comienzo de la ejecución para el supuesto de delitos graves, es aceptado por un importante sector de la doctrina. En segundo lugar, estaría la tesis que considera que existe un incremento del peligro por la presencia de una unión de voluntades. Al contrario de lo que ocurre cuando individualmente se proyecta un delito grave, pues en cualquier momento quien lo prepara puede desistir en su acción⁹⁰. Por último, encontramos la tesis que combina ambos argumentos para fundar el castigo. Así, por ejemplo, dice que ROXIN entiende que existe un peligro especial y eficaz cuando alguien empuja a otro a realizar una conducta criminal y el desarrollo de tal hecho queda ya fuera de su mano.

Por su parte, FUENTES OSORIO aporta una serie de motivos para la punición excepcional de la preparación los cuales se integran en un proceso que ha sido utilizado para justificar la relevancia objetiva de conductas previas a la lesión del bien jurídico que por motivos de política- criminal justificarían esta actitud⁹¹. Así, en primer lugar, se podría recurrir a motivos de política-criminal para justificar la persecución de los actos preparatorios, afirmando que la anticipación de la tutela penal hasta la fase preparatoria es la única forma de garantizar una protección efectiva del bien jurídico, que la importancia que posee el bien jurídico exige tal anticipación, también que la intervención pública se hace necesaria para asegurar que ciertos contactos sociales tendrán lugar sin la aparición de un curso causal dañino, así como que es una medida orientada a la desaparición del delito y al fortalecimiento de la defensa social. Por otra parte, esta necesidad político-criminal provoca la creación por parte del legislador de tipos penales que criminalizan formas de preparación. Había que justificar entonces la relevancia objetiva del comportamiento concreto que había sido tipificado, y ello se hacía a través de juicios diluidos de peligrosidad: (1) Por un lado, la relación con el bien jurídico (por su valor y características especiales) explica y legitima la punición de formas de preparación. Por otro, y sin tener en cuenta la importancia del bien jurídico, se mantiene que

⁹⁰ Vid. BARBER BURUSCO, 2004, p. 109.

⁹¹ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, p. 61.

hay comportamientos que presentan una peligrosidad tal que aconsejan dejar abierta su posibilidad de sanción. Por último, la conducta no pone en peligro ni lesionaría un bien jurídico, sino que simplemente existe la posibilidad de producir una lesión (la peligrosidad de la conducta se basa en una relación estadística que arroje la probabilidad de la aparición de la lesión). Como ejemplo y siguiendo a JAKOBS, se defiende que la extensión de la tutela penal a conductas preparatorias que suponen la creación y obtención de instrumentos delictivos se justificaría por la elevada peligrosidad que existe a que éstos sean utilizados en un sentido delictivo, ya que de forma general no admitirían otro. (2) Un comportamiento preparatorio es peligroso en la medida en que así es considerado por el legislador y, por tanto, recogido en un tipo penal. (3) Atendiendo a la especial peligrosidad del preparador cuya actuación presupone un sentido delictivo posterior. (4) Creando un bien jurídico propio, recurriendo a bienes jurídicos indeterminados en su objeto, o bienes jurídicos secundarios o abstracciones del objeto material del bien jurídico. (5) Finalmente, porque la conducta preparatoria represente una acto socialmente inadecuado⁹². Por ello, afirma este autor, aunque el objetivo que se persigue con la punición de actos preparatorios sea lícito, puede que los medios penales utilizados para ello no sean los autorizados. Para justificar esta afirmación alega una serie de motivos: (1) Se castigan hechos situados en los márgenes exteriores del ámbito de lesión relevante del bien jurídico (desde una concepción material del injusto), lo que provocaría una infracción del principio de ofensividad. Asimismo, los motivos que se alegan —añadiendo un *plus* a la capacidad lesiva de una conducta preparatoria— no serían suficientes para poder justificar de forma objetiva la punición de estos comportamientos con el marco sancionador propio de la tentativa e incluso la consumación. (2) Puede suceder que se persigan conductas preparatorias que objetivamente se encuentren en armonía con el orden social, lo que demostraría la existencia de una “sociedad desconfiada”. Nos encontraríamos ante una limitación injustificada de la libertad ciudadana y supondría un atentado contra principios constitucionales básicos. En definitiva, la actividad penal ha de tener límites: la medida eficaz será aquella que respete los principios rectores de un Estado Social y Democrático de Derecho, de forma especial los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. (3) El castigo de formas preparatorias puede suponer la infracción del principio de accesoriedad estricto⁹³.

⁹² Vid. FUENTES OSORIO, 2007, pp. 55 - 60.

⁹³ Vid. FUENTES OSORIO, 2007, pp. 61 - 62.

ALASTUEY DOBÓN se plantea una serie de cuestiones en torno al fundamento del castigo de fases previstas a la consumación, es decir, cuál es la razón por la que se penalizan conductas que no han logrado la consumación del delito. Si lo que el Derecho penal pretende con su actuación es proteger bienes jurídicos, por ejemplo “vida humana dependiente”, esta autora no comprende el castigo de la tentativa de homicidio y la conspiración, la proposición y la provocación para cometer delito, pues en estos casos todavía no se producido la lesión material de tal bien jurídico. Así, para resolver estas dudas también expone tres grupos de teorías⁹⁴: (1) teorías objetivas, que establecen el fundamento del castigo en el peligro que estas conductas suponen para el bien jurídico penalmente protegido. De ahí que los actos preparatorios se consideran como norma general impunes, castigándose exclusivamente aquéllos que resulten muy peligrosos, y la tentativa siempre será castigada con menor pena que la consumación. Para esta autora la mayor o menor proximidad a la lesión material del bien jurídico justificaría dichas diferencias entre los actos preparatorios y la tentativa, pues en atención a la perspectiva subjetiva, puede que no se den tales diferencias. (2) teorías subjetivas, que justifican la persecución penal de estas conductas previas a la consumación en la exteriorización de la voluntad contraria a Derecho. Según esta autora, esta tesis no encajaría bien en nuestro Derecho vigente, pues si esta exteriorización de la voluntad fuese el único fundamento de la punición de las conductas, deberían ser penalizados todos los actos preparatorios en la medida en que pongan de manifiesto una voluntad criminal. Además, la consumación y la tentativa acabada deberían ser penadas con la misma graduación, pues la voluntad delictiva es la misma al margen de que se produzca o no el resultado. (3) Finalmente, desde un punto de vista mixto, se afirma que la fundamentación de la extensión de la pena a estos supuestos debería comprender tanto un criterio objetivo como uno subjetivo. El peligro (incluso abstracto) para el bien jurídico explicaría que se castiguen las conductas previas a la consumación, y su mayor o menor peligrosidad influiría en la graduación de la pena. Asimismo, necesariamente ha de concurrir la voluntad de consumir el delito, ya sea de forma individual o bien implicando a otras personas. Esta última teoría mixta es la que a esta autora le resulta más apropiada defender⁹⁵.

⁹⁵ Vid. ALASTUEY DOBÓN, 2013, p. 173.

Por otra parte, ALONSO RIMO —en relación a la vulneración del principio del hecho— entiende que no es aceptable castigar acciones preparatorias de las que se deriva un peligro meramente remoto o insignificante para el bien jurídico. Por el contrario, lo recomendable es penalizar conductas que generaran un notable incremento de las probabilidades de comisión del delito-fin, y aun así se podrían sancionar únicamente en los casos de los delitos-fin más graves y con una pena proporcionada a la gravedad de la conducta preparatoria concreta llevada a cabo. Afirma que la regla habría de ser la impunidad de los actos preparatorios, por tratarse de comportamientos previos en todo caso al inicio del ejecución del delito-fin y tan alejados en general del ataque al bien jurídico. No reúnen el necesario grado de lesividad —lo que vulnera los principios de ofensividad y de prohibición de exceso— y castigarlos, por consiguiente, infringirá también el principio del hecho. Aunque, por otra parte, si una determinada conducta preparatoria reúne tales requisitos y su tipificación se ajusta a los parámetros indicados —supone un peligro relevante en los términos señalados, en relación a un delito principal de los más graves y se sancione con pena proporcionada— *“su castigo sí sería, en abstracto, legítimo, dado que se estaría penando (solo) ese hecho específico, en la medida del daño social (peligro) por él generado. Es decir, la pena en tal caso se fundamentaría en el hecho concreto ya cometido y no en el hecho futuro que el sujeto (preparador) quería realizar, o que otros realizarán, en un momento ulterior”*⁹⁶. Para él se habrían de concretar una serie de criterios que podrían autorizar la punición de actos preparatorios, y que habrían de operar con independencia de si los tipos de preparación están definidos en la Parte General o en la Parte Especial del Código penal, y para ello, de una forma simplificada, aporta una serie de ejemplos. Así, en primer lugar, entiende que habrá de exigirse la firme voluntad del preparador o preparadores dirigida a la consumación del ilícito, y en relación a la provocación, la suficiente aptitud suasoria de la incitación. En segundo lugar, descartar en todo caso la punición de la incitación en cadena y de las apologías (tanto la provocación directa del art. 18 como de las diversas variantes de apologías débiles que pueblan la Parte Especial de nuestro Código penal). Por último, en tercer lugar, sería necesaria una disminución del círculo de delitos-fin que admiten el castigo de las tres figuras preparatorias y una rebaja de las penas, las cuales deberían ser inferiores a las de la tentativa⁹⁷. Acaba este autor diciendo que aunque sus argumentos puedan llegar a justificar el castigo de las conductas preparatorias esto no implica que sea una opción

⁹⁶ ALONSO RIMO, 2018, p. 498.

⁹⁷ ALONSO RIMO, 2018, p. 499.

político-criminal recomendable, al contrario, podrían seguir existiendo razones orientadas a favor de su impunidad.

4. CONCLUSIONES.

I

El artículo 18 del CP español castiga la incitación directa y pública a cometer un delito (y esto, como es sabido, siempre que así se prevea en la Parte Especial del CP). Ha sido habitual entre la doctrina española discrepar sobre la naturaleza jurídica de esta figura, aunque en menor medida se ha dado el hecho de profundizar en el estudio de la misma. Pocos han sido los autores que se han dedicado a esta tarea. A pesar de ello, podemos encontrar cierta doctrina que, de forma general, ha diferenciado y expuesto diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica de la provocación. Como hemos visto en el desarrollo del trabajo, se ha ido argumentando, en primer lugar, que una posible naturaleza de la provocación sería la de resolución manifestada. Su principal defensor, JIMÉNEZ DE ASUA, afirmaba que mediante la incitación podíamos considerar que se ha resuelto cometer el delito y al dar a conocer a otros tal resolución, ésta ha salido del fuero interno y se ha manifestado, aunque con ello aun no habían dado comienzo los actos de ejecución material. Este autor establecía tres fases en el *iter criminis*: fase interna, resoluciones manifestadas (compuestas por la conspiración, la proposición y la provocación) y fase externa (compresiva de actos preparatorios, tentativa, frustración, consumación y agotamiento). Pero estas afirmaciones han sido rechazadas de forma casi general por la mayoría de la doctrina española, e incluso más adelante por el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, aunque no así por cierta jurisprudencia que aun hoy, en sentencias recientes, sigue denominando a la provocación como resolución manifestada. En contra de esta argumentación se dice que esta categoría complicaría en exceso el proceso del *iter criminis*, también que en la provocación no solamente existe una manifestación de la resolución adoptada sino una actuación dirigida a determinar a una persona a la ejecución del hecho. Asimismo se dice que el carácter verbal de una manifestación no se puede identificar con su irrelevancia penal y con la ausencia de voluntad delictiva ejecutiva, pues una expresión verbal también puede llegar a suponer una forma de lesión.

Al mismo tiempo, se considera que la provocación pueda tener naturaleza de acto preparatorio del delito. Se entiende que dicha conducta es una actuación externa dirigida a la comisión de un delito, que aun no implica un principio de ejecución, lo que lleva a la conclusión de que es un acto preparatorio. Con esta actuación ya se ha empezado a recorrer el camino a la realización del delito y, en definitiva, ya nos encontramos con actos que forman parte del proceso que culmina con la consumación del delito. FUENTES OSORIO, en este sentido, considera que para definir los actos preparatorios como forma de preparación se ha de partir de la distinción entre el binomio preparación del hecho propio/ajeno y, una vez asumida dicha distinción, se habría de establecer si la provocación puede ser un modo de preparar el delito, y si esto es posible, se debería aplicar la normativa propia de la preparación a esta figura. Aunque concluye afirmando que en fases tan tempranas del proceso delictivo es difícil distinguir si lo que se pretende es una preparación del delito o, por el contrario, una tentativa de participación. Para él sigue existiendo una evidente complejidad para determinar cuál sea el beneficiario de la acción y, además, la descripción del tipo no se vincula con el elemento “sujeto beneficiado”.

Finalmente, también se intenta atribuir una naturaleza de participación intentada a la provocación, pero los autores siempre se encuentran con el problema del principio de accesoriedad ya que entienden que no existe un hecho principal del que derivar su contenido de injusto. La participación se rige por el principio de accesoriedad, y éste debería ser aplicado a la provocación si es que ésta perteneciera realmente a la teoría de la participación. Se asegura que la participación implica una intervención en el hecho ajeno y si éste falta no podrá darse dicha participación⁹⁸. Aunque, por otra parte, se afirma que los delitos preparatorios y los delitos de tentativas de participación se encuentran vinculados de tal manera que en un mismo tipo se pueden recoger ambas formas y ello se debe a que en un sistema dual de responsabilidad de la intervención (que diferencia entre autoría y participación) una conducta que objetivamente favorece una actuación delictiva puede ser una preparación o una participación. Así, la decisión entre una u otra dependerá del grado en que coincida en una misma persona la realización de dicha conducta condicional y la práctica de la conducta típica principal. Y si efectivamente hay una coincidencia nos encontraremos ante una preparación, o bien, si intervienen sujetos distintos habrá una participación. En definitiva, la diferencia entre preparación y participación dependerá de cuál sea el sujeto beneficiado de la actividad de favorecimiento: será preparación

⁹⁸ Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 205.

la facilitación del hecho propio, y por el contrario, será participación la facilitación del hecho ajeno⁹⁹.

II

En relación a la justificación del castigo de esta figura, como norma general, se hace referencia a una teoría objetiva, otra subjetiva y una mixta, aunque diversos autores encuentran la fundamentación de la tipificación en otros motivos distintos. Así, quienes defienden la teoría objetiva establecen el fundamento del castigo en el peligro que para el bien jurídico protegido por la norma penal supone la realización de la conducta, pero, por el contrario, se asegura que dicha conducta no supone un peligro lo suficientemente relevante como para que se produzca un daño directo en el bien jurídico, es decir, no nos encontramos ante un acto merecedor de pena porque no posee una relación de ofensividad con los bienes jurídicos. Por su parte, la teoría subjetiva atribuye relevancia a la presencia en los actos preparatorios de una voluntad contraria a Derecho, lo que indica que no deben quedar impunes, aunque esta tesis no se encajaría bien en nuestro Derecho vigente, pues si esta exteriorización de la voluntad constituye el único fundamento del castigo, en general, deberían ser penalizados todos los actos preparatorios en la medida en que pongan de manifiesto una voluntad criminal. La teoría mixta suele conjugar diferentes criterios, según sea el autor que la exponga, y así, por un lado, ésta puede fundamentar el castigo en el peligro que la conducta preparatoria puede suponer para el bien jurídico junto al grado de conmoción social que se haya producido con la conducta realizada; también, que lo determinante sería la voluntad criminal exteriorizada del sujeto a la que se le añadiría el desvalor del acto, el cual implique una impresión en la colectividad o al ordenamiento jurídico en general; finalmente, para la justificación se requiere de la presencia de una conducta peligrosa para el bien jurídico junto a la voluntad de consumir el delito (ya sea de forma individual o implicando a otras personas).

Por otra parte, los autores que no siguen el esquema básico basado en las teorías objetivas, subjetivas y mixtas, pueden llegar a ver el fundamento del castigo en el peligro que supone la puesta en marcha de un curso causal y la presencia de una unión de voluntades, pues tal peligro puede ser especial y eficaz cuando alguien empuja a otro a realizar una conducta criminal, quedando tal hecho ya fuera de su mano. También se recurre a motivos de política-

⁹⁹ Vid. FUENTES OSORIO, 2006, p. 15.

criminal, donde se afirma que la anticipación de la tutela penal hasta la fase preparatoria es la única forma de garantizar una protección efectiva para el bien jurídico, que la importancia de éste exige tal anticipación, que es una medida orientada a la desaparición del delito y al fortalecimiento de la defensa social, aunque, para justificar la relevancia objetiva de la conducta tipificada, se suele recurrir a juicios muy diluidos de peligrosidad: el valor y características especiales del bien jurídico, conducta preparatoria peligrosa según el criterio del legislador, especial peligrosidad del preparador cuya actuación presupone un sentido delictivo posterior, creando un bien jurídico propio y percepción del acto como socialmente inadecuado. Por ello, aunque el objetivo que se persigue con el castigo de los actos preparatorios sea lícito, puede que los medios utilizados no lleguen a ser los autorizados.

Por el contrario, a pesar de las diferentes justificaciones expuestas, el pensamiento general sobre el castigo de las conductas preparatorias es a favor de su no tipificación, pues se entiende que nos encontramos ante hechos que no ponen en peligro de forma inmediata el bien jurídico protegido, esto es, no reúnen el necesario grado de lesividad, con lo que se estarían vulnerando determinados principios limitadores del *ius puniendi* del Estado como los principios de ofensividad e intervención mínima y, por consiguiente, el principio del hecho. Si el Derecho penal tiene como objetivo castigar las agresiones más graves producidas a los bienes jurídicos, el adelantamiento de la barrera penal a conductas no lo suficientemente graves por su lejanía con la lesión del bien jurídico, en mi opinión, lo que esto lleva impreso es la negación de una importante esfera de la libertad del ciudadano y de las garantías que contiene el Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho.

5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALASTUEY DOBÓN, C. (2013), “Los grados de realización del delito”, en Romeo Casabona/Sola Reche/Boldova Pasamar (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción a la Teoría General del Delito*, Granada, Edit. Comares, pp. 171 - 177.
- ALONSO RIMO, A. (2017), “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *InDret*, n. 4, pp. 1 - 78.
- ALONSO RIMO, A. (2018), “¿Actos preparatorios o pre-crímenes? ¿Penas o pre-castigos? Aproximación al fundamento de la criminalización de la preparación delictiva”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII, pp. 461 - 510.
- BARBER BURUSCO, S. (2004), *Los actos preparatorios del delito: conspiración, proposición y provocación*, Edit. Comares, Granada.
- BORJA JIMÉNEZ, E. (2000), *Curso de política criminal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CAMPO MORENO, J.C. (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- CEREZO MIR, J. (2002), “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *RDPC*, 2ª Época, n.10, pp. 47 - 72.
- COBO DEL ROSAL, M. (2004), *Instituciones de Derecho Penal español. Parte General*, Edit. CESEJ, Madrid.
- CUELLO CONTRERAS, J. (1976), “La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del código penal: conspiración, proposición y provocación”, en *ADPCP*, Tomo 29, Fasc/Mes 3, pp. 535 - 556.
- CUELLO CONTRERAS, J. (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tecnos, Madrid.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (1986), *La provocación para cometer delito en el derecho español: (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal)*, Edit. EDERSA, Madrid.
- DÍAZ Y GARCÍA CONCELLO, M. (2002), “Conspiración, proposición y provocación”, en LUZÓN PEÑA, D.M. (dir.): *Enciclopedia Penal Básica*, Edit. Comares, Granada, pp. 299 - 310.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2016), *Derecho Penal Español. Parte General*, 4ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

- FUENTES OSORIO, J.L. (2006), “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *RECPC* 08-08, pp. 1 - 40.
- FUENTES OSORIO, J.L. (2007), *La preparación delictiva*, Edit. Comares, Granada.
- GIL GIL, A. (2015), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Edit. Dykinson, Madrid.
- GÓMEZ RIVERO, C. (1996), “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, en la *Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 1, pp. 1624 - 1628.
- LUZÓN CUESTA, J. (2019), *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 25ª ed., Edit. Dykinson, Madrid.
- LUZÓN PEÑA, D.M. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- MIR PUIG, S. (2016), *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., 2ª reimpr., Edit. Reppertor, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. (2016), “Formas imperfectas de ejecución” (margs. 2650 - 2849), “Autoría y participación” (margs. 2900 - 3114), en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Memento de Derecho Penal*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid.
- MORILLAS CUEVA, L. (2018), *Sistema de Derecho Penal. Parte general*, Edit. Dykinson, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (2010), *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ORTS BERENGUER, E. (1982), “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, en *CPC*, n. 18, pp. 483 - 512.
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2016), *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Edit. Dykinson, Madrid.
- REBOLLO VARGAS, R. (1997), *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1968), “La punición de los actos preparatorios”, en *ADPCP*, T.XXI, Fasc. II, Mayo-Agosto, pp. 277 - 302.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I. (1999), *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2010), *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia.

6. JURISPRUDENCIA.

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 839/1984 de 14 de noviembre (Ponente: D. Luis Vivas Marzal).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 424/1986 de 21 de marzo (Ponente: D. Francisco Soto Nieto).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia de 16 de noviembre de 1987 (Ponente: D. Luis Vivas Marzal).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1994/2002 de 29 de noviembre (Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 1078/2012 de 8 de noviembre (Ponente: D. Juan Saavedra Ruíz).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 457/2019 de 8 de octubre (Ponente: D. Pablo Llanera Conde).

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 515/2019 de 29 octubre (Ponente: D. Vicente Magro Servet).

SAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 5ª) núm. 214/2011 de 17 mayo (Ponente: D. Juan Carlos González Ramos).

SAP de Valencia (Sección 2ª) núm. 462/2019 de 30 septiembre (Ponente: D. José María Gómez Villora).