

**JAVIER MIRA BENAVENT**

**Universitat de València**

**¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción  
frustrada?\***

---

\* Este trabajo constituye mi aportación al libro homenaje al Prof. Dr. D. José Manuel Valle Muñiz, de próxima aparición; y se enmarca en el proyecto MEC-DGES PB97-1370.

1. Recientemente ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG que “la doctrina española estaba de acuerdo en que *determinados* actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación), *dentro de los cuales se incluía la inducción frustrada*, deberían castigarse, por la ausencia de un peligro inmediato y a diferencia de lo que sucedía en el CP 73, *sólo* cuando lo eran de un delito muy grave”<sup>1</sup>.

El texto de GIMBERNAT que se acaba de transcribir contiene dos consideraciones que pueden estimarse exactas. Pues en efecto: desde hace ya tiempo se constataba en la doctrina española una opinión muy generalizada partidaria de limitar el castigo de la conspiración, proposición y provocación para delinquir únicamente a aquellos delitos de la Parte Especial que fueran especialmente graves; se propugnaba así el abandono del sistema de incriminación general que establecía el Código penal de 1973 y la vuelta al sistema de incriminación limitada propio de los Códigos penales de 1848, 1870 y 1932<sup>2</sup>. Por otro lado,

- 
- 1 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “La futura primera reforma del Código penal de 1995 (Prólogo a la tercera edición)”, en *Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, edición preparada por Enrique Gimbernat Ordeig con la colaboración de Esteban Mestre Delgado, 3ª edic., Madrid, 1997, pág. 18. Los subrayados primero y tercero son originales; el segundo es añadido.
  - 2 Conviene, no obstante, realizar una importante precisión respecto al sistema de incriminación limitada de la conspiración, proposición y provocación para delinquir seguido por los Códigos penales que decidieron mantener alta la temperatura de sus convicciones liberales, cuyo termómetro fue precisamente el régimen de punición de estas conductas, según la conocida

también puede decirse que un sector más o menos amplio de la doctrina española entendía que lo que comúnmente se denomina inducción frustrada o no seguida de ejecución encontraba acomodo en alguna de las tres conductas preparatorias definidas

---

expresión acuñada por JIMENEZ DE ASUA. El artículo 4 de los Códigos penales de 1848, 1870 y 1932 establecía que la *conspiración* y la *proposición* para cometer un delito sólo eran punibles en los casos en que la Ley las penaba especialmente. Pero no ocurría lo mismo con el régimen de punición de la *provocación* para delinquir. Desconocida en el Código penal de 1848 (y en el de 1850), aparece por primera vez, procedente de la legislación especial de prensa e imprenta del período anterior, en el Código penal de 1870, cuyo artículo 582 establecía que los que provocasen directamente por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación a la perpetración de *los delitos comprendidos en este Código*, incurran en la pena inferior en dos grados a la señalada al delito; mientras que el artículo 583 preveía la pena inferior en grado si a la citada provocación hubiese seguido la perpetración del delito. Es decir: el Código penal de 1870 establecía un sistema de incriminación general de la provocación al considerarla punible respecto de *todos* los delitos de la Parte Especial del Código, si bien limitaba su castigo sólo a la provocación realizada por medios mecánicos de publicación. E idéntico sistema establecieron los artículos 559 y 560 del Código penal de 1932. El artículo 3 del Código penal de 1944 no modificó, por tanto, el régimen anterior de punición general de la provocación al considerarla siempre punible, aunque sí lo hizo respecto de la conspiración y proposición; lo que sí intentó el artículo 4 del Código penal de 1944 fue tratar de ampliar en sentido agravatorio el concepto de provocación, al hacer referencia a la palabra, escrito, impreso u otro medio de posible eficacia, y al agravar la responsabilidad de la provocación seguida de perpetración del delito provocado. Sobre las vicisitudes históricas de la punición de la provocación para cometer delito en nuestro país, véase del ROSAL BLASCO, Bernardo: *La provocación para cometer delito en el Derecho penal español (Exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, Madrid, 1986, págs. 35 y ss., especialmente págs. 96 y 97, donde se hace referencia a lo aquí expresado. Puede decirse entonces que, como veremos a continuación, el Código penal de 1995 ha sido el primero en nuestra historia legislativa en limitar el castigo de la provocación, en cuanto a su extensión se refiere, a sólo unos cuantos delitos graves de la Parte Especial; y que por esta razón, la provocación no podía servir de termómetro, a diferencia de la conspiración y proposición, para medir el calor de las convicciones liberales de los Códigos penales de 1870 y 1932. El Código penal de 1995, por otra parte, ha seguido la línea restrictiva iniciada en este punto por la PANCP de 1983 (artículo 18) y por el Proyecto de 1992 (artículo 14), pero se ha separado del Proyecto de 1994, cuyo artículo 18.1 establecía que la provocación será punible cuando se dirija a producir

y castigadas con aquel carácter general en el artículo 4 del anterior Código penal (conspiración, proposición y provocación para delinquir).

La primera de estas dos consideraciones ha sido sin duda acogida por el Código penal de 1995, cuyos artículos 17.3 y 18.2 establecen que la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir sólo se castigarán en los casos en que la Ley especialmente así lo prevea<sup>3</sup>. Respecto de la segunda de estas dos consideraciones, sostiene GIMBERNAT que “el CP 95, en contra de esa opinión mayoritaria y sin que se haya dado ninguna explicación politicocriminalmente plausible de por qué se ha hecho así, ha decidido eliminar como delito la inducción frustrada —que la jurisprudencia del Tribunal Supremo incluía unánimemente en la provocación (art. 4.3 CP 73, art. 18.1 CP 95)— cuando se realiza *directamente* de palabra sobre el provocado, reservando para la provocación punible *únicamente* la incitación al delito a través de medios de comunicación”. Sostiene asimismo GIMBERNAT que “por consiguiente, y a partir de la entrada en vigor del nuevo CP, ya no se puede castigar, porque ha dejado de ser delito si el provocado por cualquier circunstancia decide no ejecutar el hecho, a quien, por ejemplo, paga a unos sicarios para que maten a una anciana (sancionado todavía como provocación en la sentencia del TS de 21 de marzo de 1986, A.

---

la realización de *cualquier delito*, mientras que la conspiración y la proposición se castigaban sólo en los casos especialmente previstos en la Ley. El Proyecto de 1994 se ajustaba, esta vez sí, al criterio “tradicional” seguido por los Códigos penales de 1870 y 1932.

- 3 Ello no excluye sin embargo la crítica a la selección de conductas delictivas, arbitraria en algunos casos, que ha realizado el Código penal de 1995, al excluir delitos más graves o igualmente graves que alguno de los incluidos en el régimen de punición excepcional de la conspiración, proposición y provocación para delinquir; de ahí que se haya sugerido un sistema de incriminación general de estos comportamientos, pero ceñido a alguna categoría de delitos (delitos *graves* o que tuvieran señalada una pena superior a cierto número de años). Sobre todo ello véase SILVA SANCHEZ, Jesús María: “La regulación del *iter criminis* (artículos 16-18)”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, págs. 149-150 y 152.

1678), ni a quien ordena a otros ejecutar un atentado contra la vida de un miembro de las Fuerzas de Seguridad del Estado (considerado, bajo la vigencia del CP derogado, igualmente una provocación por la sentencia de 22 de septiembre de 1987, A. 6618)”. En consecuencia con todo ello, sostiene finalmente GIMBERNAT que “... a diferencia de los textos prelegislativos anteriores, incluyendo el Proyecto de 1992, que no quisieron dar por cerrada ninguna cuestión que fuera técnicamente discutida o discutible, a fin de no perturbar el progreso de la jurisprudencia y de la doctrina, los desconocidos redactores del Proyecto que ha servido de base al CP 95 —incapaces, por otra parte, de poner en pie un texto alternativo de Código penal— han agotado su ingenio en meter la pluma para introducir, de acuerdo con sus particulares y minoritarias opiniones, cambios súbitos que, como la supresión como delito de la inducción frustrada o la pintoresca nueva regulación de la injuria, no habían sido madurados, en cuanto que no venían precedidos de una discusión previa en la que se hubiera llegado a una conclusión unánimemente aceptable y aceptada”<sup>4</sup>.

Si se aceptasen las anteriores manifestaciones parece que no quedaría otro remedio que considerar esa “supresión como delito de la inducción frustrada” como una muestra más de lo que el propio GIMBERNAT ha denominado en otro lugar manifestaciones o rasgos de “sectarismo doctrinal”, que en su opinión aparecen con frecuencia en el Código penal de 1995 y que no figuraban “... en ninguno de los textos prelegislativos anteriores (Proyecto de 1980, Propuesta de 1983, Proyecto de 1992), donde sus autores nunca quisieron —a pesar de que también habrían podido— cerrar legislativamente cuestiones sujetas a discusión”; manifestaciones de sectarismo doctrinal mediante las que por tanto se habría “... intentado imponer a un legislador accesible —y, tal vez, ingenuo— lo que no se había conse-

---

4 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “La futura primera reforma ...”, cit., págs. 18 y 19. Todos los subrayados son originales.

guido en la discusión doctrinal con la fuerza de convicción de los argumentos”<sup>5</sup>.

Pero para poder compartir íntegramente todas y cada una de las manifestaciones realizadas por GIMBERNAT que se acaban de transcribir, sería preciso admitir la validez de las tres premisas de las que parte este autor y que condicionan de forma necesaria la conclusión final a la que llega en torno al régimen de punición de la denominada “inducción frustrada”. Dichas premisas son:

- que la denominada “inducción frustrada” era punible en el anterior Código penal precisamente y sólo como una forma de provocación para cometer delito de su artículo 4.3º;
- que esa era, además, la opinión unánime o ampliamente mayoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia españolas; y
- que la “inducción frustrada” ha dejado de ser definitivamente punible en el nuevo Código penal de 1995, sin que exista además ninguna explicación politicocriminalmente plausible para ello, debido a que dicho texto ha reservado para la provocación punible únicamente la incitación al delito a través de los medios de comunicación.

Como la acusación de sectarismo doctrinal que en lo concerniente a la inducción frustrada formula GIMBERNAT contra el CP 95 es grave y depende en definitiva de la validez de las tres premisas indicadas, a su verificación se dedican las páginas que siguen.

---

5 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: “Prólogo a la segunda edición”, en *Código penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, edición preparada por Enrique Gimbernat Ordeig con la colaboración de Esteban Mestre Delgado, 2ª edic., Madrid 1996, págs. 23-24.

2. Pero antes de seguir adelante, creo que es conveniente tratar de delimitar, aunque sea mínimamente, el concepto de inducción frustrada y el origen de los problemas que plantea su régimen de punición.

Y para ello es preciso tener en cuenta que a pesar de que ni el artículo 14 del anterior Código penal ni el artículo 28 del de 1995 ofrecen un concepto de inducción, puede decirse que la misma siempre ha sido considerada por la doctrina y por la jurisprudencia como una forma de participación en el delito que consiste en determinar a otro a la realización de un hecho típicamente antijurídico; o dicho más exactamente: el inductor, mediante un influjo de tipo psíquico, ha de hacer surgir en el inducido la resolución y la realización por éste de una conducta delictiva<sup>6</sup>. Se habla entonces de lo que en la doctrina se conoce como doble resultado de la inducción: “por un lado, la adopción por el destinatario de la resolución delictiva; por otro, la puesta en práctica de esa resolución, esto es, la existencia de un principio de ejecución aun cuando el hecho principal no llegue a consumarse”<sup>7</sup>. El primer resultado consiste, pues, en que el inductor “provoca” en el inducido por medios psíquicos la “resolución” de cometer un hecho concreto; mientras que el segundo resultado tiene lugar cuando el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en “correspondencia” con dicha resolución<sup>8</sup>.

Puede decirse, entonces, que la inducción se “frustra” cuando el inductor no logra conseguir ni siquiera el primer resultado de la inducción y también cuando, superada esta pri-

6 Véanse, por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 4ª edic. adecuada al Código penal de 1995 por María Isabel Valdecabres Ortiz, Valencia 1996, pág. 686; y MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, 5ª edic., Barcelona 1998, pág. 400. Cuando no se especifique otra cosa, las referencias que en este trabajo se hagan a estas dos obras lo serán a las ediciones que se citan en esta nota.

7 GOMEZ RIVERO, Mª del C.: *La inducción a cometer delito*, Valencia 1995, pág. 170.

8 BALDÓ LAVILLA, F.: “Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)”, en *A.D.P.C.P.* (1989), pág. 1093.

mera fase, no se alcanza el segundo resultado de la inducción al no comenzarse a ejecutar el delito por parte del inducido. En un intento de alcanzar una mayor precisión terminológica, algunos autores hablan de inducción fracasada, de inducción no seguida de resultado o realización y de inducción inidónea: la primera sería aquella en la que el inducido no adopta la resolución criminal; en la segunda, el inducido adopta la resolución criminal pero no ejecuta el hecho; y en la tercera el inducido se encontraba ya decidido a cometer el hecho<sup>9</sup>. RODRIGUEZ MOURULLO parece sin embargo que distingue entre inducción frustrada y tentativa de inducción: “De inducción frustrada no se puede hablar en tanto el inductor no haya conseguido alcanzar con su instigación al destinatario. La inducción se frustra cuando desplegada la acción instigadora sobre otra persona, no se consigue la corrupción de ésta, es decir, no se logra el resultado de des-  
pertar en ella la resolución de ejecutar el hecho delictivo. Hasta ese momento, o sea, en tanto no se haya desplegado esa acción instigadora, existe tan sólo tentativa de inducción”<sup>10</sup>. Otros autores, como del ROSAL BLASCO, se decantan por diferenciar entre actos preparatorios de incitación, tentativa de incitación e incitación frustrada, si bien este autor se refiere posteriormente en otro momento a la inducción frustrada como concepto genérico comprensivo tanto de aquellos supuestos en los que el inductor hace llegar su mensaje incitador al inducido pero no ha conseguido la resolución criminal, como de aquellos otros en que habiéndose conseguido esto último, el incitado, sin embargo, no da comienzo a la ejecución del delito<sup>11</sup>. Por último, puede

9 Véase, por ejemplo, JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, volumen segundo, Barcelona 1981, pág. 984. Recoge dicha terminología en la doctrina española REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología en el nuevo Código penal. La exteriorización de la voluntad delictiva*, Valencia 1997, pág. 42.

10 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código penal*, Tomo I (Artículos 1-22), por Juan CORDOBA RODA y Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, 1ª edic., Barcelona 1972, pág. 186.

11 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación para cometer delito...*, cit., págs. 308 a 310.

decirse para acabar con esta ojeada terminológica realizada sin ánimo de exhaustividad, que otros autores parece que prefieren manejar un concepto genérico o indiferenciado para hacer referencia al conjunto de comportamientos que aquí nos ocupa: así, por ejemplo, se habla simplemente de tentativa de inducción<sup>12</sup>, de inducción anticipada<sup>13</sup> o de inducción frustrada<sup>14</sup>.

Al margen de la cuestión terminológica y de otros posibles intentos clasificatorios<sup>15</sup>, y por lo que a este trabajo interesa, creo que al menos provisionalmente podemos utilizar el concepto genérico de inducción frustrada o intentada para hacer referencia a tres grupos de supuestos, que serían los siguientes:

- a. El mensaje del inductor no llega por la razón que sea a conocimiento del inducido. Los ejemplos que suele utilizar la doctrina para explicar este primer supuesto son los de la carta que contiene el mensaje incitador y que no llega a su destinatario, al ser interceptada por la policía o porque se pierde. En todos estos casos falta el primer resultado de la inducción.
- b. El mensaje del inductor llega a conocimiento del inducido, pero éste no adopta la resolución de ejecutar el delito. Esta falta de nacimiento de la resolución criminal puede tener su causa en varias situaciones. Por ejemplo: el inducido llega a tomar en consideración el

---

12 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 335 y 404. También MUÑOZ CONDE en MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte general*, 3ª edic., Valencia 1998, pág. 503.

13 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOSILDO, S.: *Derecho penal. Parte General (Teoría Jurídica del Delito)*, 2ª edic., corregida y aumentada, Madrid 1986, pág. 431; aunque también admiten la denominación de inducción frustrada en pág. 437.

14 GIMBERNAT ORDEIG, E.: "La futura primera reforma ...", cit. págs. 18 y 19. También en *Autor y cómplice en Derecho penal*, Servicio de publicaciones e intercambio, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid 1966, págs. 164-165.

15 Véase por ejemplo la clasificación, con su correspondiente terminología, que, procedente de la doctrina alemana, recoge GOMEZ RIVERO, Mª del C.: *La inducción...*, cit., págs. 280 y ss.

mensaje del inductor pero decide finalmente no adoptar la resolución delictiva; el inducido se muestra neutro o indiferente ante el mensaje del inductor; el inducido rechaza de modo absoluto y desde el primer momento la proposición de cometer el delito; el inducido ya estaba previa y plenamente decidido a cometer ese mismo delito (*omnimodo facturatus*); o el inducido aparentemente acepta la proposición criminal pero con la única intención de percibir el precio que le ofrece el inductor por ejecutar el delito, sin plantearse, por tanto, seriamente su puesta en práctica e incluso advirtiendo en ocasiones a la propia víctima. En todos estos casos también falta el primer resultado de la inducción.

- c. El inducido recibe el mensaje del inductor y adopta la decisión de cometer el delito, pero finalmente no da comienzo a su ejecución: bien porque en el último instante desiste, bien porque sufre un accidente o es detenido momentos antes de la ejecución, o bien porque la ejecución es materialmente imposible (la víctima ya ha fallecido, el inducido carece de los instrumentos adecuados o de los conocimientos necesarios para ejecutar un robo con fuerza en las cosas, el inducido no reúne las condiciones personales exigidas por un tipo especial propio, etc.). En todos estos casos falta únicamente el segundo resultado de la inducción, habiéndose alcanzado sin embargo el primero.

La amplia variedad de formas de comportamiento a las que se ha hecho mención puede justificar la utilización del término genérico inducción frustrada o intentada para hacer referencia a todas ellas, siempre y cuando se tenga en cuenta que no todas ellas poseen ni mucho menos el mismo grado de peligrosidad. Y este distinto grado de peligrosidad deberá ser tenido muy en cuenta, como veremos más adelante, para fundamentar la necesidad o no de punición de la inducción frustrada o intentada. Lo único que en estos momentos podemos decir que tienen en común todos los comportamientos que hemos englobado en

el concepto de inducción frustrada o intentada es que al incitador no se le puede castigar con la pena que el Código penal establece para el inductor: lo impide la generalizada concepción doctrinal y jurisprudencial de la inducción como una forma de participación y la aplicación, por tanto, del principio de accesoriidad. En efecto: es una opinión ampliamente admitida que la responsabilidad del partícipe tiene carácter accesorio, por lo que su conducta sólo puede ser castigada en la medida en que el hecho principal alcance al menos el estadio de la tentativa: el principio de ejecución del hecho principal traza de esta manera para el partícipe, en nuestro caso inductor, la frontera de lo punible<sup>16</sup>. Como ha destacado entre nosotros GOMEZ RIVERO, "... la punibilidad del inductor va a requerir, conforme al principio de accesoriidad limitada del que partimos, la realización por el inducido de un hecho típico y antijurídico del que derivar la responsabilidad del partícipe. Y dado que en principio, ni la realización de meros actos preparatorios por el autor, ni por consiguiente, la mera adopción de la resolución delictiva es aún punible, para que el inductor responda como tal, será necesario que el autor atraviese el umbral que nos introduce en los actos ejecutivos aún cuando no llegue a la consumación, ya que es el principio de ejecución delictiva el que marca el comienzo de su propia responsabilidad"<sup>17</sup>.

La inducción frustrada o intentada se integra, pues, en la categoría de las formas imperfectas de ejecución de la participación, cuya impunidad viene determinada por la vigencia del principio de accesoriidad y porque, en consonancia con ello, los artículos 61, 62 y 63 del Código penal de 1995 sólo permiten imponer una pena a los autores (del artículo 28: autores, inductores y cooperadores necesarios) y a los cómplices de un delito *consumado* o *intentado*<sup>18</sup>. En realidad, las formas imperfectas de

16 Véase, por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 683. También MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 395.

17 GOMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del C.: *La inducción...*, cit., págs. 278-279.

18 Véase este planteamiento en MIR PUIG, S.: "Los términos *delito* y *falta* en el Código penal", en *A.D.P.C.P.* (1973), págs. 363 y ss., en especial 365.

ejecución de la participación, denominadas también participación frustrada o intentada o tentativa de participación, no son más que actos preparatorios del delito, al faltar en todas ellas por definición el principio de ejecución que es propio de la tentativa y que marca, con carácter general, el momento del comienzo de intervención del Derecho penal. Con razón señala en este sentido RODRIGUEZ MOURULLO que "... no debe confundirse, bajo ningún concepto, esta "tentativa de participación" con la "tentativa ejecutiva" (...). Porque justamente lo que caracteriza a la primera es que se integra por actuaciones *preejecutivas*, mientras que la segunda se individualiza por entrañar un comienzo de ejecución"<sup>19</sup>.

Por eso, condición necesaria para el castigo de las formas imperfectas de ejecución de la participación, y de cualquier acto preparatorio anterior al momento del comienzo de los actos ejecutivos propios de la tentativa, es la previsión en el Derecho positivo de una causa de extensión de la pena que permita expresamente su punición. Es decir: su castigo depende de la existencia de una norma que extienda la pena a todos estos supuestos que deberían permanecer en el ámbito de la impunidad por exigencia de los principios generales que regulan las relaciones entre el *iter criminis* y la participación (principio de accesoriedad).

Por lo que a la inducción frustrada se refiere, una norma de esta naturaleza existe en el vigente Código penal alemán, cuyo parágrafo 30 (*Versuch der Beteiligung*) castiga expresamente la tentativa de instigación<sup>20</sup>, y en el vigente Código penal italiano, cuyo artículo 115 permite al Juez aplicar una medida de seguridad en algunos casos de instigación no seguida de ejecu-

---

19 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "La punición de los actos preparatorios", en *A.D.P.C.P.* (1968), pág. 279.

20 Sobre el parágrafo 30 del StGB véase, además de las obras generales de referencia, LETZGUS, K.: *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafbarkeit*, Berlín 1972; y ROXIN, C.: "Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung (§ 30 StGB)", en *Juristische Arbeitsblätter* (1979), págs. 169-175.

ción<sup>21</sup>. Y ha existido también en el Derecho penal español, que ha previsto en ocasiones la punición expresa de algunos supuestos de inducción frustrada. Así, por ejemplo, y dejando aparte el antecedente lejano del Código penal de 1822<sup>22</sup>, se puede hacer mención al artículo 46.3º del Código penal de 1928<sup>23</sup>, al artículo 9.4º de la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933<sup>24</sup> o al artículo 238.3º del Código de Justicia militar después de la redacción dada por la Ley de 2 de marzo de 1943, que reformó el delito de rebelión<sup>25</sup>. Y parece que también se castigó la induc-

- 
- 21 Los párrafos 3º y 4º del artículo 115 del Código penal italiano se refieren respectivamente a la instigación acogida a un *reato*, pero no seguida de ejecución del mismo, y la instigación a un *delitto* que ni siquiera ha sido acogida, declarando en ambos casos, salvo que la ley disponga otra cosa, la impunidad, pero permitiendo también en ambos casos la aplicación de una medida de seguridad.
- 22 Artículo 6º: “*La proposición hecha y no aceptada para cometer delito, y la conjuración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en que la ley lo determine expresamente*”.
- 23 Artículo 46.3º: “*Los que, por consejos, dádivas o promesas u otros medios análogos, induzcan directamente a otros a ejecutar el hecho, siempre que la inducción, por su naturaleza y condiciones, pueda ser eficaz para determinar al agente, aunque la infracción no llegue a cometerse por causas ajenas a la voluntad del que indujo. En este último caso, el inductor será equiparado al autor de un delito o de una falta frustradas*”.
- 24 Artículo 9.4º: “*Los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación del mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón a ellos se hubiese dictado auto de sobreesimiento o sentencia absolutoria*”.
- 25 Artículo 238.3º: “*Con la misma pena (doce años y un día de reclusión a muerte) se castigará a los que por consejos, dádivas, promesas, prevaleándose de su autoridad o por otros medios instiguen o persuadan directamente a otros a ejecutar el hecho (la rebelión) siempre que la inducción, por su naturaleza y condiciones, produzca la determinación del agente. Si no consiguen su propósito serán castigados con la pena de seis años de prisión a veinte de reclusión*”. La inducción seguida del sostenimiento de la rebelión se castigaba en el párrafo 1º con la pena única de muerte, mientras que la incitación de palabra, por escrito u otro medio de expresión o difusión que facilite o ayude al alzamiento rebelde se castigaba con la pena de seis años y un día de prisión a veinte años de reclusión. En cambio, la conspiración y

ción frustrada en el Código penal para el territorio de Marruecos<sup>26</sup>.

Pero ni el Código penal de 1944 contenía ni el de 1995 contiene una norma que de forma expresa extienda la pena a la inducción no seguida de ejecución. Por esta razón, la única posibilidad que queda en el Derecho penal español para contemplar la punición de la inducción frustrada es acudir a las figuras de conspiración, proposición o provocación para delinquir, que según la doctrina tienen precisamente, como indica MIR PUIG, "... el sentido de *extensión* de la punibilidad a ciertas formas de imperfecta ejecución de participación de otro modo impunes"; de tal manera, que las formas de participación imperfecta que no reúnan los requisitos exigidos por aquellas figuras no pueden ser castigadas según las reglas generales<sup>27</sup>.

Que la conspiración, proposición y provocación para delinquir encierran supuestos de participación intentada constituye una opinión generalizada en la doctrina española, admitida también incluso por quienes confinan su estudio al ámbito del *iter criminis* y de los actos preparatorios del delito<sup>28</sup>. Y en efecto: conspiración, proposición y provocación son actos preparatorios en tanto en cuanto conceptualmente son actos externos encaminados a la perpetración de un delito que no implican aún un principio de ejecución<sup>29</sup>, que de alcanzarse convertiría a sus

---

proposición para la rebelión se castigaban "sólo" con la pena de prisión de seis meses y un día a doce años. En los mismos términos se modificó el Código penal de la Marina de Guerra (artículo 2º de la Ley de 2 de marzo de 1943).

26 Véase ANTON ONECA, J.: *Derecho penal, Tomo I (Parte General)*, Madrid 1949, pág. 406.

27 MIR PUIG, S.: "Los términos *delito y falta* ...", cit., pág. 365.

28 Véase, por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 648; MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 332; y OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 424-425, si bien estos últimos autores excluyen del carácter de pre-participación a la provocación.

29 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "La punición...", cit., pág. 279.

intervinientes en autores o partícipes de un delito intentado o consumado<sup>30</sup>.

De acuerdo con el anterior planteamiento, la inducción frustrada o es conspiración, o es proposición, o es provocación o es impune; y como veremos a continuación, en la doctrina y en la jurisprudencia españolas se han defendido todas y cada una de estas alternativas.

3. Para CUELLO CONTRERAS, “la conspiración es una *tentativa de inducción*”, “hasta tal punto que en ella se castiga a un inductor en potencia ... y se le castiga sin que siquiera haya un autor principal. En este sentido la norma sancionadora supone una ruptura del principio de accesoriadad de la participación”<sup>31</sup>. Por eso, una vez que ha dado comienzo la ejecución del delito principal, “todos y cada uno de los conspiradores han de ser transformados en autores o partícipes del delito principal ... si bien básicamente hay que partir de que en cualquier caso todos reúnen las características de la figura del inductor”; pues el conspirador “... determina de tal manera el acto principal, que se puede decir que posee el dominio espiritual de ese hecho, de tal forma que sin su concurso el delito no se habría ejecutado”<sup>32</sup>. La opinión de CUELLO CONTRERAS descansa en la idea de que en la conspiración la decisión de delinquir de cada uno de los conspiradores refuerza y condiciona la de los demás, por lo que existe una mutua influencia entre todos ellos que hace surgir la resolución criminal: la conspiración integraría así una

30 Resalta este segundo aspecto GOMEZ BENITEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito*, 1ª edic., Madrid 1984, pág. 557.

31 CUELLO CONTRERAS, J.: *La conspiración para cometer el delito: Interpretación del artículo 4, 1, CP (Los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona 1978, pág. 108. Subrayado en el original. Véanse también las págs. 188-189.

32 CUELLO CONTRERAS, J.: *La conspiración ...*, cit., págs. 188-189.

especie de tentativa mutua de inducción llevada a cabo por todos los conspiradores<sup>33</sup>.

La idea de que “la conspiración es una tentativa de inducción” no ha encontrado eco, en cuanto se me alcanza, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Y es que realmente se trata de una opinión difícil de defender: no sólo por lo arduo de su adecuación al concepto de conspiración que ofrece (y ofrecía) el Derecho penal español, sino sobre todo por las incongruentes consecuencias que produce su aplicación a partir del momento en que comienza a ejecutarse el delito principal; consecuencias que han sido puestas de relieve por GOMEZ RIVERO, cuyas críticas en este punto comparto plenamente<sup>34</sup>. Por eso, no me voy a detener más en esta cuestión.

Además, el objeto principal de este trabajo es tratar de comprobar si el Código penal de 1995 ha despenalizado la inducción frustrada. Y resulta que el nuevo texto ha mantenido

33 CUELLO CONTRERAS, J.: *La conspiración* ..., cit., pág. 190. Sin embargo, el título de responsabilidad de los diversos conspiradores una vez que comienza la ejecución del delito dependería del papel que cada uno de ellos lleva a cabo en la ejecución, si es que participa materialmente en la misma: véanse págs. 190 y ss. En cualquier caso, la posición de este autor es contradictoria, pues en otro lugar anterior de su obra manifiesta otra opinión en torno a la ubicación de la inducción frustrada: “el concepto de provocación es más amplio que el de inducción. Es por eso que la falta de un precepto en el Código penal español que castigue la tentativa de inducción o inducción frustrada, determina que ésta sea subsumida en la conducta menos grave de provocación, que sí se sanciona en el Código” (pág. 152, nota 28); y abundando en esta idea, estima lo siguiente: “que el párrafo III del artículo 4 equipare a efectos penales provocación e inducción no quiere decir que la provocación sea una inducción frustrada siempre, pero sí que una conducta de inducción pueda ser subsumida en la provocación, dada la redacción del Código, donde no se exige, como en nuestro Derecho histórico, el empleo de determinados medios” (pág. 152, nota 29; véase también pág. 178). Finalmente, parece que este autor considera a la provocación como perteneciente al género de la “apología”, es decir, “una rebelión contra el Ordenamiento jurídico en su totalidad, de carácter moral más que jurídico” (pág. 153). Véase también, denunciando estas contradicciones, del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., pág. 112.

34 GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del C.: *La inducción* ..., cit., pág. 287, nota 743.

íntegramente el concepto de conspiración que ofrecía el anterior Código penal, del que no se ha modificado ni una coma; por lo que quienes antes mantenían que la conspiración era una tentativa de inducción no encontrarán obstáculos para seguir manteniendo lo mismo ahora. Es mucho más interesante, sin embargo, analizar con mayor profundidad la opinión de aquellos autores que pensaban que la inducción frustrada era punible al estar incluida en la figura de la provocación definida en el párrafo 3º del artículo 4 del anterior Código penal, pues el artículo 18 del Código penal de 1995 sí ha modificado el concepto de provocación. Sólo si estos autores tenían razón podremos empezar a pensar que el Código penal de 1995, al modificar el concepto de provocación, ha variado el régimen punitivo de la inducción frustrada, produciéndose en su caso una despenalización de esta última figura.

4. El párrafo III del artículo 4 del anterior Código penal establecía que “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”.

Así las cosas, un sector de la doctrina se inclinó por estimar que la inducción frustrada resultaba comprendida en el concepto de provocación. En este sentido, CUELLO CALÓN consideró que “realmente la provocación no es un grado de desarrollo del delito, sino una forma de participación en él, y el mismo texto legal conviene en tal semejanza al disponer que <si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción>. En la vigente ley la denominada *provocación* es la inducción no seguida de efecto y la llamada *inducción* es la incitación a delinquir seguida de la perpetración del hecho punible”<sup>35</sup>. En la misma dirección se manifestó QUIN-

35 CUELLO CALÓN, E.; *Derecho penal*, tomo I (Parte General), volumen segundo, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, 18ª edic., Barcelona 1981, pág. 661.

TANO RIPOLLÉS, al mantener que “a partir de la reforma de 1944, y al incorporarse (la provocación) a la gestación del delito, de cada delito, la propinquidad con la inducción se hace más visible, siendo el solo signo diferencial ese tan aleatorio que la propia ley menciona: el que sea o no seguida por la perpetración”; por ello, sostiene que la inducción posee una “...estructura sumamente afín a las que el artículo 4º del propio Código considera forma comisiva imperfecta de *provocación*, que como ya se dijo, viene a ser una *inducción frustrada*, pues en el supuesto de que a la misma hubiera seguido la perpetración del delito, se castigaría como inducción efectiva”. Por último, y para defender su tesis según la cual “el desistimiento del inducido o la no aceptación de la inducción no acarrea la irresponsabilidad del inductor”, acude QUINTANO RIPOLLÉS a una especie de argumento *a contrario* que después encontraría eco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: al decirse en el último inciso del artículo 4º “...que si a la provocación hubiere seguido la perpetración se castigaría como inducción, *a contra sensu* habrá que convenir que la inducción no seguida de efecto se ha de considerar provocación”<sup>36</sup>. También FERRER SAMA acudió al criterio de la ejecución o no del delito al que se incita recogido en el último inciso del artículo 4.3º para diferenciar la inducción de la provocación, y así pudo decir que “... lo que el Código castiga en el artículo 4º, en relación con el 52, es la inducción verifica-

---

36 QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho penal*, Volumen I, Madrid 1958, págs. 384 y 394-395 respectivamente; lo mismo en *Curso de Derecho penal*, tomo I, Madrid 1963, págs. 226 y 246-247. Las mismas y parecidas consideraciones realiza en *Comentarios al Código penal*, volumen I, Madrid 1946, págs. 50 y 274; y en MEZGER, E.: *Tratado de Derecho penal*, tomo II, traducción de la segunda edición alemana (1933) y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, 3ª edic. adicionada y puesta al día por Antonio Quintano Ripollés, Madrid 1957, págs. 328 y 346; en este último lugar considera a la provocación del artículo 4 como una especie de inducción frustrada “de la más equívoca estructura jurídica” (pág. 328).

da con medios eficaces, pero ineficaz en el caso concreto”<sup>37</sup>. Y de la misma opinión era del ROSAL<sup>38</sup>.

La misma idea encontramos en la siguiente generación de penalistas. Así, por ejemplo, GIMBERNAT ORDEIG, después de decir que la inducción frustrada no es una conducta que se pueda castigar como proposición y que, por eso, la razón de ser del artículo 4 párrafo 3º es la de tipificar una conducta (la inducción ineficaz) que el artículo 4 párrafo 2º no abarca, considera contundente el argumento a *contra sensu* de QUINTANO RIPOLLÉS que acabamos de ver<sup>39</sup>. A la misma conclusión, aunque a través de una argumentación diferente, llega RODRIGUEZ MOURULLO: “La inducción no seguida de ejecución podrá castigarse como provocación, pero en este caso el inductor no responderá como tal, sino como reo de provocación para delinquir”<sup>40</sup>; y todavía matiza más este autor, al estimar que salvando las diferencias que median entre inducción y provocación, cabría caracterizar a la provocación como una “variedad de inducción frustrada”, pero nunca como una simple “tentativa de inducción”<sup>41</sup>. También para BACIGALUPO “*la tentativa de investigación es punible en el Código Penal como un delito autónomo*”

37 FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código penal*, tomo I, 1ª edic., Murcia 1946, pág. 89; más explícito es en el tomo II de la misma obra (Murcia 1947): “Pero en la actualidad, dichos casos de ineficacia de la inducción o del desistimiento por parte del ejecutor material, hacen incurrir al inductor en responsabilidad penal a título de provocación al delito en virtud de lo que dispone el último párrafo del artículo 4º del Código penal reformado” (pág. 55).

38 “La frontera de separación entre la provocación y la inducción la señala el Código en tema de ejecución del delito. Si ha seguido la perpetración, es inducción; en caso contrario, queda en provocación”. Véase del ROSAL, J.: *Tratado de Derecho penal español (Parte general)*, volumen II, Madrid 1968, pág. 325.

39 GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice ...*, cit., pág. 165, nota 163.

40 RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios ...*, tomo I, cit., pág. 856.

41 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios ...*, tomo I, cit., pág. 186. Como ya hemos visto antes, para este autor la inducción frustrada tiene lugar cuando el mensaje incitador es percibido por la persona pero ésta no adopta la resolución de ejecutar el delito; hasta ese momento, existe tan sólo tentativa de inducción (pág. 186).

mo porque así lo determina el art. 4 III al declarar punible la *provocación*, que no es sino una tentativa de inducción ya que no se requiere que el <provocador> tenga éxito<sup>42</sup>. El mismo punto de vista parece compartir, aunque no lo diga expresamente, RODRIGUEZ RAMOS<sup>43</sup>.

Más recientemente, se han sumado a esta corriente doctrinal del ROSAL BLASCO, GOMEZ RIVERO y REBOLLO VARGAS. Para del ROSAL BLASCO, “tenemos que concluir que en el artículo 4, párrafo III, regula nuestro Código la *inducción frustrada*; o, si se prefiere, utilizando una terminología distinta a la normalmente empleada en la teoría del *iter criminis*, la *inducción fracasada* y la *inducción no seguida de realización del delito*. O, igualmente, en una terminología que va sumando adeptos en la doctrina española, podemos decir que el párrafo III del artículo 4 regula la *inducción anticipada*”<sup>44</sup>. A GOMEZ RIVERO parece que no le “queda más remedio que concluir que *es en la provocación donde el legislador está castigando la tentativa de inducción, y que lo está haciendo mediante la configuración de un tipo de peligro abstracto...*”<sup>45</sup>. Y la misma opinión comparte REBOLLO VARGAS: “podemos concluir que lo que se castigaba en el párrafo 3º del artículo 4 CPA..., cuando la provocación se lleva a cabo a través de medios interpersonales es la inducción frustrada”<sup>46</sup>.

42 BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho penal. Parte General*, 2ª edic., Madrid 1990, pág. 238. Subrayados en el original.

43 RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal (Parte general)*, 3ª edic., Madrid 1986, pág. 252.

44 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación...*, cit., pág. 139 (subrayados en el original); véanse también las págs. 164 y 310-311. Del mismo autor: “Sobre los elementos del hecho típico en la inducción”, en *C.P.C.*, nº 40 (1990), págs. 105 y 107. También se mantiene esta opinión en COBO DEL ROSAL, M. y del ROSAL BLASCO, B.: *Código penal comentado*, coordinado por Jacobo Barja de Quiroga y Luís Rodríguez Ramos, Madrid 1990, pág. 21.

45 GOMEZ RIVERO, Mª del C.: *La inducción...*, cit., pág. 301. Subrayado en el original.

46 REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología...*, cit., págs. 91-92.

También la jurisprudencia consideró mayoritariamente, aunque no de forma unánime como veremos después, que la provocación definida en el artículo 4.3° del anterior Código penal comprendía la inducción frustrada o no seguida de ejecución. Así, por ejemplo, la Sentencia de 5 de febrero de 1954 (R.A. 215) estimó que la provocación venía a representar “tanto como una verdadera inducción a delinquir que no llega a conseguirlo pese a sus insinuaciones, pues si tal evento se diera, y a la dicha provocación hubiese seguido la perpetración del delito habría de estimarse y penarse como típica y real inducción, según de modo expreso estatuye el propio precepto del Código que se estudia”.

De esta manera, la jurisprudencia dió acogida muy pronto a las tesis doctrinales antes citadas que establecían la diferencia entre provocación e inducción en la ejecución o no del delito objeto de la incitación; tesis en virtud de la cual la provocación era una incitación no seguida de ejecución y la inducción una incitación seguida de actos ejecutivos, y cuya fundamentación descansaba sobre todo en el último inciso del párrafo 3° del artículo 4 del anterior Código penal (si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción). Por eso es frecuente encontrar declaraciones jurisprudenciales tales como “que la provocación seguida de ejecución se transmuta en autoría, por precepto imperativo del último inciso del artículo 4° del Código penal” (S.T.S. 20-IV-1961, R.A.1348); que el hecho de que el delito no llegue a perpetrarse “sólo impide que la provocación se convierta en inducción” (S.T.S. 24-XII-1954, RA 2988); que la provocación “no alcanza el rango de inducción al no ser seguida de efecto material” (S.T.S. 2-X-1962, R.A. 3492); o que es necesario que en la provocación la incitación o sugestión no sea eficaz o determinante, “pues si lo fueran y el delito provocado se realizara, la conducta referida perdería sustantividad quedando absorbida por la fraterna figura de mayor rango llamada inducción” (S.T.S. 14-V-1977, R.A. 2284)<sup>47</sup>. En esta misma línea, el Tribunal Supremo

47 En el mismo sentido véanse las Sentencias de 27-XII-1954, R.A. 2990; 12-1-1961, R.A. 54; 6-III-1962, R.A. 972; 23-V-1962, R.A. 2203; 18-V-1963,

incluso llegó a aceptar expresamente el argumento *a contrario* propuesto por QUINTANO RIPOLLÉS al que antes se hacía mención, pues a decir de la Sentencia de 30 de diciembre de 1980 (R.A. 5073) si “la provocación seguida de ejecución se castiga como inducción, *a sensu contrario*, cuando la inducción no va seguida de ejecución, es decir, cuando se trunca o frustra, debe castigarse como provocación”; el mismo argumento utilizó la Sentencia de 16 de noviembre de 1987 (R.A. 8520), “de conformidad con la opinión de sectores doctrinales prestigiosos y con la jurisprudencia de esta Sala”.

Por último, conviene también recordar por lo que luego se dirá que el Tribunal Supremo estimó que “la provocación no requiere sinalagmatismo alguno como la inducción, de la que morfológicamente viene a ser una variedad frustrada” (Ss.T.S. 23-V-1962, R.A. 2203 y 14-V-1977, R.A. 2284); por lo que en la provocación basta la “percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia, es decir, de que hayan o no logrado la finalidad propuesta de decidir al sujeto receptor a la perpetración del hecho criminal” (S.T.S. 21-III-1986, R.A. 1678). Esto permitió a la jurisprudencia aplicar la pena de la provocación (la misma que la de la tentativa) a toda una serie de incitaciones no aceptadas o, incluso, rechazadas con energía por parte del incitado, sobre todo en materia de aborto<sup>48</sup>, aunque también en otros delitos (asesinato: S.T.S. 21-III-1986, R.A. 1678; falsedad en documento oficial: S.T.S. 16-XI-1987, R.A. 8520).

5. ¿Tenía razón el sector doctrinal y jurisprudencial al que se acaba de hacer referencia?, ¿era punible la inducción frustrada como forma de provocación del párrafo 3º del artículo 4 del anterior Código penal? Mi opinión es que no, y ello sobre

---

R.A. 2428; 19-VI-1964, R.A. 3174; 17-III-1969, R.A. 1646; 25-III-1969, R.A. 1718; 4-XI-1969, R.A. 5229; y 21-III-1986, R.A. 1678.

la base de las consideraciones que trataré de exponer a continuación.

Comencemos por la tesis compartida por doctrina y jurisprudencia en virtud de la cual la única diferencia entre inducción y provocación radicaría en la perpetración o no del delito objeto de incitación por parte del incitado; tesis que se fundamenta en el último inciso del párrafo 3º del artículo 4 del anterior Código penal: “si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

En mi opinión, dicha cláusula contiene lo que LARENZ denomina una ficción jurídica, que “consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe que es desigual”<sup>49</sup>. Para este autor, las ficciones legales “tienen como finalidad, normalmente, la aplicación de la regla dada para un supuesto de hecho (S①) a otro supuesto de hecho (S②)”. En nuestro caso, podemos estimar que S① es el supuesto de hecho contemplado en el artículo 14.2º del anterior Código penal, y que S② es el supuesto de hecho contemplado en el último inciso del párrafo 3º del artículo 4 del mismo Código. Aplicado esto último a la estructura de las ficciones jurídicas tendríamos, como apunta LARENZ, que “como la ley no contiene enunciados sobre hechos sino órdenes de validez, el legislador no afirma que S② (en nuestro caso provocación seguida de ejecución) sea de hecho igual a S① o un caso de S① (en nuestro caso la inducción del artículo 14.2º), sino que indica que para S② valen las mismas consecuencias jurídicas que para S①. Para conseguir esto, dispone que S② debe ser considerado por el que aplica la ley “como si” fuera un caso de S①”<sup>50</sup>.

48 Véanse las Sentencias de 5-II-1954, R.A. 215; 24-XII-1954, R.A. 2988; 27-XII-1954, R.A. 2990; 23-V-1962, R.A. 2203; 2-X-1962, R.A. 3492; 14-V-1977, R.A. 2284; y 8-II-1980, R.A. 455.

49 LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, 2ª edición definitiva (de la cuarta alemana definitiva), Barcelona 1980, pág. 255.

50 LARENZ, K.: *Metodología...*, cit., pág. 255.

Lo que sucede es que “la ficción, en virtud del efecto sugestivo de la formulación, comporta el peligro de ignorar la diferencia efectiva que, por cierto, existe entre S⊕ y S⊗”<sup>51</sup>. Y esto es lo que pasa con la tesis doctrinal y jurisprudencial que aquí estamos examinando, en la que acaba produciéndose una total identificación o confusión entre los conceptos legales de inducción (artículo 14.2º) y de provocación (artículo 4.3º), que a mi modo de ver son distintos. Esta confusión se pone claramente de relieve, por ejemplo, en el argumento *a contrario* traído a colación por QUINTANO RIPOLLES para reforzar este punto de vista: “si la provocación seguida de perpetración se castiga como inducción, entonces *a contra sensu* habrá de convenir que la inducción no seguida de efecto se ha de considerar provocación”. Pues para compartir semejante argumento tendríamos que admitir que la clase de conductas “inducción no seguida de efecto” a que se hace referencia en la conclusión del argumento, está incluida o pertenece a la clase de conductas “*provocación* seguida de perpetración” a que hace referencia en la premisa de la que parte el argumento. Y como la clase “*provocación* seguida de perpetración” a que se hace referencia en dicha premisa procede del último inciso del párrafo 3º del artículo 4, y las *provocaciones* seguidas de perpetración mencionadas en éste último inciso sólo pueden ser las *provocaciones* definidas legalmente en el primer inciso del mismo precepto, al final lo que se está diciendo es que la inducción del artículo 14.2º cuando no es seguida de efecto (inducción frustrada) está incluida o pertenece al concepto de provocación definido en el párrafo 3º del artículo 4 del anterior Código penal. O dicho de otra manera: el argumento *a contrario* que estamos analizando, para ser coherente, necesita o da por supuesta una nueva premisa en virtud de la cual la clase “inducción no seguida de efecto” estaría incluida o sería igual a la clase “provocación” definida legalmente en el anterior artículo 4.

O dicho aún de una forma todavía más clara: si el argumento *a contrario* es aquel que parte de la oposición entre dos

---

51 LARENZ, K.: *Metodología...*, cit., pág. 256.

hechos para concluir del uno lo contrario de lo que ya se sabe del otro, entonces lo único que realmente dice *a contrario* el último inciso del párrafo 3° del artículo 4 del anterior Código penal es que “si a la provocación (definida en el inciso anterior) *no* hubiere seguido la perpetración del delito, *no* se castigará como inducción”; es decir: partiendo de la contraposición de los dos únicos hechos para los que el artículo 4.3° del anterior Código establece consecuencias jurídicas (provocación no seguida de perpetración y provocación seguida de perpetración), de lo que ya se sabe (que la provocación seguida de perpetración se castiga como inducción) concluimos su contrario (que la provocación sin esa circunstancia no se castiga como inducción). De las dos únicas proposiciones que nos proporciona el artículo 4.3° del anterior Código (definición de provocación y norma para la provocación seguida de perpetración), nunca podremos deducir que la inducción frustrada o la no seguida de ejecución se ha de considerar como una forma de provocación. Para eso no nos queda más remedio que admitir implícitamente o presuponer una nueva proposición o premisa, seguramente basada en la similitud de ambas figuras, que nos permita extender el concepto de provocación definido en el artículo 4.3° del Código anterior a todas las inducciones del artículo 14.2° que se frustren o no sean seguidas de ejecución. Sólo dando por supuesto esto último podremos introducir la inducción frustrada del artículo 14.2° en el circuito de las disposiciones y consecuencias jurídicas contenidas en los dos incisos del artículo 4.3°; de tal forma que si no fuera seguida de ejecución se castigaría como forma de provocación (artículo 4.3°, inciso primero, en relación con el 52.3°), y si por el contrario fuera seguida de ejecución se castigaría como inducción (artículo 4.3°, último inciso).

Llegamos así a la total identificación o confusión entre las categorías de inducción y provocación mantenida por el sector doctrinal y jurisprudencial antes aludido para, a continuación, establecer su única diferencia en la ulterior realización o no del delito objeto de incitación. Como acabamos de ver, semejante identificación o confusión no se deduce de ningún argu-

mento *a contrario* que se pueda derivar de la regulación legal de la provocación en el anterior Código penal. En realidad, el sedicente argumento *a contrario* traído a colación por doctrina y jurisprudencia para justificar el castigo de la inducción frustrada como forma de provocación oculta o encubre, en mi opinión, un auténtico argumento *a simili* o por analogía; argumento *a simili* construido a partir de una presunción de identidad entre inducción y provocación, explicable seguramente por la semejanza estructural de ambas figuras, ya que en los dos casos se trata de instigar a otro a la comisión de un delito, pero que no se adecuaba al texto de la ley.

Que el anterior Código penal no permitía la extensión del concepto legal de provocación a los diversos supuestos de inducción frustrada o no seguida de ejecución, y que por tanto provocación e inducción eran cosas legalmente distintas, se pone de manifiesto a mi modo de ver por las consecuencias a que conducía la confusión o identificación entre ambas figuras. Pues los partidarios de incluir los supuestos frustrados de inducción del artículo 14.2º en el párrafo tercero del artículo 4 del anterior Código penal se veían obligados a hacer cohabitar dentro del citado precepto a dos tipos de incitaciones no seguidas de ejecución del delito de características, estructura y naturaleza tan diferentes que difícilmente podían coexistir pacíficamente bajo un mismo marco normativo. Me estoy refiriendo, de un lado, a las llamadas provocaciones públicas, es decir, cometidas a través de medios de difusión del mensaje en las que el destinatario de la incitación está constituido por una masa indiferenciada de personas; y de otro, a las provocaciones *privadas*, también llamadas *personales* o *interpersonales*, cometidas a través de cualquier medio que asegure una relación directa entre incitador e incitado y en las que, por tanto, el destinatario de la incitación está constituido por uno o más sujetos determinados sobre los que el incitador vierte directamente la incitación. Ambos tipos de provocación, públicas y privadas, no podían cobijarse en el mismo marco normativo representado por el párrafo tercero del artículo 4 del anterior Código penal por las siguientes razones:

a) En primer lugar, un sector mayoritario de la doctrina se mostró partidario de circunscribir la punición de la provocación para cometer delito únicamente a las realizadas a través de medios que impliquen una difusión del mensaje incitador de manera general entre un colectivo indiferenciado e indeterminado de personas. Es decir, se concebía la provocación en el Código penal de 1944 de la misma manera que se encontraba delimitada en los Códigos penales de 1870 y 1932: como una incitación pública de carácter general lanzada indiscriminadamente sobre cualquiera que sea el destinatario de la palabra o del texto<sup>52</sup>. Incluso la jurisprudencia sostuvo en alguna ocasión “que la punición del artículo 4º del Código punitivo implica una incitación de *carácter genérico*, dirigida a un número indeterminado de personas y con medios que implican un radio de acción abierto” (S.T.S. de 27-IX-1974, R.A. 3421).

52 En este sentido se manifestaron ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, tomo I, cit., págs. 405-406; SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., Barcelona 1990, pág. 777; PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal. Parte General*, tomo II, 6ª edic., corregida, aumentada y puesta al día, Madrid 1969, pág. 295, nota 10; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. y SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español. Parte General*, 18ª edic., Madrid 1995, págs. 814-815; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. y ALBACAR LOPEZ, J.L.: *Código penal (Comentario y jurisprudencia)*, Granada 1990, pág. 33; BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual de Derecho penal español. Parte General*, 1ª edic., Barcelona 1984, pág.311; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte General*, Valencia 1993, pág. 400; ORTS BERENGUER, E.: “Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito”, en *C.P.C.*, nº 18 (1982), pág. 507; RUIZ ANTON, L.F.: *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, pág. 93; GOMEZ BENITEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito (Derecho penal. Parte General)*, 1ª edic., Madrid 1984, págs. 566-567; CEREZO MIR, J.: “La regulación del *iter criminis* y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº 1 (enero 1998), págs. 15-16; CARBONELL MATEU, J.C. y PRATS CANUT, J.M.: “Estudi preliminar”, en *Codi penal i legislació penal especial*, edició anotada a cura de Antoni Llabrés Fuster i Maria Marqués i Banqué, València 1997, pág. 33; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 434; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic. corregida y aumentada, Valencia 1990, pág. 554; y MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic. corregida y puesta al día, Barcelona 1990, pág. 362.

Evidentemente, esta concepción de la provocación como provocación *pública* impedía la inclusión de la inducción frustrada o no seguida de ejecución del antiguo artículo 14.2º en el marco normativo del párrafo tercero del artículo 4 del anterior Código penal. Y ello por una simple razón: la inducción del artículo 14.2º, al ser directa (como en el Código penal de 1995), implica necesariamente una relación personal entre inductor e inducido; es decir: requiere una inducción de un inductor a un inducido o inducidos *determinados*. Por lo que las inducciones directas y personales del artículo 14.2º, cuando no son seguidas de ejecución, no tenían cabida en el concepto de provocación del artículo 4.3º si se concebía a esta última única y exclusivamente como una incitación de carácter público dirigida a un colectivo indeterminado de personas. Lo cual a su vez significa que todos los autores que integraban el sector doctrinal mayoritario que se acaba de citar rechazaban, de entrada, la consideración de la inducción frustrada como una forma de provocación.

El sector doctrinal que consideraba que la inducción frustrada del artículo 14.2º era una forma de provocación del artículo 4.3º, se veía obligado a mantener en este punto lo que del ROSAL BLASCO denominó “tesis de los medios indiferenciados”; en virtud de la cual, “la provocación abarcaría *no sólo* las incitaciones llevadas a cabo públicamente o a través de medios públicos, sino *también* aquellas incitaciones verificadas de forma privada o personal sobre el provocado”<sup>53</sup>. A esta tesis se adscribían, obviamente, los autores antes citados partidarios de considerar a la inducción frustrada como una forma de provocación, aunque no todos se manifestaran explícitamente sobre el carácter indeterminado o determinado del destinatario de la provocación<sup>54</sup>; y se tenía que adscribir forzosamente el sector

53 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación ...*, cit., pág. 110. Subrayados en el original.

54 En este sentido, explícitamente, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso...*, tomo I, cit., pág. 226; del mismo: *Compendio ...*, vol. I, cit., pág. 384; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios ...*, tomo I, cit., págs. 182 y 185; del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación ...*, cit., págs. 110 y 120-123; GOMEZ RIVERO, Mª del C.: *La inducción ...*, cit., pág. 300; y

jurisprudencial antes aludido que compartía el mismo criterio respecto de la inducción frustrada.

En cualquier caso, los argumentos aducidos para defender el carácter individualizado o colectivo indistintamente de los destinatarios de la provocación no resultaban en modo alguno concluyentes. Antes al contrario, existían argumentos de mayor peso en mi opinión para sostener que el antiguo artículo 4.3º sólo admitía las incitaciones de carácter público con un destinatario indeterminado:

- los antecedentes histórico-legislativos de la provocación apuntan sin lugar a dudas a una provocación de medios públicos, en los que la incitación se dirige de forma general e indiscriminada sobre una colectividad indiferenciada de personas con la finalidad de que el mensaje incitador sea recogido y puesto en práctica por algún destinatario. Y esta configuración pública se puede encontrar no sólo en la legislación especial de prensa e imprenta, donde tiene precisamente su origen la provocación como el propio del ROSAL BLASCO ha demostrado<sup>55</sup>, sino también en los Códigos penales de 1870 y 1932, en los que además los medios públicos se reducían a la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación<sup>56</sup>. Incluso en aquellos textos legislativos que en materia de provocación pudieron haber influido en la redacción del artículo 4.3º del anterior Código penal, como la Ley de explosivos de 10 de julio de 1894 o el Código penal de 1928, y que contenían junto a la imprenta u otros medios mecáni-

---

REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología* ..., cit., págs. 85-88 y 91. Hay que advertir que este último autor sigue manteniendo la misma postura hoy en día, a pesar de que el artículo 18.1º del Código penal de 1995 exige expresamente que en la provocación son necesarios *medios que faciliten la publicidad*.

55 Véase del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., págs. 35 y ss.

56 Véanse los artículos 582 y 583 del Código penal de 1870, y 559 y 560 del de 1932.

cos de publicación una referencia expresa al escrito o a la palabra como medios comisivos de la provocación<sup>57</sup>, dicha referencia no podía entenderse como una extensión de su ámbito incriminatorio a formas privadas de provocación, sino más bien en el sentido de que la palabra o el escrito tenían que ser vertidos en medios de publicación que facilitasen la difusión de la incitación<sup>58</sup>. Por eso, me parece poco determinante también el argumento histórico utilizado por del ROSAL BLASCO para rechazar la tesis de los medios públicos en el anterior Código penal, consistente en que CASTEJON, coautor del Anteproyecto de Código penal de 1938, texto que tuvo gran influencia en la redacción del antiguo artículo 4.3º, admitiese posteriormente en el seno de este último precepto las provocaciones tanto públicas como privadas<sup>59</sup>. Porque una cosa es lo que hiciera o intentara hacer CASTEJON en sede prelegislativa y otra cosa distinta es el texto final resultante de la Ley y sus antecedentes legislativos, inequívocos en el caso de la provocación. Además, si decisivo como antecedente fue el Anteproyecto de 1938, también lo fueron del Código penal de 1944 en no menor medida tanto el Proyecto de 1939 como la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, textos ambos en los que la provocación para cometer delito era una provocación de carácter público, de acuerdo con toda

---

57 Véanse el artículo 6 de la Ley de 10 de julio de 1894, y el artículo 43 del Código penal de 1928.

58 Reconoce esto último incluso del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., págs. 70-71, 76 y 106-107. Téngase en cuenta, además, que el artículo 46.3º del Código penal de 1928 castigaba expresamente la inducción (privada o personal) frustrada, es decir, no seguida de ejecución (véase *supra* nota 23).

59 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., pág. 120. Véase también CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1946, pág. 21.

la tradición legislativa antes citada<sup>60</sup>. También acudían a los antecedentes históricos para apoyar el carácter público de la provocación MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO<sup>61</sup>.

- tampoco la referencia contenida en el antiguo artículo 4.3º a “otro medio de posible eficacia” permitía aceptar la tesis de los medios indiferenciados, públicos o privados, en el ámbito de la provocación; argumento considerado como esencial por REBOLLO VARGAS para mantener una interpretación en la que tenían cabida, en razón de su destinatario, tanto las incitaciones realizadas a través de medios públicos como privados<sup>62</sup>. Este autor se basa en la interpretación que hace del ROSAL BLASCO de la referida cláusula: “el medio será de *posible eficacia* en la medida en que sea *posible* que preste el servicio al que se le destina; y el servicio al que se le destina es, precisamente, el de portar el mensaje desde el incitador hasta el incitado (o incitados)”. En una palabra: se estaría haciendo referencia “... a la efectividad del propio medio (o vehículo del mensaje) para hacer llegar el *contenido* de tal mensaje hasta sus destinatarios”<sup>63</sup>, por lo que la provocación sería punible siempre que se utilizara un medio, *público, privado o de cualquier otro tipo*, susceptible

---

60 El Anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. y el Proyecto de 1939 del Ministerio de Justicia están editados, con un estudio preliminar, por CASABÓ RUIZ, J.R., Murcia 1978. El Proyecto de 1939 regulaba la provocación al modo de los Códigos penales de 1870 y 1932, es decir, en una disposición final que cerraba el Libro II (artículos 551 y 552). Véanse además los artículos 15, 20 y 37 de la Ley de 29 de marzo de 1941 de Seguridad del Estado, R.A. 693.

61 MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., cit., pág. 362; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 434.

62 REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología* ..., cit., pág. 85.

63 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., pág. 132. Subrayados en el original.

de cumplir tal función vehicular. El argumento, sin embargo, no me parece definitivo, pues la idoneidad del medio para portar el mensaje incitador desde el emisor hasta el receptor es una condición inherente a la propia idea de incitación o inducción, dado que de lo que se trata es de influir psíquicamente en otra u otras personas para que se decidan a cometer un delito; por lo que todas las inducciones o incitaciones (gráficas, sonoras, audiovisuales, escritas, públicas o privadas) para ser tales necesitan, *por definición*, un medio que las haga llegar a sus destinatarios. El argumento, pues, nos explica los elementos estructurales de *cualquier* incitación, pero nada nos dice sobre si los medios privados o interpersonales, que nadie duda que sean eficaces para transportar el mensaje incitador (como también lo son los públicos), resultan acogidos por el concepto legal de provocación contenido en el párrafo tercero del artículo 4º del anterior Código penal. Por otra parte, tampoco creo que la posible eficacia del medio hiciera referencia a su efectividad para determinar la voluntad del provocado, porque como observaban COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, eso es algo ya requerido por la propia idea de incitación; creo, con estos autores, que la cláusula se refería a la *eficacia difusora del medio* empleado en la provocación<sup>64</sup>, por lo que la misma requería en consecuencia que la incitación se proyectara sobre una colectividad de personas.

- también había argumentos de tipo gramatical para apoyar la exigencia de un destinatario colectivo e indiferenciado contenida en el artículo 4.3º del anterior Código penal. De un lado, y como apuntaron COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, el texto de la Ley,

---

64 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., cit., pág. 554. Véase en igual sentido MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., cit., pág. 362.

“tras requerir *dos o más* personas en la conspiración y referirse a *otra u otras* en la proposición, utiliza el impersonal *se* en la provocación”<sup>65</sup>; de otro, y como pusieron de relieve OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, en la provocación se empleaba el verbo “incitar”, cuya semántica se adapta mejor a la indeterminación de los destinatarios, mientras que en la proposición se utilizaba el verbo “invitar”, que posee un matiz personalizador y selectivo en orden a la búsqueda de un destinatario concreto que acepte la propuesta del proponente<sup>66</sup>.

Por todo lo anterior, entiendo que el concepto de provocación contenido en el artículo 4.3º del anterior Código penal exigía la utilización de un medio que difundiera la incitación entre un colectivo indiferenciado de personas; al excluirse de su ámbito a los destinatarios individualizados o concretos, resultaban también excluidos del mismo los supuestos de inducción privada o interpersonal que no eran seguidos de ejecución del delito (inducción frustrada).

b) En segundo lugar, el tratar de hacer coexistir dos tipos distintos de provocaciones (públicas y privadas) en el mismo marco legal representado por el párrafo tercero del artículo 4 del anterior Código penal, conducía también a la consecuencia de otorgar una significación esquizoide a la cláusula contenida en el último inciso del citado precepto, en virtud de la cual “si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

En efecto: para del ROSAL BLASCO, “el legislador ha incluido este último párrafo, precisamente, para poder castigar tales incitaciones públicas acogidas y seguidas de la perpetración del delito”, dado que las mismas “no se hubieran podido

65 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., cit., pág. 554.

66 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 432 y 434.

castigar nunca como inducción (art. 14.2º) - por faltarles el requisito de ser inducciones *directas*, presupuesto de la aplicación de este precepto”; mientras que “las incitaciones privadas o personales, que se castigan cuando no van seguidas de la ejecución del delito en virtud de lo dispuesto en el artículo 4, párrafo 3º, no precisaban de tal inciso para ser castigadas *como* inducciones (cuando el incitado hubiere comenzado la ejecución del delito al que fue incitado) porque *son* auténticas inducciones y, como tales, cuentan, o contaban ya, para ello con el artículo 14.2º”<sup>67</sup>. En el mismo sentido, y siguiendo a este autor, GOMEZ RIVERO estimó que la cláusula final del artículo 4.3º del anterior Código penal cumplía una doble función: por un lado, tenía un valor meramente declarativo en relación a las incitaciones vertidas por medios privados; por otro, poseía un valor constitutivo en relación a las incitaciones vertidas públicamente, ya que de faltar la expresa referencia legal, y debido precisamente a su carácter público, no podrían castigarse por el artículo 14.2º<sup>68</sup>.

Sin embargo, entiendo que tenían razón OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO cuando opinaban, en referencia a la citada cláusula penal del antiguo artículo 4.3º, que si la provocación fuera una auténtica inducción anticipada holgaría “toda referencia a que cuando resulte eficaz (en el sentido de que logra la captación de la voluntad del provocado decidiéndolo a la ejecución del delito a la que da comienzo) se castigará *como* inducción, pues si tal fuera el caso la regla sobre la inducción (art. 14.2º CP) entraría inmediatamente en juego —como consecuencia de la coordinación entre normas— por ministerio de la ley, sin necesidad de que ésta especificara a través de una cláusula expresa —innecesaria si fuera directamente operativa la regla general sobre la inducción— su voluntad de asimilar

67 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación ...*, cit., pág. 140. Hay que tener en cuenta que este autor interpreta el adverbio “directamente” usado por el antiguo artículo 14.2º al regular la inducción como una exigencia de que la acción de inducir se verifique de persona (inductor) a persona (inducido), es decir, sin intermediarios (*ob.cit.*, pág. 119).

68 GOMEZ RIVERO, Mº del C.: *La inducción ...*, cit., pág. 301.

(como si fuera lo que realmente no es) la provocación eficaz a la inducción. De otra manera sobraría esta cláusula por resultar redundante”<sup>69</sup>.

En conclusión: si la cláusula final del antiguo artículo 4.3º sólo tenía sentido para las provocaciones públicas (y esto lo reconocía expresamente del ROSAL BLASCO), eso quiere decir que dicho precepto sólo contemplaba incitaciones de tal naturaleza. La cláusula en cuestión tenía, como hemos visto antes, el exclusivo sentido de una ficción o remisión normativa en orden a la determinación de las consecuencias jurídicas de la provocación.

c) En tercer lugar, entiendo que las dos clases de provocaciones, públicas y privadas, que el sector doctrinal que estamos analizando trataba de hacer coexistir en el antiguo artículo 4.3º, no podían compartir este mismo marco normativo por las consecuencias que se producían a la hora de determinar el momento de la consumación; es decir: el momento a partir de cual se puede comenzar a apreciar la puesta en peligro del bien jurídico protegido que fundamenta la punición de la provocación.

En mi opinión, el momento en que surge el peligro para el bien jurídico protegido es distinto en ambos tipos de provocación (públicas y privadas) debido a las diferencias estructurales que existen entre ellas. En las provocaciones públicas el peligro surge cuando la incitación se difunde entre un número indeterminado de personas; o lo que es lo mismo: cuando el mensaje incitador alcanza a un colectivo de destinatarios indiferenciados, como una semilla que se lanza al aire y que puede ser recogida por alguno de sus receptores. En cambio, creo que el nacimiento del peligro en las provocaciones privadas o interpersonales requiere no sólo que el destinatario conozca y llegue a tener conciencia del mensaje incitador, sino también que adopte finalmente la resolución de delinquir como consecuencia del influjo psíquico desplegado por el incitador, aunque finalmente no llegue a dar comienzo a la ejecución del delito.

---

69 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 433.

Para justificar las afirmaciones que acabo de realizar, debe tenerse en cuenta algo que ya se ha apuntado al comienzo de este trabajo: que no todos los supuestos que hemos englobado bajo la denominación genérica de inducción frustrada tienen, cuando de inducciones privadas o interpersonales se trata, el mismo grado de peligrosidad para el bien jurídico protegido que puede resultar afectado por el delito objeto de la incitación. Dichos supuestos hacen referencia, en primer lugar, a los casos en que el incitado ni siquiera llega a tener conocimiento del mensaje incitador; en segundo lugar, los casos en que el incitado conoce el mensaje incitador pero no llega a adoptar la resolución de delinquir; y en tercer lugar, los casos en que el incitado conoce el mensaje incitador, adopta la resolución de delinquir, pero finalmente no llega a ejecutar el delito objeto de la incitación.

Respecto del primer grupo de supuestos (por ejemplo, carta incitadora que por cualquier causa no llega a ser leída por su destinatario), ya un sector de la doctrina se mostró partidario de su no punición en el anterior Código penal, excluyéndolo expresamente del marco de la provocación. Y no sólo porque, como sostuvo del ROSAL BLASCO, no se puede llegar a comprender cómo se va a poder influir o tratar de influir psíquicamente sobre alguien que no ha percibido el requerimiento incitador, sino sobre todo porque si de lo que se trata de castigar en la provocación es la puesta en marcha de un curso causal amenazador para un bien jurídico sobre el que el sujeto ha dejado de tener control, ese curso causal no se va a poner en marcha con un mínimo de eficacia amenazadora para el bien jurídico hasta que el requerimiento delictivo no llegue a conocimiento de su destinatario; por ello entendía el citado autor que ni siquiera es suficiente exigir que el destinatario haya podido tomar conocimiento de la influencia del instigador, sino que es preciso que haya percibido y tomado conocimiento efectivo de tal influencia, de tal instigación o incitación<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., págs. 131 y 307-308; en el mismo sentido, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios* ..., tomo

Consideraciones similares cabe hacer respecto del segundo grupo de supuestos, en los que el incitado, a pesar de tener pleno conocimiento del mensaje incitador, no adopta finalmente por la causa que sea la resolución de cometer el delito. Entiendo que en estos casos no existe el grado de peligrosidad suficiente en la conducta del incitador que justifique la intervención del Derecho penal. O dicho de otro modo: conductas como las descritas no originan, tratándose de inducciones privadas o interpersonales con destinatario individualizado, el tipo de peligro abstracto para el bien jurídico protegido que requiere en general la punición de los actos preparatorios; y ello por las siguientes razones:

- porque no hay que olvidar que la inducción es una forma de participación en un delito ejecutado por otra persona, por lo que la única forma en que el inductor puede atacar el bien jurídico protegido es a través de la conducta típica que lleve a cabo el inducido;
- porque, en consonancia con ello, es necesario como presupuesto previo e inexcusable para que dicho ataque al bien jurídico se verifique que el inducido adopte al menos la resolución firme de ejecutar el delito; y
- porque, como conclusión a todo lo anterior, sólo cuando el inductor logra que el inducido adopte la resolución de ejecutar el delito se consigue la implicación de otras personas en el proyecto criminal, que es lo que encierra la especial peligrosidad que fundamenta la razón del castigo de los actos preparatorios punibles<sup>71</sup>. En este sentido, comparto la opinión de quienes en nuestra doctrina vienen exigiendo como fundamento de la punición de los actos preparatorios de la partici-

---

I, cit., págs. 185-186. A favor de la punición como forma de provocación de estos supuestos de inducción frustrada se pronunció GOMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del C.: *La inducción ...*, cit., págs. 302 y ss.

71 Véase en este sentido MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 332.

pación (y la inducción privada frustrada lo es), no sólo un desvalor de acción (representado en la inducción únicamente por la intención exteriorizada del inductor de incitar a otro a la comisión de un delito), sino también un desvalor de resultado consistente en el peligro relevante que para el bien jurídico protegido reviste el hecho de involucrar a otras personas en el delito, con lo que se eleva el riesgo de que éste llegue efectivamente a ejecutarse<sup>72</sup>. Pues como puso de relieve RODRIGUEZ MOURULLO hace ya algún tiempo, “si se hubiera atendido exclusivamente a la voluntad del autor no se explica por qué deberían permanecer impunes las resoluciones manifestadas del autor aislado. Al restringir la punibilidad al ámbito de las resoluciones manifestadas en régimen de coparticipación se introduce ya una importante característica objetiva. A su vez esta restricción no puede estar sino en función de las mayores posibilidades, por intervención de una pluralidad de personas, de que se llegue a la ejecución, lo que equivale a un mayor peligro de lesión del bien jurídico amenazado por el delito que se proyecta”<sup>73</sup>. A decir de este último autor, el peligro relevante para el bien jurídico protegido en los supuestos de “participación anticipada” se origina cuando “el sujeto, al implicar a otras personas, pierde el dominio del hecho, es decir, desencadena un acontecimiento sobre el que ya no tiene luego un absoluto poder de control, o lo que es lo mismo, ha escapado ya de sus manos la decisión de ejecutar el hecho”; ya que “mientras el autor aislado puede interrumpir su plan cuando él quiera, si el sujeto ha implicado a otras personas el poder de decisión respecto a la no realización del proyecto ha salido ya

---

72 En este sentido véase OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 422-423.

73 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios ...*, tomo I, cit., págs. 154-155.

de sus manos. Las posibilidades de ejecución serán aquí mayores”<sup>74</sup>.

Por todo ello, y con independencia ahora de la discusión sobre qué marco legal acogía o dejaba de acoger la punición de la inducción frustrada en el anterior Código penal, creo que requisito imprescindible para la punibilidad de esta figura es la adopción por parte del inducido de la resolución de ejecutar el delito; es decir: es necesario que se produzca en su totalidad el primer resultado de la estructura de la inducción, sin que comience a darse todavía el segundo, que nos situaría ya en el ámbito de la tentativa al haber dado comienzo entonces la ejecución del delito. La aparición del primer resultado de la inducción, consistente en la adopción por el inducido de la resolución de delinquir, marca el momento a partir del cual puede comenzar a hablarse de un peligro relevante para el bien jurídico protegido en este tipo de comportamientos; peligro que se materializa en el hecho objetivo de haber implicado en el proyecto criminal justo al que después ejecutará materialmente el delito, con lo que el inductor, además de poner en marcha un acontecimiento sobre el que deja de tener en exclusiva el control, aumenta sensiblemente las probabilidades de que el delito realmente llegue a cometerse. Aún así, debe tenerse en cuenta que dicho peligro constituye el peligro propio de los actos preparatorios de la participación, que por definición no han alcanzado todavía el estadio de la tentativa y que, por dicha razón, se trata de un peligro muy alejado todavía de la lesión del bien jurídico. Y mucho más alejado aún se encuentra en los supuestos en los que el inducido, a pesar de tener conocimiento del mensaje incitador, no llega a adoptar la resolución de delinquir; en estos casos, y aun-

---

74 RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “La punición ...”, cit., pág. 292-293. A pesar de estas consideraciones, este autor se ocupa a continuación de poner de relieve que el mismo o similar peligro existe en otros actos preparatorios que, sin embargo, no resultaban comprendidos en el artículo 4 del anterior Código penal, como por ejemplo los actos anticipados o preparatorios de la cooperación necesaria o, incluso, determinados actos especialmente peligrosos y cercanos a la ejecución realizados por el autor aislado.

que el inductor llega a exteriorizar y comunicar a otro una voluntad criminal, el peligro no llega a materializarse mínimamente al faltar el factor desencadenante del proceso que puede desembocar en la lesión del bien jurídico: la decisión firme de ejecutar el delito por parte del inducido<sup>75</sup>.

No ocurre lo mismo con las provocaciones realizadas a través de medios públicos de difusión que tienen un destinatario colectivo e indiferenciado, y cuyo contenido de injusto aparece en un momento diferente al de las provocaciones privadas o interpersonales. En ellas, el sujeto provocador pierde el control del hecho justo en el momento en que se produce la difusión del mensaje incitador entre la colectividad indiferenciada de destinatarios; y lo pierde porque a partir del momento de la difusión se convierte en una incógnita el número de destinatarios que pueden llegar a tener conocimiento efectivo del mensaje incitador, cuántos de entre éstos pueden tomar la resolución firme de llevarlo a la práctica y cuántos, finalmente, ejecutarán o intentarán ejecutar el delito objeto de la provocación; todo ello al margen de que, al haber podido implicar en el proyecto criminal a un destinatario desconocido e indiferenciado, el provocador público carece prácticamente de posibilidades de interrumpir el proceso que ha podido poner en marcha, por lo que la probabilidad de que alguien ejecute al final el delito ha escapado de su ámbito de control.

Como el provocador público pierde el control sobre los acontecimientos desde el momento mismo de la difusión de su

---

75 En contra de lo mantenido en el texto, véase RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios* ..., tomo I, cit., págs. 185-186; y del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación* ..., cit., págs. 308 y 310-311. Para estos dos autores bastaba con que el incitado tuviera conocimiento de la incitación, con independencia de que se adoptara o no la resolución criminal, para considerar esta conducta subsumible en el artículo 4.3º del anterior Código penal. Por su parte, GOMEZ RIVERO consideraba que eran constitutivas de provocación todas las clases de inducción frustrada, incluso aquellas que ni siquiera llegaban a conocimiento del incitado, y, por supuesto, aquellas que eran conocidas, con independencia de que adoptara o no la resolución criminal (*La inducción* ..., cit., págs. 302 y ss.).

mensaje incitador entre la colectividad, el peligro para el bien jurídico protegido en este tipo de provocaciones públicas surge a partir de entonces; es decir: el factor desencadenante del peligro en las provocaciones públicas no estriba, como en las privadas, en el hecho de que el destinatario adopte efectivamente la resolución criminal, sino que está constituido ya antes de eso por la difusión del mensaje incitador entre un número indeterminado de destinatarios que alcanzan un conocimiento real y cierto de su contenido. De tal forma que cuanto mayor sea el número de éstos, mayores probabilidades habrá de que alguien recoja el mensaje y lo ponga en práctica. El peligro, pues, en las provocaciones públicas reside en la eficacia difusora del medio empleado por el provocador, y debe ser valorado por esta razón en términos cuantitativos y no cualitativos como en las provocaciones privadas; como dice del ROSAL BLASCO, ambos tipos de provocación pueden igualmente poner en peligro el bien jurídico protegido, “pues la eficacia cuantitativa de las incitaciones públicas compensa (o puede compensar) la eficacia cualitativa de las personales”<sup>76</sup>. Y la misma idea, llevada incluso más lejos, manifestó el Consejo General del Poder Judicial: “sólo una incitación difundida masivamente puede, al menos desde un punto de vista estadístico, crear un peligro para el bien jurídico semejante al representado por el principio de ejecución”<sup>77</sup>. En cualquier caso, creo que puede concluirse diciendo que en las provocaciones públicas el peligro para el bien jurídico protegido se materializa en el momento en que, con su difusión, el mensaje incitador llega a conocimiento de sus destinatarios, sin que sea precisa por las razones antedichas la efectiva persuasión de la voluntad de alguno de ellos; pues es en aquel momento cuando se produce la implicación (cuantitativa) de terceros en el proceso que puede desembocar en la lesión del bien jurídico, que es lo que fundamenta la punibilidad de este tipo de comportamien-

76 del ROSAL BLASCO, B.: *La provocación ...*, cit., pág. 164.

77 Véase el “Anteproyecto del Código penal de 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial”, en *Cuadernos del C.G.P.J.*, nº 11, pág. 193.

tos. Mientras que en las provocaciones privadas, dicha implicación sólo se consigue cuando el provocador logra que el incitado adopte la resolución de ejecutar el delito.

Pues bien: la provocación definida en el artículo 4.3º del anterior Código penal requería para su consumación simplemente que el sujeto incitara a la perpetración de cualquier delito a través de la palabra, por escrito o impreso u otro medio de posible eficacia; pero no exigía en modo alguno que el incitado o incitados adoptaran de forma efectiva la decisión de delinquir. Bastaba con que la incitación llegara a su conocimiento por los medios descritos. Dicha consumación es suficiente para hacer surgir, como acabamos de ver, el peligro en el ámbito de las provocaciones públicas con un destinatario colectivo e indiferenciado porque a partir de ese momento el incitador pierde el control sobre los hechos; pero es insuficiente en el terreno de las provocaciones privadas o interpersonales, en donde el hecho de alcanzar el mismo escalón en el proceso incitador (el incitado conoce la incitación, pero no llega a adoptar la resolución de delinquir) no reviste todavía el grado de peligrosidad necesario que requiere la punibilidad de los actos preparatorios de la participación (es preciso que el incitado llegue a tomar la decisión de ejecutar el delito para que el incitador pierda el control de los hechos).

Esta es una razón más para apoyar la tesis de que el artículo 4.3º del anterior Código penal sólo sancionaba provocaciones públicas. Pues dos clases distintas de incitación, que comportan diferentes momentos de nacimiento del peligro relevante para el bien jurídico protegido, como son las provocaciones públicas y las privadas, no podían compartir un mismo marco normativo (el antiguo artículo 4.3º) que, obviamente, poseía un único momento consumativo. En una palabra: el artículo 4.3º del anterior Código penal, o albergaba las incitaciones públicas, o albergaba las incitaciones privadas, pero nunca las dos al mismo tiempo, al requerir la consumación del contenido de injusto de cada una de ellas presupuestos diferentes en orden a la aparición del peligro relevante para el bien jurídico protegido.

Y ya hemos visto que el citado precepto contenía sólo los presupuestos para originar el peligro de las incitaciones públicas, sin hacer referencia alguna a los de las incitaciones privadas o interpersonales.

6. Si, como acabamos de ver, el artículo 4.3º del anterior Código penal no sancionaba las provocaciones privadas no seguidas de ejecución; y si un sector mayoritario de la doctrina (no así la jurisprudencia del Tribunal Supremo) consideraba que el citado precepto exigía que la incitación fuera dirigida a un colectivo indiferenciado de destinatarios y no a una persona o personas individualizadas; si todo esto era efectivamente así, ¿qué pasaba entonces con la inducción frustrada?, ¿qué precepto del anterior Código penal, si es que había alguno, contemplaba la punición de las provocaciones privadas o interpersonales cuando no eran seguidas de la ejecución del delito? A este respecto, la doctrina que mantenía la tesis de los medios públicos en la provocación se encontraba dividida al sostener dos posiciones distintas:

a) Un sector de la doctrina se decantó por considerar impune la inducción frustrada. Es el caso, por ejemplo, de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON y de RUIZ ANTON<sup>78</sup>.

Este punto de vista se podía apoyar en consideraciones derivadas de la vigencia del principio de accesoriidad de la participación y de la exigencia general de un comienzo de ejecución del tipo por parte del autor principal como requisito para poder extender la pena al partícipe, en este caso inductor; circunstancia ésta última que por definición falta en la inducción frustrada<sup>79</sup>. Pero además, existían otras razones, derivadas esta

78 COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, 3ª edic., pág. 554; RUIZ ANTON, L.F.: *El agente provocador ...*, cit., págs. 86 y 92.

79 Véase en este sentido RUIZ ANTON, L.F.: *El agente provocador ...*, cit., pág. 92.

vez de la regulación positiva de los actos preparatorios de la participación que contenía el Código penal anterior, que conducían irremisiblemente a la tesis de la impunidad: si se concebía la provocación del artículo 4.3º como una provocación limitada a los medios públicos de difusión, y se mantenía al mismo tiempo que en la proposición del artículo 4.2º el proponente estaba dispuesto también a coejecutar materialmente el delito junto al invitado, entonces ya no quedaba ningún precepto posible para albergar la punición de la inducción frustrada; pues en esta última figura, el inductor trata precisamente de lograr que sea otro el que ejecute por sí solo el delito. De mantenerse estas concepciones de la provocación (pública) y de la proposición (pre-estadio de la coautoría), la inducción frustrada quedaba relegada necesariamente al ámbito de la impunidad, sin que pudiera subsumirse tampoco en el concepto de conspiración (considerada asimismo como pre-estadio de la coautoría) ni en el antiguo artículo 14.2º (que requería un comienzo de ejecución por parte del inducido)<sup>80</sup>.

Como el artículo 18.1 del Código penal de 1995 ha confirmado de forma indubitada el carácter público de la provocación y no ha modificado en ningún extremo los conceptos legales de conspiración y proposición, quienes ya mantenían antes la tesis de los medios públicos en la provocación y la consideración de la conspiración y proposición como formas anticipadas de coautoría, podrán seguir manteniendo ahora que la inducción frustrada no tiene cabida en ninguno de estos tres actos preparatorios de la participación. Para quien mantenga estos puntos de

---

80 A la impunidad de la inducción frustrada por el camino indicado en el texto llegaban ANTON ONECA, J.: *Derecho penal*, Tomo I, cit., pág. 438; RODRIGUEZ DEVESA, J.M. Y SERRANO GOMEZ, A.: *Derecho penal español*, cit., págs. 814-815; y ORTS BERENGUER, E.: "Consideraciones sobre la fase interna ...", cit., pág. 505. Y deberían haber llegado también, aunque no lo dijieran expresamente, todos aquellos que mantenían las concepciones de la provocación, proposición y conspiración en los términos indicados.

vista, la inducción frustrada continuará siendo impune en el nuevo Código penal<sup>81</sup>.

b) Otro sector de la doctrina se mostró partidario, por el contrario, de considerar que la inducción frustrada resultaba abarcada por la proposición definida en el artículo 4.2º del anterior Código penal.

Como la provocación quedaba limitada por el uso de medios públicos, sería entonces la proposición la encargada de castigar todas aquellas inducciones dirigidas personalmente a uno o varios sujetos determinados y que no son seguidas de la ejecución del delito; de tal manera que si la ejecución tuviera lugar, el proponente se convertiría inmediatamente en un inductor del artículo 14.2º. La proposición contemplaría, pues, un supuesto de inducción frustrada o anticipada. Esta tesis fue mantenida principalmente por MIR PUIG y por OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO<sup>82</sup>.

El mantenimiento de esta postura pasa necesariamente por la aceptación de la tesis de los medios públicos en la provocación, que impediría la inclusión en ella de la inducción frustrada privada; por desviarse de la tradicional concepción de la proposición como una fase previa o anticipada de la coautoría; y por considerar que el proponente, en consecuencia, no está dispuesto a coejecutar el delito, sino que, como el inductor, intenta que sea otro el que lo ejecute por sí solo<sup>83</sup>. Punto de vista éste a veces aceptado incluso por la jurisprudencia del Tribunal

81 Así COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 651 y 652.

82 MIR PUIG, S.: *Derecho penal Parte General*, 3ª edic., cit., págs. 362-363; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 430 a 432. También estimaron que la proposición castigaba los supuestos de inducción frustrada BUSTOS RAMIREZ, J.: *Manual ...*, cit., pág. 311; SAINZ CANTERO, J.A.: *Lecciones ...*, cit., pág. 823 en relación con la 777; y MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARAN, M.: *Derecho penal. Parte General*, cit., pág. 400.

83 Véanse los argumentos que para sustentar tal concepción de la proposición utilizan MIR PUIG y OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO en las obras y lugares citados en la nota anterior.

Supremo en alguna ocasión, al entender que la proposición requiere la invitación a un tercero a ejecutar un delito, “bien cooperando materialmente ambos, proponente y propuesto, *o induciendo el primero por orden o mandato para que sea el segundo quien material y efectivamente lo lleve a cabo*” (S.T.S. 20-X-1972, R.A. 4414); o al mantener que la diferencia entre proposición e inducción estriba en la no ejecución del delito (S.T.S. 20-I-1962, R.A. 140).

Aceptados los presupuestos anteriores, la inducción frustrada encontraría cabida en la proposición. Y como el Código penal de 1995 ha confirmado de forma indubitada el carácter público de la provocación y no ha modificado en ningún extremo el concepto legal de proposición, quienes ya mantenían antes la tesis de los medios públicos en la provocación y la consideración de la proposición como una forma anticipada de la inducción, podrán seguir manteniendo ahora que la inducción frustrada tiene acomodo en la proposición para delinquir. Para quien mantenga estos puntos de vista, la inducción frustrada continuará siendo punible en el nuevo Código penal<sup>84</sup>.

7. En las páginas anteriores he tratado de demostrar que las premisas de las que parte GIMBERNAT ORDEIG para acusar al Código penal de 1995 de haber despenalizado la inducción frustrada no son del todo exactas. Creo, por el contrario, que la inducción frustrada no era punible en el anterior Código penal como forma de provocación de su artículo 4.3º; que esa era además la opinión de un sector mayoritario de la doctrina española, al exigir ya entonces en la provocación el uso de medios públicos de difusión dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas<sup>85</sup>; y que la inducción frustrada no ha dejado de ser definitivamente punible en el Código penal de 1995, aunque dicho texto exija para la provocación punible el uso de medios comi-

84 Así MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 334 a 336.

85 Véase *supra* la nota 52 de este trabajo.

sivos que faciliten la publicidad, como lo demuestra el hecho de que después de su entrada en vigor se sigue manteniendo su castigo como forma de proposición<sup>86</sup>. Incluso autores, como GÓMEZ RIVERO, que antes rechazaban categóricamente ésta última posibilidad, se han sumado ahora a ella al considerarla la única vía posible que quedaría para la incriminación de la inducción frustrada<sup>87</sup>. Y hasta es posible encontrar autores, como REBOLLO VARGAS, que consideran que la provocación del artículo 18 del Código penal de 1995 sigue castigando la inducción frustrada<sup>88</sup>, a pesar de que el citado precepto exige expresamente en la provocación la utilización de un medio que facilite la publicidad.

En realidad, el artículo 18.1 del Código penal de 1995, al establecer que la provocación existe cuando directamente se incita a la perpetración de cualquier delito por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, *que facilite la publicidad*, o ante una concurrencia de personas, no ha modificado la situación respecto del Código penal anterior, en donde ya se interpretaba mayoritariamente la provocación como una incitación realizada a través de medios públicos y dirigida a una pluralidad de personas. En este sentido, puede decirse que el Código penal de 1995 ha venido a consolidar un punto de vista ampliamente difundido en la doctrina (no así en la jurisprudencia del Tribunal Supremo), que entronca además con lo que ha sido la tradición legislativa española en materia de provocación.

En conclusión: la exigencia, ahora expresa, de medios que faciliten la publicidad en el concepto de provocación que

86 Véase MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 334 a 336. Véase también en este sentido, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho penal. Parte General*, 2ª edic., págs., 469 a 471.

87 Véase GÓMEZ RIVERO, Mª. del C.: "Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación", en *La Ley*, núm. 3959, de 24 de enero de 1996, págs. 2-3.

88 REBOLLO VARGAS, R.: *La provocación y la apología...*, cit., págs. 91 y 92.

ofrece el nuevo Código penal no ha excluido el castigo de la inducción frustrada porque ésta tampoco se castigaba como forma de provocación en el anterior texto punitivo, que también exigía medios de la misma naturaleza difusora. Además, y al no haber modificado el concepto legal de proposición, el Código penal de 1995 ha dejado la puerta abierta a la discusión ya existente antes acerca de si la inducción frustrada es punible o no al amparo de dicha figura.

De todas formas, aunque el Código penal de 1995 hubiera decidido despenalizar definitivamente la inducción frustrada, tampoco sería cierto que no existan razones politicocriminales para apoyar tal decisión. Pues el sólo hecho de tomarse en serio el principio de accesoriedad de la participación, que implica la exigencia de un comienzo de ejecución del hecho principal, ya es motivo suficiente para defender la despenalización, no ya de la inducción frustrada únicamente, sino también de todos los actos preparatorios de la participación<sup>89</sup>.

---

89 Véanse las consideraciones que en este sentido hace RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "La punición...", cit., pág. 301. Véase también MUÑAGORRI LAGUIA, I.: "Punición o despenalización de la proposición para delinquir", en *A.D.P.C.P.*, tomo XLII (1989), págs. 989 y ss., en especial págs. 1002 y ss., donde critica este autor incluso el sistema de penalización de los actos preparatorios sólo en los casos especialmente previstos por la Ley.