

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los actos del artículo 4.º del Código penal: conspiración, proposición y provocación

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Prof. Ayte. de Derecho penal de la Universidad de Sevilla

I

Entre las disposiciones genéricas del Código penal español agrupadas doctrinalmente bajo el nombre de “actos preparatorios punibles” (1), son tres las figuras definidas en el artículo 4.º (2): conspiración, proposición y provocación. La pena a imponer a los autores de las mismas se establece en el artículo 52 (3). Al margen de estos preceptos, en la Parte especial del Código y en Leyes penales especiales se prevén formas preparatorias de los delitos en particular, de la misma naturaleza que las recogidas en el artículo 4.º (4).

El conocimiento del contenido de cada uno de los actos del artículo

(1) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La punición de los actos preparatorios*, en ADP, 1968, págs. 277 ss.

(2) “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

“La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.”

“La provocación existe cuando se invita de palabras, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito se castigará como inducción.”

(3) “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del propio Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.”

.....
“Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición y provocación para delinquir.”

(4) Ejemplos del Código penal: arts. 120, 214, 215, 217, 219 (1), 221, 223 (1), 385, 391, 416, 433, etc.

Del Código de Justicia Militar: arts. 269, 290, 291, 303, 378, 380 (1), etcétera.

De la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941: arts. 5, 9, 15, 59 y 60.

lo cuarto, requiere una exacta delimitación con el resto de las figuras contenidas en el mismo. El conocimiento que se puede obtener estudiando las tres figuras de manera dialéctica es muy superior al que se puede derivar de un estudio aislado de cada una de ellas.

A mi manera de ver, el núcleo o fundamento de punición de los actos del artículo cuarto estriba en la "decisión" de cometer un delito; mejor dicho, en la gestación de dicha decisión. Que del concurso de varios sujetos, que todos ellos implican, se pueden derivar problemas de participación es indudable. Pero lo auténticamente relevante, en este momento previo a la ejecución, es que alguna o algunas personas influyan en la decisión criminal de otra; razón por la cual los problemas del artículo 4.º están más próximos a la esfera de la inducción que a la de la coautoría o de la complicidad.

En la consideración dialéctica que pretendemos seguir, tomamos dos criterios de delimitación: 1) Que haya o no "a priori" una persona terminantemente decidida a cometer el delito; y 2) que las personas que toman parte en tales actos lo hagan, o no, con la intención de ponerse de acuerdo para ejecutar el delito.

Elemento esencial de la conspiración es que la decisión de cada uno de los conspiradores depende de la de los demás, sin cuyo concurso se abstendría. Ello quiere decir que es necesario que no haya ningún sujeto decidido con anterioridad al momento del concierto. Cada uno de los miembros de la pareja condiciona el aborto de la mujer a la decisión del otro. Cada uno de los adúlteros hace depender su voluntad de asesinar al marido del deseo del otro. Por otra parte, en el mismo concierto se proyecta la ejecución.

Algo distinto ocurre con la proposición. En ésta, por propia iniciativa legal, uno de los sujetos que intervienen está terminantemente resuelto a la ejecución del delito ("...el que ha resuelto cometer el delito..."). Sin embargo, busca a otro para que tome parte en la ejecución, quizá incluso exclusivamente. Por ejemplo, una persona está dispuesta a asesinar a su enemigo. Su decisión es terminante por dos motivos: a) Porque está dispuesta a ofrecer una cantidad tan grande de dinero como para inducir a uno u otro de los muchos profesionales del crimen que conoce; y b) porque en última instancia estaría dispuesto a hacerlo con sus propias manos. En mi opinión, ese es el requisito que ha de cumplir la conducta del sujeto que realiza la acción de proposición, según el artículo 4, II del Código penal.

No es de este lugar preguntarse si el proponente y el sujeto que acepta la proposición, o los sujetos que toman parte en el acuerdo de conspiración, han de realizar con posterioridad actos de coautoría (5); si basta con que realicen actos de complicidad material; o por contra no se requiere la presencia con actos de ejecución material de todos y cada uno de ellos. Tampoco nos interesa qué relación ha de existir entre ellos. ¿Es necesaria la inducción o basta la mera complicidad?

(5) R. MOURULLO, en J. CÓRDOBA, G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, pág. 151.

Lo que aquí nos interesa es el elemento diferenciador entre conspiración y proposición, el hecho de que en la proposición una de las partes (el que propone) está terminantemente decidida a ejecutar el delito, lo que hace que conspiración y proposición se configuren de manera distinta, al menos en la fase previa a la ejecución.

Todavía podemos dar un paso más en la realidad prejurídica de la puesta de acuerdo, para observar dos interesantes supuestos: el ofrecimiento criminal y la aceptación de ese ofrecimiento. Un ejemplo del primer caso sería el del "matón" que conociendo el odio de alguien hacia su rival, se ofrece a asesinarlo mediante el pago de una cantidad de dinero. Del segundo, la aceptación de tal ofrecimiento o la aceptación del sujeto a quien va dirigida la acción de proposición del artículo 4, II del Código penal "Que estos casos pueden darse ante los Tribunales es evidente. Veamos de qué manera pueden ser resueltos de la mano del artículo 4 ante la falta de preceptos específicos reguladores de los mismos (6).

En el ofrecimiento tiene la iniciativa el "matón" que se ofrece; pero, a diferencia del supuesto de la proposición, sólo se decide a ejecutar el delito tras la aceptación de la otra parte. Ahora bien, ¿qué ocurre en el momento de la decisión? ¿Estamos a partir de ese momento ante una auténtica conspiración? En mi opinión hay que distinguir dos hipótesis:

a) Si la decisión del que acepta no está condicionada a la disposición de quien se ha ofrecido (por ejemplo, sabe que puede encontrar otras muchas personas que estarían dispuestas al asesinato) la misma será totalmente libre, es decir, aquél no condiciona su decisión a la existencia de ese concreto ofrecimiento, faltando un requisito esencial de la conspiración. En este caso lo que habría que preguntarse es si la conducta del que acepta es a su vez de proposición.

b) Si la persona a quien se hace la oferta se representa ese ofrecimiento como decisivo para la comisión del delito (sea porque no conoce a nadie que se preste a ejecutarlo, sea porque nunca estaría dispuesto a realizarlo con sus propias manos) no habría inconveniente en estimar conspiración.

Aparte de estos casos, el ofrecimiento que no es aceptado queda impune (7).

Por lo que se refiere a la aceptación, se presentan dos modalidades

(6) En el Derecho español no están tipificadas tales conductas, a diferencia de lo que ocurre en el Ordenamiento alemán, donde el párrafo 30 sanciona el ofrecimiento para cometer un delito y la aceptación de dicho ofrecimiento. En el mismo sentido, el antiguo párrafo 49a.

(7) Tras esta realidad se observan los motivos de Política criminal que ha movido al legislador español. No se trata de que a nuestro legislador se le haya pasado por alto sancionar tales conductas, lo que ocurre es que ha partido de otros presupuestos de Política criminal, en base a los cuales la simple exteriorización de la voluntad delictiva no la ha considerado merecedora de punición.

des: la del sujeto a quien va dirigida la proposición del artículo 4, II y la de aceptación de un ofrecimiento (8).

En el primer supuesto, la aceptación de aquél a quien va dirigida la proposición no permite dar el paso de considerar que se realice la conducta de conspiración, pues el proponente nunca ha condicionado su decisión a la aceptación de aquél. Antes del comienzo de ejecución sólo la conducta del sujeto activo es castigada, por realizar la figura de proposición del artículo 4, II. En tanto que la conducta de quien acepta la proposición es todavía impune por atípica.

Finalmente, la aceptación del ofrecimiento. Como veíamos antes, si el aceptante no condiciona su decisión a la disposición de quien se ofrece, no se puede hablar de conspiración. Su decisión sólo será castigada como proposición si reúne los requisitos del párrafo II del artículo 4, ya que de él depende que el delito principal se ejecute o no. Quien acepta el ofrecimiento, en cambio, no es castigado, en la hipótesis de que no dependa de él que el delito se lleve a cabo. (Caso contrario, se convertiría la conducta de ambos en conspiración).

El tercero y último de los actos preparatorios del artículo 4 es la provocación. De la lectura del apartado que la regula se deduce que no encaja en ninguno de los dos criterios que hemos empleado para aproximarnos a una consideración unitaria de los actos del artículo 4. En efecto, en la provocación hay un sujeto, el provocador, que ni antes ni después se decide él mismo a ejecutar el delito; por eso no tiene sentido cuestionarse el momento de la decisión delictiva. Por otra parte, provocador y provocado no tratan de ponerse de acuerdo para cometer un delito; no se establece una comunicación entre ambas partes al objeto de realizar algo. La relación entre provocador y provocado sólo es relevante jurídicamente por lo que se refiere al provocador. Las diferencias existentes entre los dos actos anteriormente estudiados y éste, justifican que un sector de la doctrina española los estudie por separado, encuadrando a la provocación en el mismo capítulo dedicado a la inducción (9). Para esta ubicación sistemática hay razones dogmá-

(8) Para R. MOURULLO, la conducta de quien acepta el ofrecimiento convierte en inductor a quien se ofrece para ejecutar el delito, pues "aparece como el factor que condiciona la adopción de tal decisión". *Comentarios...*, tomo I, págs. 848 y 849. El hecho de que R. MOURULLO no hable en su comentario sobre la conspiración, del proceso de gestación de la misma, impide conocer su opinión sobre este extremo. Del párrafo citado se deduce que parece inclinarse por una actitud semejante a la nuestra, de dejar impune a la persona que se limita a aceptar la proposición.

(9) La inducción es el punto relevante a tener en cuenta en estos momentos anteriores al comienzo de ejecución. En ello se basa la diferencia entre conspiración y proposición, en que en ésta hay ya una persona decidida que no puede ser inducida, y en aquélla es precisamente el acuerdo lo que decide a cada uno de los partícipes en la acción de conspiración.

ticas (10), legales (11) y jurisprudenciales (12); si bien es cierto que puede ser peligroso desde el punto de vista politicocriminal y de justicia material identificar la inducción con la conducta menos grave de provocación, sobre todo en la delicada materia de la delincuencia política (manifestaciones ilegales, huelgas, reuniones ilegales, prensa, asociación política, etc.).

En la provocación no existe ni resolución previa de cometer el delito, como ocurre en la proposición, ni intención de adoptar una resolución conjunta, como sucede en la proposición y en la conspiración. Los lazos de unión entre los distintos participante con el robustecimiento de la voluntad criminal que se observa en la conspiración y la proposición son mínimos, ya que el que provoca no ha de tener intención de colocarse por encima del Ordenamiento jurídico mediante la ejecución de la acción principal, pues no necesita ser autor ni participe en

(10) RODRÍGUEZ DEVESA llega, incluso, a estudiarlas sistemáticamente en lugares distintos de su *Tratado*, pues mientras se ocupa de la conspiración y la proposición entre los actos preparatorios, trata la provocación junto a la inducción. Es el caso más claro entre nosotros. R. DEVESA, J. M., *Derecho penal español, Parte general*, Madrid, 1974, páginas 653 ss. y 679.

En la doctrina española no existe unanimidad en cuanto a la naturaleza jurídica de los actos recogidos en el artículo 4. Para QUINTANO R., A., *Compendio de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1958, págs. 381 siguientes, mientras que la conspiración es un acto preparatorio de la coautoría, la proposición y la provocación representan inducciones frustradas. Para CUELLO C., E., *Derecho penal*, tomo I, Parte general, Barcelona, 1968, 15 edic., págs. 616 ss., la provocación es una forma de participación y la proposición una resolución manifestada. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*, tomo VII, Buenos Aires, 1970, páginas 268 y 286, considera a la conspiración y a la proposición como resoluciones manifestadas y a la provocación como una inducción frustrada. R. DEVESA, como acabamos de ver, estudia por separado a la proposición y a la conspiración, a las que considera resoluciones manifestadas, y por otro lado a la provocación como forma de participación y sin que suponga necesariamente una inducción frustrada. Finalmente, R. MOURULLO, *La punición...*, pág. 278, parece inclinarse por una consideración de las mismas como modalidades de la participación anticipada.

(11) El concepto de provocación es más amplio que el de inducción. Por eso, la falta de un precepto en el Código que regule la tentativa de inducción o inducción frustrada, hace que ésta sea castigada por la conducta menos grave de provocación, que si está recogida en el Código penal. En el mismo sentido, QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1963, págs. 247 ss. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pág. 165. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, tomo I, Madrid, 1948, pág. 405. En contra, R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 182.

(12) Que el párrafo III del artículo 4.º 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 puede ser subsumida en la de provocación, dada la actual redacción del Código, donde no se exige como en nuestro Derecho histórico el empleo de determinados medios. Ver infra II.

el futuro e hipotético delito. El que provoca no ha de conocer siquiera al provocado (13).

De lo anteriormente dicho hay que deducir que las razones que justifican la punición de la provocación no pueden ser las mismas que en la conspiración y la proposición, pues consumada la acción de provocar no hay todavía nadie decidido a cometer el delito (14). No se puede decir, pues, que en la provocación se castigue el peligro inmediato de la comisión del delito, manifestado en una resolución robustecida por la pluralidad de sujetos que en ella toman parte, pues ese peligro puede no existir y a pesar de ello estar en presencia de una provocación consumada.

Preferible es hablar de un peligro "abstracto" de ejecución del delito, ejecución que aparece más lejana que en los casos de la conspiración y la proposición. Por eso, las razones de su punición son más débiles. Parece más acertada la opinión de quienes ven en este género de "apología" (15), junto con otras previstas específicamente en la Parte especial del Código (16), una rebelión contra el Ordenamiento jurídico en su totalidad (17).

II

En materia de "actos preparatorios" le ha ocurrido a nuestro Tribunal Supremo lo que con la coautoría y la participación (18), carecer de la sensibilidad jurídica suficiente para estimar las diferencias conceptuales que el legislador español ha dejado traslucir, de manera más o menos velada, en la redacción del artículo 4: Saber qué entiende el Tribunal Supremo por cada una de las figuras recogidas en el mismo es tremendamente complicado. A esta dificultad han contribuido fundamentalmente dos razones:

(13) El que provoca puede dirigirse a una pluralidad de personas de entre las cuales alguna o algunas pueden sentirse impelidas a cometer un delito, o incluso ninguna, sin que ello afecte a la acción de provocar. QUINTANO, *Compendio...*, tomo I, pág. 384. R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 182.

(14) La provocación se consuma en el momento en que se exterioriza la "invitación" de posible eficacia, lo que quiere decir que no es necesario que haya sido realmente eficaz, a diferencia de la inducción. R. MOURULLO, *Comentarios...*, tomo I, pág. 187.

(15) Para QUINTANO, la única diferencia que existe con otras apologías reguladas en la Parte especial del Código, está en que la provocación no se puede basar en la apología de hechos ya realizados, sino de futura comisión. QUINTANO, *Compendio*, tomo I, pág. 384.

(16) Arts. 268 y 566, por ejemplo.

(17) "La apología como figura de delito ofende y pervierte el sentido moral; no debemos vislumbrar solamente una previsión de la ley penal, sino un amparo a las Instituciones del Estado". MOSQUETE, D., *El delito de apología*, en REEP, 1946, pág. 18.

(18) Para conocer la opinión del TS en torno al concepto de autor, ver la exposición de GIMBERNAT sobre la teoría del "acuerdo previo" sostenida por aquél. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, págs. 57 ss.

A) En los supuestos en que los “actos preparatorios” no entraron en fase ejecutiva, el Tribunal Supremo ha escogido el camino fácil y peligroso de acudir al párrafo III del artículo 4, que regula la provocación, aplicándolo a casos de la más diversa naturaleza. Observando las colecciones jurisprudenciales, puede comprobarse cómo el Tribunal Supremo aplica tal precepto tanto a supuestos de auténtica tentativa de inducción como a otros en los que se hace difícil encontrar la más mínima conexión entre lo planeado o sugerido en la acción de provocar y la acción principal, ejecutada o no.

B) En segundo lugar, en los casos en que aquéllos pasaron a convertirse en ejecutivos, el Tribunal Supremo se limitó a enjuiciar las conductas de quienes en los mismos tomaron parte, sin preocuparse de aclarar si tuvieron o no importancia en el momento de gestación de la voluntad criminal.

C) Como se deriva de la primera de las observaciones realizadas, el conocimiento acerca de cómo se ha confrontado el Tribunal Supremo con “los actos preparatorios punibles” exige una especial consideración de la “provocación”, es decir, de la jurisprudencia de aquél emanada en que se estimó la conducta de provocación.

Existen dos razones acerca de la confusión jurisprudencial en torno a la provocación:

1. Una es la que se deriva de la forma en que el Tribunal Supremo se plantea el problema de la causalidad en la provocación (la acción de provocar sería la causa, y la ejecución del delito el resultado).

2. Otra la confusión entre provocación e inducción.

1. Por lo que se refiere al problema de la causalidad, se observa una tímida evolución del Tribunal Supremo.

- a) En un primer momento, que abarca todo el final del siglo pasado y comienzos del presente, hasta el año 35, el Tribunal Supremo no se plantea siquiera la existencia de una relación causal entre provocación y delito principal a que se provoca (19). Como contrapartida, en cambio, no hace la más mínima alusión a la conversión de la provocación en inducción, entre otras razones por la peculiar regulación de aquélla en el Código penal de 1870, entonces vigente. Aparte de no colocarla sistemáticamente junto a la proposición y la conspiración, quedaba reducida su punición al empleo de determinados medios comisivos, prescindía de la cláusula de conversión automática en inducción (a los efectos de la sanción a imponer) desde el comienzo

(19) Ver Sentencias de 2 de junio de 1884 (*Colección jurisprudencial*, tomo V, referencia núm. 1.497), 4 de julio de 1885 (*CJ*, V, 118), 28 de mayo de 1904 (*CJ*, V, 1.276), 20 de junio de 1906, 7 de febrero de 1912 (*CJ*, V, 164), 10 de octubre de 1923 (*CJ*, V, 1.141), 18 de enero de 1934 (*CJ*, 103), 9 de diciembre de 1935 (*CJ*, 2.388). En contra: Sentencia de 9 de julio de 1884 (*CJ*, V, 1.127).

de la ejecución (20), determinando solamente la duración de la pena (21).

b) En una segunda etapa, el Tribunal Supremo comienza a preocuparse por dar una explicación acerca de la causalidad exigible en la acción de provocar. Así, por ejemplo, la Sentencia de 5 de febrero de 1954 (22) afirma: "la provocación... requiere no ya esa sola propuesta a otros para llevarla a cabo, sino que se invite a ésta... por medios... de posible eficacia en cuanto a la obtención del fin propuesto, es decir, que se estimule el ánimo de aquél a quien se dirige para lograr que éste, influenciado por el provocador, ejecute el acto criminoso". O la de 24 de diciembre del mismo año (23), en un caso de aborto: "...porque ello representa la utilización de un medio que puede ejercer positivo influjo en el ánimo de la mujer encinta para decidirla a cometer el delito de aborto", sin que importe que éste llegue a perpetrarse, dada la oposición de la mujer". U otra, también de aborto, de 27 de diciembre de 1954 (24), en el mismo sentido "...la eficacia de la provocación se une en el texto legal con el previo aditamento de "posible", con lo cual se sitúa la eficacia de la invitación en un plano abstracto...". Con gran claridad expone el criterio del Supremo la Sentencia de 30 de septiembre de 1966 (25): "...y si bien es cierto que no son asimilables en lo penal los conceptos de consejo impune y de provocación y proposición punibles, estos dos últimos prácticamente equiparables..., el hecho que se describe al constatar con tanta insistencia y detalle en el escrito la práctica del aborto, es evidente que cualquiera que sea la denominación gramatical conviene perfectamente al sentido jurídico por rebasar el mero consejo o sugerencia en abstracto y referirse a actividades delictivas concretas...".

c) Finalmente, a partir de la Sentencia de 17 de marzo de 1969 (26), parece que el Tribunal Supremo da un paso más. De la lectura detenida de la misma se deduce que el vínculo causal no ha de ser exigido en "abstracto", referido, quizá, al empleo de medios susceptibles de influir en una persona media ideal, sin atender para nada a las características peculiares de los concretos sujetos. Por el contrario, es precisamente conforme a dichas circunstancias concretas que se estima lo "posible" de la eficacia de los medios empleados: "...porque la eficacia de la provocación queda acreditada por la subsiguiente

(20) El artículo 582 del Código penal de 1870 decía así: "Los que provocaren directamente, por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación, a la perpetración de los delitos comprendidos en este Código, incurrirán en la pena inferior en dos grados a la señalada al delito".

(21) Sentencias de 24 de junio de 1884, 4 de julio de 1885, 23 de mayo de 1904, 20 de junio de 1906, 10 de octubre de 1923, 27 de enero de 1934 y 9 de diciembre de 1935.

(22) *Aranzadi*, referencia 215.

(23) A. r. 2.988.

(24) A., r. 2.990.

(25) A., r. 3.896.

(26) A., r. 1.646.

efectividad del delito..., contribuyó no sólo por medios de posible eficacia, sino de real eficacia en la comisión del delito". O la Sentencia de 25 de marzo de 1969 (27): "...ya que redactando unos de los procesados, copiando otros y difundiendo algunos el manifiesto invitando a la inactividad laboral durante cierto día, consiguieron que ésta (la huelga) alcanzase a unos 19.000 mineros, 13 minas y 5 talleres metalúrgicos...". Por último, la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (28), que contempla un caso de auténtica inducción: "...porque existió provocación o invitación, eficaz e idónea, para cometer un delito continuado de hurto, ya que aunque causalmente fuera ínfima, produjo el grave efecto de determinar la ejecución o perpetración delictual".

Como es fácil comprender tras la lectura de sentencias como la última, la conversión de las conductas enjuiciadas en inducción, una vez comenzada la fase ejecutiva, no necesita de ficción legal alguna, ya que por su propia naturaleza integra aquella figura. En estos casos habría que estimar la inducción aun en el supuesto de que no existiese el precepto del último inciso del párrafo III del artículo 4: "...que hace que se transforme la provocación en inducción" (S. de 17 de marzo de 1969) (29); "...seguida a la provocación la perpetración del delito, han de ser imputados inductores del mismo y comprendidos en el número 2 del artículo 14..., y con el efecto de la asimilación legal de tal actividad a la inducción misma y se castigue como tal..." (S. de 4 de noviembre de 1969) (30).

2. En relación con este último punto, está la que consideramos segunda razón de la confusión del Tribunal Supremo en torno a la provocación: la identificación entre provocación e inducción. También aquí se observa una evolución del Tribunal Supremo, evolución paralela a la vista con anterioridad para la relación de causalidad, dada la proximidad de los problemas.

a) En un primer momento donde, como veíamos, no se exige vínculo causal alguno entre provocación y delito principal, la inducción en que aquélla se convierte tras el comienzo de ejecución, sólo puede operarse por virtud de una decisión del legislador, conversión a efectos de penalidad, como el mismo Tribunal Supremo afirma expresamente: "...pues si tal evento se diera, y a la provocación hubiera seguido la perpetración del delito, habría de estimarse y pensarse como" típica y real inducción, según de modo expreso estatuye el propio precepto del Código que se estudia" (Sentencia de 5 de febrero de 1954) (31). "...y el hecho de que éste (el aborto) no llegue a perpetrarse sólo impide que la provocación se convierta en inducción" (S. de 24 de diciembre de 1954) (32). "...porque si sus invitaciones hubiesen determinado la perpetración del delito, habría que sancio-

(27) A., r. 1.718.

(28) CJ 5.229.

(29) CJ 1.646.

(30) CJ 5.229.

(31) CJ 215.

(32) CJ 2.988.

narle como inductor y no como mero provocador, de acuerdo con la norma contenida en el segundo inciso del párrafo III del artículo 4 del Código penal” (S. de 7 de diciembre de 1954) (33). “...Teniendo en cuenta que a la provocación ha seguido inmediatamente la perpetración del delito, esa actividad provocativa obligaría en armonía con este precepto legal a calificarle siempre como inductor del homicidio” (S. de 26 de octubre de 1957) (34). “La provocación seguida de ejecución se transmuta en autoría por precepto imperativo del último inciso del artículo 4 del Código penal” (S. de 20 de marzo de 1961) (35).

b) Sin embargo, en un momento posterior y coincidente con una atención más estricta a la causalidad en la provocación, ésta se aproxima más a la propia inducción, lo que hace que el Tribunal Supremo no acuda a la ficción legal, ya que provocación e inducción se asemejan conceptualmente. A partir de ahora, los problemas surgirán de la distinción entre provocación e inducción frustrada, a las que el Tribunal Supremo parece identificar: “La ineficacia de la provocación de aborto es precisamente la nota diferencial entre este tipo de responsabilidad y el más grave de participación por inducción...” (S. de 12 de enero de 1962) (36). “...pues de acreditarse (en el caso concreto) y subseguir la perpetración del delito, ya dice el último inciso del precepto, que se aplicarán las responsabilidades propias de la inducción...” (S. de 23 de mayo de 1962). “...que no alcanza el grado de inducción al no ser seguido de efecto material” (S. de 2 de octubre de 1962) (38) “...con lo que se trataba de influir directamente en el ánimo de la destinataria para producir un resultado que, de acreditarse, nadie duda hubiese constituido al procesado recurrente en coautor del delito de aborto a título de inducción (S. de 30 de septiembre de 1966) (39).

En conclusión, se observa una evolución del Tribunal Supremo que, coincidiendo con la experimentada en materia de causalidad, va desde la consideración de la conversión de la provocación en inducción como una ficción legal, hasta el patrocinio de un concepto de provocación del que se deriva lógicamente la conversión en inducción tras el comienzo de ejecución, sin necesidad de acudir a ficción alguna.

El interés de analizar minuciosamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre provocación estriba en que dada la amplitud con que el Código penal la configura, es posible que el Tribunal Supremo haya conducido por el camino de la provocación típicos supuestos de conspiración y proposición. Hemos intentado ver si en algún caso de los enjuiciados por el Tribunal Supremo era posible descubrir los elementos de la conspiración y la proposición. Nuestros esfuerzos, sin embargo, han sido inútiles, ya que hubiese sido necesari-

(33) *CJ* 2.990.

(34) *CJ* 2.697.

(35) *A.*, t. XXXI, r. 1.348.

(36) *A.*, t. XXIX, r. 140.

(37) *A.*, r. 2.203.

(38) *A.*, r. 3.492.

(39) *A.*, r. 3.896.

rio que esta jurisprudencia se hubiera detenido a analizar en los supuestos de hecho los fenómenos psicológicos en que aquéllas se basan, examen que no ha hecho dadas las dificultades que ello supone y lo fácil que para él era estimar provocación.

La confusión del Tribunal Supremo viene motivada, en mi opinión, por carecer el Código penal de un precepto específico que regule la tentativa de inducción, lo que hace que aquél no encuentre otra salida que la de conducir tales supuestos por el cauce del párrafo III del artículo 4, que si bien es dogmáticamente correcto (40), ha provocado que el Tribunal Supremo generalice siempre que se encuentra ante un supuesto que encaje en dicho párrafo III hable de inducción (caso de comienzo de ejecución). Lo que realmente ocurre es que tal párrafo está concebido en unos términos tan amplios que permite albergar tanto supuestos de provocación propiamente dicha, como otros de tentativa de inducción. Una solución de "lege ferenda" sería crear un inciso que sancionara independientemente la tentativa de inducción, al tiempo de hacer desaparecer el último inciso del párrafo III (ficción de inducción a los efectos de la pena a imponer). Si a eso se añadiese una regulación independiente de la provocación con la fijación de una pena única, cualquiera que fuera el delito a que se provoca (siempre que se trate de una de las figuras típicas del libro II del Código penal), tendríamos un concepto legal de provocación que respondería a su auténtico sentido prejurídico, es decir, de "apología" o rebelión contra el Ordenamiento jurídico (41). Mientras tanto, la única solución posible es jugar con los márgenes máximos y mínimos, o diferencias de grado, que permite el artículo 52 CP, al objeto de no equiparar a efectos penales conductas tan distintas como la tentativa de inducción y la "invitación" abstracta y más o menos velada al atentado contra el Ordenamiento jurídico (tan frecuente en materia de prensa y delitos contra el Orden público).

B) En segundo lugar, según veíamos: ¿cómo ha considerado nuestro Tribunal Supremo los actos gestores de la voluntad criminal, en los supuestos en que ésta entró en fase ejecutiva? Dos son los criterios que el Tribunal Supremo ha utilizado para afirmar que hubo coautoría:

1.a) En los casos en que hubo "acuerdo previo" (entendiendo por tal la división del trabajo que implica la ejecución) atendiendo, además, para ello sólo al dato objetivo de la puesta de acuerdo, sin necesidad de concretar la misión asignada a cada uno de los participantes, siendo indiferente, como el mismo Tribunal Supremo afirma, el hecho de que incluso alguien no se reserve papel alguno en la acción principal. Así, la Sentencia de 8 de octubre de 1952 (42): "...basta la justificación de haber existido entre varias personas un previo acuerdo para la comisión de un delito para que todas y cada una de ellas haya de ser considerada penalmente responsable del delito planeado

(40) Ver *supra*, nota (11).

(41) Ver *supra*, nota (17).

(42) A., r. 1.448.

y ejecutado...". O la Sentencia de 27 de febrero de 1954 (43): "Que el previo acuerdo para delinquir liga a todos los agentes del delito por igual en cuanto a la resultancia apetecida y puesta en ejecución...". O, finalmente, la de 17 de junio de 1957 (44): "...porque el concierto y acuerdo previo de varias personas para la comisión de un hecho delictivo atrae sobre todas el carácter de coautores y les alcanza idéntica responsabilidad penal...".

b) Sin embargo, a partir de la Sentencia de 26 de octubre de 1960 (45), comienza a notarse una cierta evolución de nuestro Tribunal Supremo, en el sentido de no limitarse a una consideración puramente objetivista del "acuerdo previo", exigiendo, en cambio, una valoración de la intervención de cada partícipe en dicho concierto, pues aquéllas pueden ser de muy diferente naturaleza: "...porque el acuerdo o concierto de voluntades que engendre la resolución de cometer un delito, y que es la causa determinante de su realización, constituye una de las formas de la inducción". Como podemos ver, se exige ahora que el resultado del acuerdo sea la decisión de realizar algo, decisión que con anterioridad al mismo no existía. Ello es de enorme significado para poder distinguir los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación, entre sí y con las formas preparatorias de la participación. De ahí la insistencia en distinguir entre un acuerdo tácito (referido a personas que ya estaban decididas, por separado y con anterioridad, a la comisión del delito), y otro, en el que se exige que del mismo haya surgido una resolución delictiva que antes no existía. Así, la Sentencia de 9 de noviembre de 1964 (46): "...confundirlos (esos dos distintos acuerdos) sería deducir siempre de la unidad de la acción la unidad de voluntad, con lo que vendría a eliminarse la exigencia del requisito subjetivo (concierto de voluntades)...". En el mismo sentido la Sentencia de 12 de marzo de 1965 (47).

c) Hasta llegar a la importante Sentencia de 8 de julio de 1968 (48), que es un modelo de definición de la acción de conspiración, no sólo en sí misma considerada (resaltando los aspectos psicológicos de la puesta de acuerdo y toma de decisión peculiares de la misma), sino también en relación con la evolución experimentada tras el comienzo de ejecución: "La autoría moral o inducción, requiere para existir una presión eficaz, intensa y suficiente de una persona que no actúa ejecutivamente sobre otra, para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión no disminuida ni eliminada, acepta el acicate, excitación o persuasión ajena, para que, surgiendo una coordinación de ambas voluntades, se efectúe por éste el hecho delictivo, quedando ambos ligados por adecuada relación de causalidad y siendo los mismos

(43) A., r. 507.

(44) A., r. 1.740.

(45) A., r. 3.506.

(46) A., r. 4.686.

(47) A., r. 908.

(48) A., tomo 1.968-II, pág. 2.414.

igualmente responsables, pudiendo alcanzarse esta inducción para cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas, y siendo estimada por esta Sala como una de las formas de más corriente manifestación al margen de la actuación predominante del inductor, el acuerdo o concierto de voluntades, que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal, cualquiera que sea la parte que cada uno de los culpables realice al asegurar la consumación". O la también significativa Sentencia de 31 de marzo de 1969 (49), por los importantes matices a que obliga atendiendo a la gravedad, siempre graduable, de la participación material o influencia psicológica: "No es el acuerdo previo una definitiva solución para todos los casos, caben participaciones personales distintas que han de valorarse según la intervención ejecutiva en el hecho, entendida su ejecución no sólo al proceso causal material, sino al producir un resultado con los factores físicos y directrices psíquicas en las que el partícipe colabora o auxilia, según una culpabilidad personal, individual y concreta, por que la participación tiene como arranque una acción principal de la que toman nombre el autor material y moral, como los cooperadores y auxiliadores, éstos se distinguen por su virtualidad operativa en los dos aspectos, pues el hecho está compuesto de elementos objetivos y subjetivos (50).

2. La segunda razón que ha llevado al Tribunal Supremo a estimar "acuerdo previo", con el efecto de dar lugar a coautoría y la consiguiente solidariedad de todos los partícipes por los resultados ocasionados, se produce en aquellos casos en que se haría difícil precisar los resultados causados por cada uno de los partícipes en la agresión simultánea. "Que cuando en acción conjunta y simultánea se aúnan y funden las voluntades de los determinados componentes de un grupo para acometer a otras personas, y causen a cada una de éstas lesiones aunque no se determine concretamente quiénes las hubieran causado, son todos ellos responsables como consecuencia del vínculo creado por la codelinquencia" (S. de 14 de abril de 1952) (51). "Que se opone al concepto de riña tumultuaria... pese a la pluralidad de personas actuantes y de conocerse cuál de ellas asestó el golpe mortal, la circunstancia de que los dos componentes de uno de los bandos en colisión ejercieron las violencias sobre sus enemigos, obraron con unidad de propósito y acción conjunta; por lo que la Sala sentenciadora hubo de apreciar la solidariedad delictiva de los dos reos, y los consideró con acierto como coautores de homicidio" (S. de 23 de enero de 1958) (52). "...calificación (riña tumultuaria) que no es posible admi-

(49) A., tomo XXXVI, r. 1.782.

(50) Esta sentencia viene a dar la razón y reconocer la crítica hecha por GIMBERNAT a la doctrina del "acuerdo previo" sostenida por el TS hasta entonces. Si se trata de una declaración programática que no va a impedir que aquél siga utilizando dicha teoría por razones de comodidad, requeriría un examen detenido de la jurisprudencia recibida desde entonces.

(51) A., r. 619.

(52) A., r. 59.

tir cuando hay unidad de propósito y acción en los culpables, como ocurre cuando la agresión se realiza en acción conjunta, con imposibilidad de separar las responsabilidades aislando el hecho singular y personalísimo con que cada uno haya concurrido, siendo forzoso subordinarlo al resultado que ofrezca el conjunto de todos los hechos" (S. de 9 de marzo de 1960) (53).

Necesaria es también en este punto la alusión a la evolución que vimos ha experimentado el Tribunal Supremo en torno al "acuerdo previo", recordando las Sentencias de 9 de noviembre de 1964 (54): "...y si lo mismo puede ser el acuerdo expreso que tácito, no puede llegar a confundirse el acuerdo presunto con el tácito, y confundirlos sería deducir siempre de la unidad de acción la unidad de voluntad". Y la de 12 de marzo de 1965 (55): "Nunca debe llegar a confundirse el concierto presunto con el acuerdo tácito y confundirlos sería deducir siempre de la unidad de acción la unidad de voluntad..."

Es cierto que la evolución experimentada por el Tribunal Supremo en torno a las diversas facetas del "acuerdo previo" se haya producido a un nivel más programático que realmente práctico, cayendo a veces en contradicciones (56). Pero ello revela, al menos, la voluntad de aquél de comenzar a matizar las diferentes posibilidades de tomar parte en ese difícil terreno de lo "preejecutivo". Matización que ha de abarcar tanto a los aspectos materiales como a los psicológicos, renunciando a un tratamiento del problema como el realizado hasta ahora. Ello permitiría ver con claridad cuál es la naturaleza del "acuerdo previo" del tipo de la conspiración, que no es otra sino la de "vinculación psicológica" de quienes toman parte en ese concierto en cuya virtud puede decirse que lo jurídicamente relevante de aquélla es que varias personas, en virtud de su interés personal en la consecución de la misma finalidad delictiva, hacen nacer en cada una de ellas la voluntad decidida de cometer el delito principal, determinando, pues, el nacimiento y robustecimiento de la voluntad delictiva, y, por tanto, un mayor peligro de que el delito se lleve a cabo, ya que colectivamente deciden hacer algo que de otra manera no harían por separado. Si nuestro Tribunal Supremo llega a distinguir entre comienzo de ejecución como base para poder apreciar formas participativas, y "actos preparatorios punibles" donde se plantea el problema de tomar una decisión, habrá dado un gran paso para solucionar los numerosos problemas de la "progresión criminal".

Finalmente, y para obtener una visión totalizadora, haremos una pequeña referencia a la proposición, al solo objeto de poner de relie-

(53) A., r. 650.

(54) A., tomo XXXI, r. 4.686.

(55) A., r. 908.

(56) Véase el comentario de GIMBERNAT a las Sentencias de 29 de noviembre de 1958 y 3 de marzo de 1965, en las que declarándose la importancia de la autoría conjunta y el concierto de voluntades para estimar coautoría, el TS no es consecuente, lo que conduce a resultado injusto o erróneamente fundamentados. GIMBERNAT, *Autor y cómplice...*, págs. 72 y 73.

ve cómo el Tribunal Supremo ha insistido en ese importante aspecto psicológico de la relación entre el proponente y el sujeto a quien aquél se dirige: "Son elementos necesarios para que la proposición para cometer un delito sea castigada: 1. Que éste esté expresamente castigado por la Ley. 2. Resolución del culpable de cometer el delito. A. *Que éste proponga su ejecución a otra u otras personas*" (S. de 30 de noviembre de 1934) (57). "En toda generación delictiva el grado de proposición se revela cuando el agente ha formado el propósito firme y decidido de cometer una infracción punible y resuelto a llevarla a efecto *propone su ejecución a otra u otras personas*, de modo consciente, preciso y persuasivo, solicitando de ella su ayuda, auxilio o cooperación" (S. de 28 de mayo de 1935) (58).

En esta ocasión no estudiamos aspectos importantes de la proposición, como pueden ser el papel que se ha de reservar cada parte en el delito principal, o el muy interesante de su distinción con la tentativa. Y ello, porque desde el punto de vista de este trabajo, lo que interesa es la relación psicológica y el nacimiento de la decisión de cometer el delito, cuestiones en las que para el Tribunal Supremo y para el Código penal ya hay una persona decidida a tal finalidad que puede influir en otra y decidirla también (por eso se le castiga), pero que no puede ser influida, en el sentido de determinar su decisión (cuestión distinta es que su voluntad se vea robustecida), razón por la cual no se castiga a quien acepta la proposición (a no ser que el delito principal comience a ejecutarse).

III

1. Como decíamos al principio de este trabajo, vamos a proceder al intento de interpretar sistemática y funcionalmente todo el contenido del artículo 4.º. Para ello es necesario, en primer lugar, tratar de dilucidar los criterios que han sido tenidos en cuenta por el legislador en la incriminación de estas conductas.

El legislador español ha prestado atención a la fase previa de la ejecución de delito para sancionar conductas en que se intenta hacer surgir la voluntad delictiva de alguien. Por otra parte, no exige que la persona que lleve a cabo el intento de convencer a otra estuviese ella misma ya decidida y ni siquiera que tenga la intención de participar en la ejecución del delito principal. Ejemplos de lo primero son la conspiración y la proposición, pues mientras que en aquella no hay persona alguna que esté previamente decidida, en ésta el proponente lo estaba ya de antemano. Ejemplo de lo segundo es la provocación, en la que el sujeto activo no tiene nada que ver con el delito principal a que provoca.

1.a. Como consecuencia del criterio sentado con anterioridad, hay que deducir la relevancia de la tentativa de inducción y la irrelevancia

(57) A., r. 2.025.

(58) A., r. 1.060.

de la exteriorización de la voluntad delictiva, implícitas en todos estos actos. Al principio hemos afirmado que el legislador español atiende al intento de suscitar una voluntad delictiva. La consecuencia lógica a derivar de ello es que para él tal intento determina la imposición de una pena, mientras que la simple exteriorización de la voluntad delictiva es irrelevante. Una prueba de esto la ofrece la proposición, donde la conducta del sujeto activo exterioriza estos dos aspectos: por un lado, el deseo de cometer, él mismo, el delito principal; por otro, un intento de hacer nacer el mismo deseo en la persona a quien se dirige. Supongamos, por otro lado, un caso en que dicha persona a quien aquél se dirige acepta la propuesta, es decir exterioriza también su voluntad delictiva. No obstante, el legislador español deja impune esta última conducta siempre que no se vislumbre en ella un intento de inducir a su vez al proponente. De ello cabe deducir que lo relevante en la conducta del sujeto activo de la proposición no es la exteriorización de la voluntad delictiva, coincidente con la manifestación impune del otro sujeto. Lo desvalorado es la tentativa de inducción de la persona a quien se dirige. Esa tentativa es punible aunque esta última persona no acepte su proposición, o incluso, en el caso de que se trate de una tentativa de inducción imposible (la persona a quien se dirige estaba ya decidida con anterioridad a la comisión del mismo delito a que se le intenta inducir). Demostrando con ello cómo en nuestro Derecho existen casos en los que se castiga la tentativa de inducción (59).

1.b. De todo cuanto antecede se deriva que conspiración y proposición no se encuentran en una relación de progresión, en que la proposición esté destinada a convertirse en conspiración en el momento de la aceptación del sujeto a quien se dirige (60). No existe tal re-

(59) Ver *supra*, autores de la nota (11).

(60) El Código de 1822 se ocupaba de la conspiración en el artículo 4: "La conspiración para un delito consiste en la resolución tomada entre dos o más personas para cometerlo. No hay conspiración en la mera proposición para cometer un delito que alguno haga a otro u otros, cuando no es aceptada por éstos". Y de la proposición en el art. 6: "La proposición hecha y no aceptada, y la conspiración en que no haya llegado a haber tentativa, no serán castigadas sino en los casos en los que la ley lo determine expresamente". Que ya incluso en este momento se trata de algo más que meras resoluciones manifestadas lo prueba el mismo texto legal en su art. 9: "El pensamiento y la resolución de delinquir cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetas a pena alguna, salvo de vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley". Por eso, al sujeto activo de la acción de proposición no se le castiga por que manifieste su propósito de cometer el delito, sino por su intento de inducir a la persona a quien se dirige a la comisión del mismo. Las diferencias con la proposición, tal como es concebida en la actual regulación legal, son grandes, pues, por un lado no se exige que el sujeto activo de la proposición esté terminantemente decidido a ejecutar el delito; mientras que, como veremos, tal resolución es elemento esencial y característico de la actual proposición. Por otro lado, proposición y conspiración se encuentran en una misma progresión en la que la proposición está destinada a convertirse en conspiración, de la que no aparece sino como una modalidad frustrada. Todo ello en el Código de 1822, cosa que tampoco ocurre en la actualidad donde ambas son modalidades distintas.

lación en virtud de las definiciones que de una y otra proporciona el artículo 4.º. Y todo ello dada la relevancia que en la proposición tiene que el sujeto activo esté ya decidido a cometer el delito, hasta el punto de ser elevado por el legislador a elemento esencial, frente a la exigencia contraída en la conspiración, de que ninguno de los conspiradores esté decidido con anterioridad al acuerdo de conspiración.

Este punto tiene también importancia para la consideración jurídica del ofrecimiento y la aceptación. Naturalmente, la consideración que se haga de estas figuras ha de estar mediatizada por lo que hemos considerado punto de partida del legislador en el tratamiento de estos actos, es decir, el principio de la inducción. En efecto, dado que lo relevante no es la exteriorización de la voluntad delictiva, sino el intento de inducción, las conductas de ofrecimiento y aceptación sólo pueden ser objeto de una consideración jurídica correcta si trascendiendo el aspecto externo a que sus nombres hacen referencia, se considera el contexto psicológico, volitivo, en que dichos actos de ofrecimiento y aceptación se producen. Vayamos por partes.

1.c. Tomemos en primer lugar el ofrecimiento. Este puede tratarse tanto de un caso en el que quien se ofrece no condiciona su decisión a la aceptación, como del caso opuesto en que quien se ofrece sí condiciona su decisión a la aceptación de la otra parte. Lógicamente, el tratamiento de uno y otro supuesto es muy diverso. Mientras que el primero sólo podrá ser considerado como proposición, en la hipótesis de que concurran los restantes requisitos exigidos por el artículo 4, II; el segundo, que es el que aquí nos interesa, puede implicar el primer paso de una conducta destinada a convertirse en conspiración, siempre que se cumplan los requisitos de la misma, es decir, tanto quien se ofrece como quien acepte condicionen su resolución delictiva a la de la otra parte. En otro caso no, y entonces habría que comprobar si la conducta de uno y otro encajan en el supuesto de proposición, con la renuncia consiguiente a su tratamiento como conspiración.

1.d. Por lo que se refiere a la aceptación de un ofrecimiento, ocu-

Del concepto de proposición recogido por el Código de 1822 se deriva que también configura de manera distinta a la conspiración, veamos por qué. El art. 4 define a la proposición como un intento frustrado de conspiración ("...proposición para cometer un delito, que alguna persona hace a otra u otras, cuando no es aceptada por éstas) a la que sólo se castiga en el caso de que no sea aceptada por la otra parte. Ello obliga a preguntarse cómo habría de punir el supuesto de quien estando decidido "a priori" a cometer el delito, consigue de la persona a quien se dirige inducirla al mismo. Como proposición no sería punible, pues por disposición legal ésta requiere el no convencimiento de esa persona. Por otro lado, sería injusto y absurdo dejar impune esta conducta, pues es de mayor gravedad que la simple proposición. Por eso, la única solución es insertarla en la conspiración, para lo cual es necesario configurarla de manera distinta a la actual, ya que en el Código de 1822 no es esencial y característico de la conspiración el que con anterioridad al acuerdo de comisión del delito ninguno de los que en él toman parte esté decidido a cometerlo.

Así, pues, estos dos actos se configuran en el Código de 1822 de manera muy distinta a la regulación actualmente vigente.

rre algo parecido. Para poder considerar jurídicamente la conducta de aceptación hay que tener en cuenta cuál es la relación en que se encuentra respecto a su correspondiente figura de ofrecimiento. Las variedades que en este caso se presentan son, según que la especialidad esté en el aceptante o en el que se ofrece, las siguientes:

a) Si el aceptante no condiciona su decisión a la del que se ofrece, no se puede hablar del paso definitivo hacia la conspiración, pues una de las dos partes, el que acepta, no condiciona su decisión. Sólo se podrá hablar de una proposición por su parte en el caso de que se diesen los restantes requisitos exigidos por el artículo 4.º, II.

b) Si el aceptante condiciona su decisión a la de quien se ofrece, pero quien se ofrece no, entonces la conducta de aquél es impune. Se tratará, en todo caso, de un acto preparatorio de la conspiración que, como hemos dicho, no se castiga. En este supuesto, sólo podría hablarse de proposición por parte de quien se ofrece, si se dan los requisitos restantes. De conspiración no se puede hablar desde el momento en que quien se ofrece no condiciona su decisión.

c) Sólo en el caso de que tanto quien se ofrece como quien acepta condicionan recíprocamente sus decisiones, se puede decir que el acuerdo que surge del concierto de voluntades es un acuerdo de conspiración. Pero téngase en cuenta que sólo en el momento en que el acuerdo recaiga hay conspiración. Las conductas anteriores de una y otra parte, hasta ese momento, encaminadas a dicha finalidad, son impunes, sin que pueda hablarse de tentativa de inducción antes del acuerdo de conspiración.

1.e. Una última cuestión es la de si en aquellos supuestos en que no puede hablarse ni de conspiración (ya que una de las partes está decidida "a priori" a cometer el delito) ni de proposición (en el caso de que quien se ofrece o quien acepta como sujeto a quien va dirigida la acción de proponer, no esté decidido "a priori" a cometer el delito), puede estimarse tentativa de inducción, subsumible en la de provocación del artículo 4.º, III, dada la amplitud con que aparece concebido dicho párrafo. Para esta solución existen obstáculos de naturaleza dogmática y de política criminal.

Si comparamos aquellos supuestos con uno normal de tentativa de inducción, vemos que mientras en éste el inductor quiere el resultado por encima de todo, en aquéllos el "hipotético" inductor lo condiciona a la decisión libre y voluntaria de su compañero, exigiendo además que la otra parte se decida también en virtud de su resolución. O sea, éste no lleva a cabo una conducta activa de influir en la decisión del otro. Su conducta es más bien pasiva, en el sentido de que espera de la otra parte que se convenza por el simple hecho de saber que él está decidido. Las conductas revelan diversa gravedad, y por tanto, no merecen el mismo tratamiento, planteándose de nuevo un caso de los que manifiestan la necesidad de graduar la inducción (61) La decisión que se suscita con la acción de provocar es una decisión que nada tie-

(61) SCHROEDER, F. Ch., *Der Täter hinter der Täter*, Berlín, 1965, página 215.

ne que ver con la resolución en que proponente y conspirador están interesados y que sería por la única que se le podría castigar.

2. Como decíamos al principio del apartado II, al Tribunal Supremo le faltó profundizar en la cuestión, tan relevante en nuestro estudio, de la gestación de la voluntad delictiva. Un deseo de simplificación le ha llevado a calificaciones imprecisas, cuando no injustas, en su tendencia a considerar siempre de autoría la conducta de tomar parte en el "acuerdo previo" a la comisión del delito, con independencia del papel asignado o realizado en la ejecución, y de la influencia en el acuerdo.

Así, en el aborto, la calificación de conspiradores de la pareja de novios que acude a otra para que le indique una persona idónea en la práctica de aquél; como, asimismo, la conducta del practicante que se presta a realizarlo (S. de 3 de marzo de 1969) (62). Como ocurre también en el caso de la Sentencia de 3 de enero de 1969, donde sí es de conspiración la conducta de madre e hija, pero no la del practicante que se presta a la realización. O la de 26 de enero de 1967 (63), en la que el Tribunal Supremo considera, erróneamente, de delito de aborto, en grado de conspiración, la organización de personal y medios para la práctica del mismo. (Esta conducta puede encajar en otro tipo de la Parte especial, pero no en el artículo 4.º, I). En el mismo sentido la Sentencia de 1 de julio de 1958 (64).

La conducta de A y B, que se ponen de acuerdo para realizar delitos de estafa, es de conspiración; pero, en cambio, la de un tercero que se preste a suplantar la personalidad de un familiar, necesaria en la estafa, no (S. de 11 de octubre de 1960) (65). Algo parecido ocurre en el caso de quien se presta para hacer de vigilante en el asesinato que han decidido realizar dos amigos suyos (S. de 9 de octubre de 1952) (66). Hay conspiración en el supuesto de quien se pone de acuerdo con el ladrón antes del robo para comprarle el producto del mismo (S. de 27 de mayo de 1953) (67). No siempre es de conspiración la conducta de quienes se prestan a firmar como testigos en la falsificación de documentos que faciliten la estafa organizada por otros, mediante el uso de una cambial (S. de 25 de junio de 1962) (68).

De acto preparatorio de la conspiración calificaría la conducta del amante que sugiere a la mujer la conveniencia del aborto, que no se convierte en conspiración dada la oposición de aquélla (S. de 23 de mayo de 1962) (69). En el mismo sentido, el marido que entrega a la mujer un abortivo, no hace sino exteriorizar implícitamente su propuesta (S. de 2 de octubre de 1962) (70). Lo difícil es distinguir estos

(62) *JC*, núm. 411, págs. 68 ss.

(63) *A.*, t. XXXIV, r. 177.

(64) *JC*, t. XXXV, núm. 738, pág. 743.

(65) *JC*, t. XLII, núm. 738, pág. 199.

(66) *JC*, t. XXVIII, núm. 459, pág. 82.

(67) *JC*, núm. 1.465, pág. 948.

(68) *JC*, t. XLVII, núm. 790, pág. 844.

(69) *JC*, t. XLVII, núm. 598, pág. 298.

(70) *JC*, t. XLVIII, núm. 934, pág. 109.

casos de ofrecimiento (impune) de la provocación (punible), como en ambos casos calificó el Tribunal Supremo. De la diferencia que existe entre ambas figuras hemos hablado en I.e.

En cambio, los términos en que se dirige el amante a la mujer en la Sentencia de 30 de septiembre de 1966, en que como dice el texto de la misma, se rebasa "el mero consejo o sugerencia", "haciendo ver los presuntos males de la no aceptación", permiten hablar de tentativa de inducción, punible conforme al artículo 4, III.

De qué naturaleza ha de ser la influencia de un conspirador sobre otro, lo expresa con gran claridad la Sentencia de 4 de noviembre de 1969 (71), en un caso de inducción: "...produjo el grave efecto de determinar la ejecución o perpetración delictual, que antes no se le ocurrió al procesado realizar".

De especial importancia son las Sentencias de 8 de julio de 1968 (72): "...acuerdo o concierto de voluntades que produce como causa determinante la resolución de realizar una infracción criminal", y la de 31 de marzo de 1969 (73). Como, asimismo, la de 28 de octubre de 1964 (74) y 17 de junio de 1957 (75). En estas sentencias se reconoce la necesidad de estimar no sólo el papel desempeñado o a desempeñar por quienes participan en un acuerdo delictivo, sino también, y sobre todo, el grado y naturaleza de la influencia desarrollada por cada uno de ellos, y determinante, de una manera o de otra, de la resolución delictiva. Diferencia de grado que no es indiferente para el Derecho.

Por lo que se refiere a la proposición, sólo recordar las Sentencias de 30 de septiembre de 1934 y 28 de mayo de 1935, que ponen de relieve la importancia de que en la misma el sujeto activo de la proposición esté ya decidido a cometer el delito.

(71) *JC*, vol. IV, núm. 1.910, pág. 54.

(72) *Aranzadi*, t. 1968-II, pág. 2.414.

(73) *JC*, núm. 8, t. marzo, pág. 845.

(74) *Aranzadi Diccionario R.* 2.427.

(75) *Aranzadi Diccionario R.* 1.740.

Resoluciones adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa

Resolución (76) 2 sobre el tratamiento de los condenados a penas de larga duración, adoptada el 17 de febrero de 1976 en la reunión 254.^a de Delegados de los Ministros.

El Comité de Ministros,

Considerando que los delincuentes que han cometido graves infracciones o los reincidentes que repetidas veces han cometido graves infracciones son actualmente condenados a penas privativas de libertad de larga duración (en lo sucesivo: "penas largas");

Considerando que la ejecución de las penas largas puede tener efectos nefastos sobre el delincuente y su medio social;

Considerando que la ejecución de las penas largas y una readaptación apropiada de los condenados enfrentan a los establecimientos y a su personal con una tarea difícil;

Considerando que, acaparada por otras numerosas tareas, la sociedad no está siempre dispuesta a consagrar toda la atención debida y los medios financieros necesarios a la ejecución de las penas largas;

Teniendo en cuenta la Resolución (73) 5 sobre el conjunto de las reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos,

I. Recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros:

1.—Proseguir una política criminal según la cual las penas largas no deben imponerse más que cuando sean necesarias para la protección de la sociedad;

2.—Adoptar las medidas legislativas y administrativas convenientes para favorecer un tratamiento adecuado durante la ejecución de estas penas;

3.—No aplicar medidas estrictas de seguridad más que allí donde se encuentren condenados verdaderamente peligrosos;

4.—Prever en la prisión posibilidades de trabajo apropiadas y un sistema adecuado de remuneraciones;

5.—Alentar la instrucción y formación profesional, con previsión de un sistema de remuneraciones adecuado a estas actividades;

6.—Alentar el sentido de la responsabilidad de los reclusos mediante la introducción en todos los dominios que sean apropiados para ello de un sistema de participación;

7.—Reforzar los contactos con el mundo exterior, en particular fomentando el trabajo fuera del establecimiento;

8.—Acordar permisos no como alivio de la prisión, sino como parte integrante del tratamiento;

9.—Asegurarse de que todos los casos de los reclusos serán examinados tan pronto como sea posible para ver si se les puede conceder la liberación condicional;

10.—Conceder al recluso la libertad condicional, con reserva de las exigencias legales concernientes a los plazos, desde el momento en que pueda formularse un pronóstico favorable, no pudiendo justificar la denegación de libertad condicional, por sí solas consideraciones de prevención general;

11.—Adaptar las penas de reclusión perpetua a los mismos principios que rigen las penas largas.

NOTA: El delegado de Grecia, acogiéndose al artículo 10.2.c del Reglamento interior de las reuniones de los Delegados de los Ministros, se reservó el derecho de su Gobierno a aceptar o no el texto de la resolución.