



FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO

**LA PUNIBILIDAD DEL INSTIGADOR DEL INSTIGADOR
O DE LA INSTIGACIÓN EN CADENA**

**PRESENTADA POR
JUAN CARLOS SANCHEZ BALBUENA**

**ASESOR
JUAN ELÍAS CARRIÓN DÍAZ**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ
2021**



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**LA PUNIBILIDAD DEL INSTIGADOR DEL INSTIGADOR O DE LA
INSTIGACIÓN EN CADENA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN
CIENCIAS PENALES**

Presentado por:

JUAN CARLOS SANCHEZ BALBUENA

Asesor:

Mg. Juan Elías Carrión Díaz

LIMA, PERÚ

2021

DEDICATORIA

A Alejandra, por darle sentido a mi vida a ser el impulso para seguir adelante.

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que, de una u otra forma, han contribuido a completar esta tarea.

INDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	7
<i>ABSTRACT</i>	9
INTRODUCCION	11
CAPÍTULO I MARCO TEORICO.....	17
1.1. Antecedentes de la investigación.....	17
1.1.1. Antecedentes nacionales.....	17
1.1.2. Antecedentes internacionales.....	19
1.2. Bases teóricas.....	25
1.3. Definición de términos básicos.....	34
CAPÍTULO II METODOLOGÍA.....	36
3.1. Tipo de investigación	36
3.2. Métodos empleados en la investigación.....	36
3.3. Nivel de investigación.....	36
3.4. Técnicas de recojo y análisis de investigación	37
3.5. Aspectos éticos	37
CAPITULO III LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD DEL PARTICIPE EN SU CONTRIBUCIÓN A LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	38
3.1. Teoría de la participación en la culpabilidad o la llamada teoría de la corrupción	39
3.2. Teoría pura de la causación.....	40
A) La postura de Luderssen: la negación de la accesoriedad	42

B)	Otras versiones de la teoría pura de la causación	44
□	Puntos en común con la postura de Luderksen: la participación como delito autónomo que produce una lesión directa al bien jurídico protegido ...	45
□	Las divergencias respecto a la postura de Luderksen: la regulación legal de la participación y la defensa del principio de accesoriadad	47
□	Algunas consecuencias de la compatibilidad de la teoría pura de la causación y el principio de accesoriadad, entendida como presupuesto (y no como fundamento) de la pena del partícipe	51
3.3.	Teoría de la causación o del favorecimiento orientada a la accesoriadad .	53
CAPITULO IV LA INSTIGACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN		
ACCESORIA		56
4.2.	Instigador en nuestro sistema penal	60
4.3.	El delito instigado debe ser un hecho determinado.....	62
4.4.	Los medios que se pueden utilizar para inducir	63
4.5.	El agente provocador y el agente encubierto	65
CAPITULO V LA DISTINCIÓN ENTRE INSTIGACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA.....		
		69
5.1.	El fundamento de la mayor punibilidad de la instigación.....	71
5.2.	La creación de situaciones estimulantes.....	77
5.3.	La adopción de la resolución delictiva por el autor y su relevancia en la calificación jurídica de la conducta del tercero como instigación o complicidad	80
5.4.	Diferencia entre el instigador y el autor mediato	88
CAPÍTULO VI LA PARTICIPACIÓN EN CADENA		
		90
6.1.	Concepciones desarrolladas acerca de la participación en cadena.....	90
6.2.	La instigación en cadena, la coinducción y la inducción accesoria	94

CONCLUSIONES.....	98
RECOMENDACIONES	101
ANEXOS	107

RESUMEN

La normatividad penal vigente permite someter a discusión la posibilidad de admitir la responsabilidad penal del instigador del instigador del ejecutor material del delito. En efecto, la definición legal de la instigación se encuentra prevista en el artículo 24 del Código Penal, la misma que, a diferencia de otras legislaciones, no contiene la expresión “directamente” para calificar el comportamiento del instigador, como sí lo recoge el Código Penal español; término que a pesar de encontrarse inserto ha sido superado por el Tribunal Supremo a juzgar por la jurisprudencia unificada sobre la materia.

Cabe señalar que una de las instituciones que orienta la línea de imputación de los comportamientos delictivos, como es el caso de la autoría, la complicidad, la instigación y otros comportamientos delictivos, es la teoría de la “imputación objetiva”, desarrollada ampliamente por la doctrina y jurisprudencia nacional. Ello es importante pues este criterio ha influenciado en gran medida la participación en cadena, y en particular, la figura de la instigación de la instigación que, en el presente trabajo, se somete a análisis.

Sin embargo, no deja de causar asombro el poco interés depositado en la figura dogmática de la instigación en cadena a pesar de la existencia de sendos casos judiciales por delitos comunes e incluso de corrupción en el interior de organizaciones públicas complejas, en los que concurren varias personas, y además, porque la participación en el hecho del autor material no debe llevar aparejada *per se* la afirmación de la impunidad de la participación en cadena, ya que la misma supone también participación en el hecho principal del autor.

Entonces, como se ha expuesto en la reputada doctrina penal, ¿acaso no facilita el hecho del autor quien convence a otro para que le entregue a este los implementos necesarios para cometer el delito, o quien ayuda suministrándole los materiales por encargo del autor del asesinato? A partir de este justo cuestionamiento, se pretende traer a discusión esta figura, dejando en claro que en nuestro país no ha merecido la atención que debería.

Palabras clave: Autoría; Participación; Accesoriedad limitada; Instigación; Instigación de la instigación; instigación o inducción en cadena; Dominio del hecho.

ABSTRACT

Current criminal regulations allow for discussion of the possibility of admitting the criminal responsibility of the instigator of the instigator of the material executor of the crime. Indeed, the legal definition of instigation is provided for in Article 24 of the Penal Code, which, unlike other laws, does not contain the expression “directly” to qualify the instigator's behavior, as the Code does. Spanish criminal; A term that despite being inserted has been passed by the Supreme Court judging by the unified jurisprudence on the matter.

It should be noted that one of the institutions that guides the line of imputation of criminal behaviors, such as authorship, complicity, instigation and other criminal behaviors, is the theory of "objective imputation", widely developed by the national doctrine and jurisprudence. This is important because this criterion has largely influenced the participation in the chain, and in particular, the figure of the instigation of the instigation that, in the present work, is subjected to analysis.

However, the little interest placed in the dogmatic figure of chain instigation is still surprising, despite the existence of two separate court cases for common crimes and even corruption within complex public organizations, in which several people, and also, because participation in the act of the perpetrator should not entail per se the affirmation of impunity for participation in the chain, since it also implies participation in the main act of the perpetrator. So, as has been stated in the reputed criminal doctrine, does the act of the perpetrator not facilitate the one who convinces another to deliver the necessary implements to commit the crime, or who helps by

supplying the materials commissioned by the perpetrator of the murder? From this fair questioning, it is intended to bring this figure to discussion, making it clear that in our country it has not deserved the attention it should.

Keywords: Authorship; Participation; Limited accessory; Instigation; Instigation of instigation; instigation or chain induction; Domain of the fact.

INTRODUCCION

La instigación como forma de participación delictiva dolosa alude a quien, con intención criminal, induce a otro a través de una influencia intelectual que determina su voluntad a la actividad delictiva. Bajo una interpretación estricta, se está ante una instigación cuando el inducido actúa como autor y cuando el inductor no ha colaborado en la ejecución del delito. Su regulación en nuestro ordenamiento jurídico se ubica en el artículo 24 del Código Penal bajo la siguiente redacción: "El que dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que le corresponde al autor".

Del precepto legal se desprenden tres elementos constitutivos para la existencia de la instigación: los elementos objetivo, subjetivo y final. El elemento objetivo consiste en hacer surgir una resolución criminal en otra persona, bajo una necesaria relación de imputación objetiva, el elemento subjetivo, por su parte, está constituido por el dolo del instigador, en tanto que el elemento final está referido a la exigencia de una persona instigada de que ejecute el hecho al que ha sido instigado, en atención al principio de accesoriedad de la participación al hecho del autor.

A partir de estas claras concepciones doctrinal y legal de la instigación, sin embargo, surgieron distintas cuestiones problemáticas, una de ellas es la referida a la "instigación a la instigación" o también denominada por la doctrina como "instigación en cadena". Se suele afirmar que este modelo de imputación delictiva constituye un problema de la dogmática contemporánea, sin embargo, la conducta de quien induce a otro para que a su vez induzca a un tercero a cometer un delito

es un asunto sometido a discusión luego de superarse los postulados de la escuela causalista, con ideas que se contraponen hasta la actualidad.

Algunos autores consideran que en la instigación en cadena la necesaria determinación del hecho por el instigador no aparece en realidad como excesivamente problemática en tanto se haya delimitado el contenido de injusto y la dirección de ataque de aquel. Uno de esos autores es Meyer (1970, citado por López Peregrín, 1997), quien sostiene que el primer eslabón de la cadena inductiva puede concretar su plan en la medida requerida y dirigir al autor. Esta postura también es apoyada por un sector de la doctrina nacional que consideran admisible la instigación en cadena al hecho principal, como es el caso de Villavicencio Terreros (2014).

En efecto, se sostiene que la instigación en cadena debe castigarse en la medida que se está determinando a otro a cometer un hecho punible, es decir, al autor quien tiene el dominio del hecho, por lo que la instigación también resulta ser un hecho punible. Otro sector estima que la instigación en cadena es, en términos claros y desde un enfoque causalista, una instigación al autor, de manera que quien instiga a una persona a que instigue a otro a cometer el delito en realidad instiga al autor del delito. Esta última consideración resulta insuficiente si no se le añade el carácter objetivamente imputable a la actuación del instigador (factor causal).

Contra las tesis expuestas se han presentado objeciones como el de pretender cambiar la realidad de las cosas, pues el instigador en cadena de ninguna forma puede instigar al autor del delito (como se le pretende calificar), sino a otra persona

para que este, a su vez, se encargue de instigar al autor del delito. La idea de un instigador al delito a través de otra persona solo se podría sostener si es que el que está en contacto inmediato con el autor no es penalmente responsable, de manera que la instigación se pueda reconducir a quien está detrás del sujeto instrumentalizado. No obstante, este desarrollo no correspondería a la instigación en cadena, sino a la instigación mediata.

Otra objeción advierte que de aceptar una instigación en cadena se caería en una regresión al infinito, pues la punición podría ir de instigación en instigación de forma infinita, lo que resulta contrario a la garantía de certeza exigida por el art. II del Título Preliminar del Código Penal, pues “la imposición de una sanción solo puede legitimarse si la ley determina de forma cierta la conducta penalmente relevante” (Mantovani, 2007, pág. 47), lo que no se cumpliría con una punición que admita el castigo en una regresión infinita.

Una última crítica a la instigación en cadena parte de considerar que la naturaleza dogmática de la instigación como una forma de participación impide que se pueda sostener el castigo de la instigación de la instigación, pues no habría una intervención accesoria en una intervención principal, sino una intervención accesoria a una intervención accesoria. Si el castigo de la instigación no se apoya en el hecho principal del autor, no se da la necesaria relación de accesoriedad con la autoría y, por tanto, se pierde el fundamento del castigo de la instigación.

Considerando las posiciones a favor y en contra para concluir si la instigación en cadena es un criterio de imputación viable en el derecho penal, resulta necesario,

en principio, evaluar si la actual legislación de la instigación (art. 24 CP) hace viable sostener jurídicamente el castigo de la instigación en cadena, o es quizás incompatible. Ya en países como España y Alemania, este asunto se encuentra superado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de las más altas cortes bajo distintos argumentos.

Así, por ejemplo, muy a pesar de que incluso en el caso de España la instigación contenga en su precepto el adverbio “directamente” (art. 18 CP), la relación personal entre el inductor y el inducido no impide que el inductor actúe valiéndose de una persona interpuesta también imputable; de forma tal que la exigencia de una instigación directa debe interpretarse como alusión a que el receptor de la instigación debe ser una persona determinada y concreta, por lo que la interposición de otro inductor no es más que una forma de buscar la eficacia de la instigación.

En consecuencia, la instigación al instigador como criterio de imputación delictiva es aceptado en ordenamientos jurídicos extranjeros como los mencionados, los mismos que inspiraron en gran medida la técnica legislativa para la elaboración de nuestro vigente Código Penal de 1991. Sin embargo, se ha podido advertir que en nuestro país este criterio casi no ha sido objeto de tratamiento, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, a juzgar por los pocos pronunciamientos obtenidos y los trabajos académicos nacionales que hasta el momento se encuentran publicados. Lo que se busca, entonces, con esta investigación es reinsertar la discusión sobre esta figura participativa, dejando en claro que en nuestro país no ha merecido la atención que debería.

Por ello es que como problema general se planteó la siguiente pregunta: ¿La aplicación de la teoría del dominio del hecho en la imputabilidad al instigador del instigador o de la instigación en cadena, permite determinar una causa de extensión de tipo y pena?, en tanto que, los problemas específicos fueron representados en las siguientes preguntas: ¿Es posible sancionar penalmente la instigación en cadena en atención a la regulación legal del artículo 24 del vigente Código Penal? ¿Es importante la instigación en cadena como criterio de imputación de conductas de participación que no guardan relación directa en sentido naturalista con el hecho principal? ¿Es posible establecer la viabilidad de la instigación en cadena, por ser un criterio necesario para evitar la impunidad de comportamientos que aumentan el riesgo prohibido? Por su parte, los objetivos de la investigación general y específicos, dieron respuesta a los respectivos problemas precitados.

La propuesta de investigación contribuirá desde el enfoque jurídico al estudio y tratamiento de las distintas formas de participación delictiva, y en particular, de la instigación y sus distintas manifestaciones. Por ello, someter a examen su actual tratamiento posibilitará la adopción, solo si se requiere, de técnicas legislativas eficaces, en bien de la comunidad. Cabe señalar que en la actualidad el criterio de la "imputación objetiva" orienta la línea de imputación de los comportamientos delictivos. Así, por lo general, siguiendo a Roxin (2016), se señala que un comportamiento será imputado a su autor cuando este haya creado un riesgo prohibido o no permitido, que dicho resultado sea producto de tal comportamiento y, por último, que se encuentre dentro del ámbito de protección del tipo penal.

El presente estudio resultó viable pues el suscrito cuenta con la experiencia académica y profesional, los recursos financieros y de tiempo y el acceso a la información especializada y otros necesarios para el desarrollo del tema objeto de análisis. No obstante, debe mencionarse de no haber mermado la elaboración del presente trabajo ni la posición asumida y que motivó su estudio, debido al contexto de pandemia en el que actualmente nos encontramos, existieron ciertas limitaciones como el acceso a una bibliografía mucho más amplia y actualizada.

La estructura de la tesis está compuesta por los siguientes apartados: El Capítulo I, conformado por los antecedentes de la investigación, de tipo nacional como internacional, las bases teóricas y la definición de términos básicos. El capítulo II, apartado que desarrolla la metodología de la investigación; el capítulo III, en el que se desarrolla la fundamentación de la punibilidad del partícipe en su contribución a la lesión del bien jurídico protegido, en el capítulo IV se desarrolla la instigación como forma de intervención accesoria, el capítulo V a cargo de la distinción entre instigación y la complicidad; y, finalmente, el capítulo VI orientado al desarrollo de la participación en cadena. A esta estructura se añadieron las conclusiones y las referencias bibliográficas.

CAPÍTULO I

MARCO TEORICO

1.1. Antecedentes de la investigación

En la labor de búsqueda de antecedentes investigativos sobre la problemática planteada, se encontraron los siguientes trabajos académicos que desarrollaron el tema de la instigación desde una perspectiva eminentemente descriptiva, de la siguiente manera:

1.1.1. Antecedentes nacionales

En la tesis titulada “Instigador *extraneus* como partícipe en los delitos especiales propios en la legislación penal peruana”, presentada por Mayta Peña (2019), se abordaron diversos aspectos relacionados a la figura del instigador *extraneus*, con la finalidad de proponer su correcta regulación en los delitos especiales propios atendiendo a su ausente tratamiento a nivel normativo y jurisprudencial. Más aún si, como refiere el autor, existe teorías sostenidas en enfoques modernos de los niveles de intervención delictiva en la dogmática jurídico penal, que sostienen su necesaria regulación como una cuestión fundamental para una mejor protección del bien jurídico vulnerado.

No obstante, también es cierto que existen teorías opuestas que afirman lo contrario, esto es, cuestionan la existencia de esta figura, más aún en los delitos especiales propios, por cuanto su existencia implicaría la vulneración de la unidad del título de imputación y las disposiciones del propio Código Penal. Cabe

mencionar que la problemática del instigador *extraneus* tuvo como origen en nuestro ámbito jurídico nacional a partir de la publicación de la Casación n.º 782-2015-Del Santa, que consagró como doctrina jurisprudencial vinculante, el siguiente fundamento: “Quien no ostenta el cargo de funcionario o servidor público no podría recibir la responsabilidad penal del cómplice en concordancia con la teoría de la ruptura del título de imputación penal, bajo el concepto restrictivo de autor”.

Como consecuencia de su investigación, Mayta Peña (2019) determinó que la sanción del instigador *extraneus* participe en los delitos especiales propios, es conforme a los criterios de interpretación de la legislación penal peruana. Que, el criterio que debiera tener el juzgador para la responsabilidad penal del instigador *extraneus* en los delitos especiales propios es el principio de legalidad. Que, a diferencia de la legislación comparada, en la legislación penal nacional “se regulan vacíos jurídicos sobre la participación del instigador *extraneus* en los delitos especiales propios” (Mayta Peña, 2019, pág. 71).

En la tesis intitulada "El 'determinar a otro' en la instigación al delito", Medina Albornoz (2018) concluye que la instigación es el resultado del desplazamiento de la figura jurídica denominada "mandato" de la época medieval. En nuestro ordenamiento jurídico penal, la figura de la instigación se introdujo en el Código Penal como una forma de participación delictiva, a diferencia del Código Penal español. Finalmente expone que "instigar es 'determinar a otro', esto último es aquella conducta que, al crear o posibilitar una circunstancia concreta que potencialmente pone en riesgo el derecho de terceros, constituye un aporte

anticipado para la posterior materialización del contexto delictivo que otro ejecutará. “Este aporte es necesariamente una conducta positiva que se realiza a través de una comunicación verificable de cualquier forma” (pág. 120).

Otra investigación relativa a la instigación como forma de intervención delictiva fue la presentada por Cabrera Vega (2018), bajo el título “Efectos jurídicos de la instigación en ilícitos penales y sus implicancias en el establecimiento de la sanción penal”. En esta tesis doctoral, la autora expuso, como cuestión inicial, que la complicidad y la instigación tienen como elementos comunes el dolo como esencia de estas figuras y que ambas no necesitan ostentar el dominio del hecho como sí lo requiere para su configuración la autoría. Debido a que su investigación fue de naturaleza mixta, advirtió que los datos obtenidos le permitieron concluir que la ejecución de actos “censurables” guarda relación significativa con el castigo aplicado a la persona que vulnera la norma penal. Asimismo, que las acciones disuasivas ejercidas a otra persona para que ejecute el acto delictuoso, repercuten en la consecuencia jurídica traducida en la sanción penal de acuerdo a la legislación penal peruana (art. 24 CP). Entre sus recomendaciones, la autora considera la necesidad de desarrollar jurisprudencia vinculante respecto a los casos de instigación y la correcta aplicación de la teoría del dominio del hecho, a fin de no generar impunidad y abuso del derecho.

1.1.2. Antecedentes internacionales

En la tesis doctoral titulada "Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial", presentada por Escobar Vélez (2019), se aborda de manera de manera breve la aplicación de la instigación en cadena en las estructuras de las

personas jurídicas. La referida autora sostiene que el reconocimiento de la instigación en cadena como instigación al hecho principal puede también representar una vía de solución adecuada a supuestos comunes dentro de una estructura empresarial. En ese sentido, y citando a Rotsch, sobre la base de una teoría objetiva del dominio del hecho, en los supuestos en que una aportación del instigador al hecho se "propaga" hacia abajo o para que se realice el hecho, se puede aceptar sin dificultades una instigación o una instigación en cadena (Escobar Vélez, 2019, pág. 296).

Ruilova Santander (2019, págs. 119-120) en su tesis titulada "Autoría mediata, inducción y dominio del hecho en el derecho penal ecuatoriano", abordó entre otras formas de intervención delictiva como la autoría, la complicidad y la instigación, la figura de la instigación en cadena. Así, sostiene que la instigación en cadena es el inducir a otro para que este a su vez induzca a otro para que cometa el hecho principal, la cadena puede prolongarse más, en Alemania es aceptado como forma de instigación al hecho ejecutado, no como forma de instigación al tipo de instigación, por eso existe la exigencia a que la instigación sea directa, se observa que el inductor solo induce directamente a una instigación, no al delito ejecutado. "No hay oposición en cambio al admitir a instigación mediata, puesto que en ella se atribuye como obra propia al hombre de atrás, a la instigación directa que efectúa el instrumento". (Ruilova Santander, 2019, citando a Mir Puig, 2018, pág. 419).

En la tesis doctoral titulada "Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas", Corcino Barrueta (2017), marcando la distinción entre autoría mediata y la instigación, expone lo siguiente:

“tanto la instigación como la autoría mediata, coinciden en que en ambos supuestos ni el instigador ni el autor mediato participan en la comisión del delito, logrando su objetivo criminal mediante el acto de otra persona” (pág. 221). En el primer caso, por medio de un convencimiento para cometer el delito, y en el segundo, el dominio de su voluntad (Corcino Barrueta, 2017).

Como conclusiones a su investigación, sostiene que, “en la instigación, tanto el instigador como el autor, conocen el delito que se quiere cometer, y tienen la intención de que se cometa el mismo, ostentando la decisión respecto de cometerlo, únicamente el ejecutor” (pág. 385). Es por ello que, en el caso de que una persona quisiera que otro cometa en su lugar un delito y, por ejemplo, ofreciera dinero a un sicario a cambio de matar a su enemigo; se presentaría una instigación, puesto que sólo si el sicario acepta cometer el delito, éste se podrá llevar a cabo; mientras que, en la autoría mediata, como se ha mostrado en los diferentes supuestos, el hombre de atrás impulsa la ejecución del delito sin necesitar la aceptación del ejecutor, ya que no la necesita al dominar su voluntad. La diferencia entre la instigación y la autoría mediata como formas de intervención delictiva se encuentra en el dominio del hecho del ejecutor (Corcino Barrueta, 2017).

Cardona Cardona (2015), abordó en su tesis de título “La determinación como una forma de participación accesoria en el delito”, la figura de la instigación en la doctrina y jurisprudencia colombiana. En lo que respecta a la legislación penal, expone que quienes se oponen a la instigación en cadena se sostienen en el contenido del artículo 30 de su texto punitivo, cuando refieren que el instigador determina una instigación más no la comisión de un delito, lo que resulta

incompatible con el referido articulado, en la medida que en su redacción contiene la frase “quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica”, lo que en opinión estricta -señalan- no ocurriría con el instigador que a su vez instiga a otro para que instigue al ejecutor material del delito. Un segundo argumento por parte de los detractores de la teoría de la instigación en cadena consiste en la afirmación de que para que exista la instigación, esta debe ser concreta y dirigida a un sujeto determinado. No obstante, refiere Cardona Cardona (2015), es importante tomar en consideración que quienes defienden esta posición como Mir Puig y Muñoz Conde, parten de lo previsto por el ordenamiento jurídico español donde se señala, en su artículo 28: “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”. Es decir, es con el término “directamente” que condiciona necesariamente esta forma de interpretar la instigación.

A partir de ello, el autor considera que a pesar de que en la legislación penal colombiana no se haga la precisión del nivel de comunicación o cercanía que debe haber entre el instigador y el ejecutor material, no apoya la posibilidad de la aplicación de la instigación en cadena, en razón de que si bien el Código Penal de su país no establece que la instigación deba realizarse necesariamente de manera directa, “si se parte de la idea de que lo que caracteriza a la instigación es precisamente ese grado de peligrosidad mencionados en acápites precedentes, “la concreción del destinatario puede entenderse como una expresión de la exigencia de peligrosidad en la actuación del instigador, que se desvanecería cuando se dirige a una cadena de personas” (pág. 38).

En el artículo de investigación elaborado por Bolea Bardon (2015), bajo el título “El autor tras el autor. (autoría y participación en aparatos organizados de poder)” se expone que, en España no cabe sostener que la figura del autor detrás del autor haya conseguido el respaldo de la doctrina mayoritaria. Si bien es cierto que hay quienes la admiten en el marco de las organizaciones criminales, siguiendo la construcción de Roxin (2016), otros la rechazan y siguen defendiendo la tesis de la participación (inducción o cooperación necesaria). En contra de la autoría mediata a través de aparatos de poder y a favor de la instigación se manifiesta Gil Gil (2008, pág. 84). También se ha manifestado el autor Hernández Plasencia (2006, pág. 52 y ss.), quien se manifiesta a favor de la tesis de la participación para calificar a los dirigentes de la organización, rechazando, sin embargo, la instigación “por resultar incompatible con el ordenamiento jurídico que no admite la instigación en cadena”. (pág. 60) Acaba decantándose por la complicidad o la cooperación necesaria “en función de la aportación que realicen al delito” (pág. 78).

Jiménez Martínez (2015) en su tesis doctoral titulada “Domino del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder”, realiza un desarrollo extenso los hechos (Barrios Altos y La Cantuta) que fueron sometidos a proceso penal contra Alberto Fujimori Fujimori por crímenes de lesa humanidad, quien en el año de dichos acontecimientos tenía el cargo de Presidente de la República del Perú. Al respecto, expuso que, la base fáctica solo permitiría llegar al aprovechamiento de las estructuras jerárquicas del Estado para la realización del delito, por lo que la imputación por el delito de secuestro como autor mediato contra su persona solo se habría podido sostener bajo el supuesto del dominio sobre el “instrumento” que actuó en error coacción o en una causa de justificación. Por el contrario, si se

hubiese entendido que no se dio ninguna de estas circunstancias, entonces todos los ejecutores de la privación de la libertad de [una de las víctimas] debieron haber sido igualmente procesados y condenados, siendo Fujimori un inductor del delito, en su manifestación de instigación en cadena (pág. 224).

Bajo el título “La inducción”, la autora chilena Lagos Chandía (2012) rechaza la inducción en cadena al considerar que la instigación debe ser directa ya que debe recaer en una persona determinada para cometer, del mismo modo, una conducta determinada. A ello adiciona que “y, en muchos casos, especialmente en los delitos contra las personas, debe recaer en un sujeto pasivo determinado” (pág. 37). Por ello es que la exigencia de que la instigación sea directa “impide aceptar la denominada ‘inducción en cadena’, esto es, la inducción a la inducción” (págs. 37-38). Concluye entonces que en los supuestos de presunta instigación de la instigación debe aplicarse las reglas de la cooperación necesaria.

En la tesis doctoral titulada “La autoría y la participación en el delito. Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un Derecho común europeo” de la autora Lozano Maneiro (1998), se expone precisamente la complejidad que envuelve el tratamiento de la instigación en el derecho penal. Así, pues, refiere que el tratamiento de la instigación y del mandato en el derecho romano presenta complejidad en distintas legislaciones. Tal es el caso del ordenamiento jurídico penal francés que acoge la figura de la instigación como una forma de complicidad. “El objetivo de tan minuciosa regulación es la de evitar que sea el juez el que discrecionalmente establezca cuando existe o no existe instigación” (pág. 220). Sin embargo, como bien apunta Lozano Maneiro (1998,

pág. 220), no todas las descripciones de conductas consiguen la pretendida decisión. Por ejemplo -sostiene- el articulado que consiste en dar instrucciones para cometer el delito -art.121-7 CP- deja un amplio margen de discrecionalidad al juez. Luego, resalta entre sus conclusiones que, de la exposición comparada efectuada, el sistema español (con la legislación penal anterior) aparece configurado como un conjunto de términos equívocos. Por ello considera que la legislación penal francesa es más aceptable pues ofrece un modelo de instigación más adecuada, ya que la punibilidad del autor, según la redacción legal, “depende de la efectiva influencia que el instigador ejerce sobre quien tiene el dominio del hecho en el delito, y no de la simple manifestación de voluntad”. (pág. 444).

1.2. Bases teóricas

Se ha sostenido con justa razón que la interpretación de la expresión “determinar” entraña un alto grado de complejidad, puesto que podría entenderse que quien determina a otro también podría ser considerado como cómplice primario o necesario, quien proporciona al autor el único instrumento idóneo, inalcanzable de otro modo, convirtiendo la voluntad antes incapaz de realizar el hecho del autor en capaz de realizarlo (Bustos Ramírez, 2004), y así, solo entonces, en dolo penalmente típico; o, quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito. No obstante, a fin de evitar interpretaciones en este sentido amplio, la doctrina ha planteado algunos límites, varios de ellos cuestionables.

En efecto, estos intentos de establecer límites a interpretaciones excesivamente amplias no siempre han sido planteados con suficiente rigor argumentativo. En la

mayoría de los casos los planteamientos han sido vinculados al fundamento de la punibilidad de la instigación (y su equiparación con la pena del autor). En la doctrina se han formulado variadas teorías y corrientes, de las cuales se exponen, sintéticamente las más resaltantes:

La “teoría de la corrupción”, que considera que el instigador crea la resolución delictiva al autor (instigado) a través del elemento corruptor; la “teoría de la influencia sugestiva”, que considera como peligrosa la sugestión del instigador a otra persona pues dificulta al inducido renunciar a la resolución delictiva; la “teoría de la dominación”, en la que se considera que la instigación es el primer eslabón de la cadena delictiva, sin embargo esta posición decae porque también el cómplice necesario posee dominio sobre el ámbito previo; y, la “teoría del peligro”, que considera con mayor o menor proximidad el peligro de lesión al bien jurídico con la instigación (Bacigalupo, 2004, pág. 303).

La instigación como incremento del riesgo normativamente relevante para que el autor ejecute la resolución delictiva, puede descomponerse en dos momentos: por un lado, el nacimiento de la resolución delictiva en el inducido; y por otro lado la ejecución, por él mismo, de dicha resolución (Velásquez Velásquez, 1995). En todo caso, lo importante es que el instigador también sea culpable en alguna medida de la negación de la vigencia de la norma, en palabras de Jakobs (1997). Es decir, que la ejecución del delito sea también ejecución propia del partícipe (y no ejecución ajena, en el sentido de la doctrina tradicional). Ese es el marco en que debería interpretarse la instigación prevista en el artículo 24 CP, como bien se pasará a desarrollar.

En la instigación prevista en el Código Penal español, la terminología “determina” a otro constituye ya buena parte del núcleo esencial de esta forma de participación delictiva. De la instigación se origina la ejecución del ilícito, y es previa al hecho delictivo. Ahora bien, determinar a otro, es crear o influir la decisión o resolución delictiva de otro. Sin embargo, conviene decir que el instigador como interviniente fija el marco de la ejecución, y el ejecutor-autor (y solo él) actúa en ese marco prefijado solo con margen para una configuración mínima. Esto es, los intervinientes fijan el marco y los ejecutores lo rellenan, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco; así, el símbolo extrapenal, del principio de una obra común paralela a la instigación es la colocación de la primera piedra.

Por consiguiente, el instigador solo es responsable si el autor continúa o solo si lleva a cabo la determinación para cometer el delito que le ha hecho surgir el instigador. Lo que interesa, en definitiva, es que el instigador suministre el auténtico motivo por el cual se realiza el hecho.

En realidad, la afirmación “determinar a otro” es crear o influir la decisión o resolución delictiva de otro, enunciado que no plantea mayores controversias en la doctrina si la instigación es cometida dolosamente, al menos con dolo eventual (Villavicencio Terreros, 2014, pág. 158). Así, el dolo como “conocimiento” de los elementos que caracterizan el tipo penal concreto, requiere del instigador el conocimiento de las circunstancias típicamente relevantes del delito; es decir, el

dolo del instigador debe los rasgos esenciales del tipo en la ejecución del hecho típico. No importa que el autor sea proclive a la comisión delictiva, sino que será suficiente con que la decisión de cometer el delito concreto surja del influjo del instigador (Gimbernat Ordeig, 2014).

Que un sujeto instigue a otro la ejecución del delito, no significa que el participe (instigador) lo ejecute –pues si lo ejecutara sería también autor-; esto no quiere decir que la determinación al delito por el instigador carezca de relevancia penal, sino que el desvalor de su ilicitud solo se halla recurriendo a criterios de imputación regulados en la parte general. Pero, la instigación debe ser determinante para la comisión delictiva, esto es, que el instigador determine la decisión delictiva en el instigado (autor) (Díaz y García Conlledo, 2008). No interesa si el autor sea un sujeto al cual cueste determinarle al delito o que tenga una tendencia a la comisión delictiva.

Los casos de instigación, como comportamientos de competencias por organización acontecen en el estadio previo (de la ejecución del delito) que se vinculan normativamente con el hecho delictivo de dos posibles supuestos: **a)** cuando el instigador al fomentar el delito queda vinculado a la ejecución delictiva por el autor que se corresponde con su propio diseño organizativo del hecho particular; o **b)** cuando el instigador, en una situación de proclividad delictiva general, diseña e induce a la ejecución de un hecho delictivo concreto que realiza el autor. Esto es, que no interesa para el vínculo normativo del instigador, que el autor (inducido) posea predisposición o permeabilidad para realizar el delito.

Ahora bien, cualquier medio es idóneo para instigar siempre que influya en la ejecución delictiva. El influjo debe determinar a otro a ejecutar el delito, y esa determinación puede darse a través de medio suficiente para crear la resolución delictiva: una motivación, una solicitud, un consejo, una persuasión, una provocación, un estímulo, por ejemplo. Sin embargo, debe hacerse restricciones para no entender como instigación toda influencia comunicativa y psíquica sobre el autor o el hecho. De otra parte, lo que sí es imaginable es que se den casos de: instigación a la instigación, instigación en cadena, la instigación paralela o coinstigación y la instigación mediata, en la que el instigador no aparece ante el autor, sino que instrumentaliza a un tercero (López Barja de Quiroga, 1996).

El instigador no es autor, y solo es asemejado a este a efectos de la pena (el art. 24 del Código Penal, expresamente señala “será reprimido con la pena que le corresponde al autor”). Sin embargo, un sector doctrinal aboga por una atenuación facultativa de la instigación de los *extranei*, según modalidades de esta intervención delictiva. (Chocano Rodríguez, 2006). De manera sintética se puede sostener que la instigación se caracteriza por la falta de dominio del hecho del instigador, elemento exigido únicamente para los grados de autoría (directa, coautoría y mediata). No obstante, aquí se exige que el sujeto determine a otro para que aquel (autor) cometa el hecho punible.

Todavía se exige la relación de causalidad, mediante este requisito la actuación o determinación del instigador tiene que haber sido causa del hecho punible cometido por el autor. Pero se debe destacar que la causalidad no es determinante para

indicar la responsabilidad del instigador (Gómez Rivero, 1995). Esto es influencia clara de la teoría de la imputación objetiva.

Al respecto, se habla de un “doble dolo” (Bacigalupo, 2004) en el comportamiento del instigador al momento de determinar, y el autor del delito (instigador), al momento de que se decide a cometer el hecho punible. Está claro que aquella única posibilidad dolosa de la conducta debe llegar por lo menos al grado de tentativa, no bastando que se consuma, en ello radica también el hecho de que el instigado solo responderá cuando la actuación delictiva del autor (instigado) sea idéntica a su dolo. Si aquella es diferente no podrá imputársele el delito cometido. Por eso es que no se admite participación en delitos imprudentes.

Pero sin perjuicio de lo último, hay posturas que sí la apoya, además de limitar la responsabilidad a través de la determinación de la infracción del deber objetivo de cuidado y la imputación objetiva, y adicionalmente limitarla aún más con los conceptos de la participación. Esto es, exige establecer, en principio, quienes infringen el deber objetivo de cuidado, para luego establecer, dentro del juicio de tipicidad, quienes responden como autores y quienes como partícipes, otorgándole a estos una rebaja punitiva adicional (Terragni, 2015, pág. 183; Mir Puig, 2006, pág. 370).

Ahora, el momento de la ejecución de la instigación tiene que ser anterior al de la comisión del hecho delictivo como exigencia de la causalidad. Eso hace pensar lógicamente que no es posible determinar a alguien que ya estaba decidido a cometer el hecho delictivo. El medio por el que se da la instigación es el influjo

psíquico o psicológico (Villavicencio Terreros, 2014), los que siempre tienen que ser idóneos para que el instigado se genere la decisión de cometer el hecho delictivo. No puede el instigador dar mayor aporte como, por ejemplo, participar de una manera más activa en el hecho criminal, pues lo dejaría fuera de las características de la instigación, pudiendo ser complicidad o inclusive coautoría, de acuerdo al caso concreto.

A nivel jurisprudencial, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación n.º 842-2015-Lambayeque, del 21 de diciembre de 2016, ha expuesto que la acción del instigador debe generar la resolución delictiva del autor (la causación de la conducta delictiva debe ser imputable objetivamente al inductor o instigador), y que esa conducta debe estar dirigida tanto a un hecho como a un autor determinado, en este último elemento objetivo ese exige que el círculo de personas al que se dirige la acción del inductor debe ser individualizable, es decir, debe dirigirse a personas concretas. (Fundamento Jurídico n.º 6; en esta misma línea se desarrolla la Casación n.º 1626-2018-San Martín, fundamento jurídico 9.4). Así también, se expone en su siguiente fundamento que, en la instigación no basta la simple provocación a delinquir, si se trata de supuestos en los que el agente, por ejemplo, sea miembro de un grupo ronderil, sino que, como expone Mir Puig, la instigación debe ser directa (pág. 409).

Respecto al elemento subjetivo de la instigación, mediante la Casación n.º 1626-2018-San Martín, del 19 de agosto de 2020, la Sala Penal Permanente ha expuesto que esta institución implica que el instigador tenga plena conciencia del hecho en el cual participa, por lo que tiene que ser necesariamente dolosa. A partir de esta

idea, y parafraseando a Bustos Ramírez (2004, pág. 1086) la Sala sostiene que no puede haber una instigación a un hecho delictivo culposo, “ya que si quien ha concebido el hecho es el inductor, frente a un autor culposo que no tiene dominio de lo que realiza, será el inductor el que tiene el dominio del hecho, y por tanto, será un autor mediato” (Fundamento jurídico 9.3.2).

Respecto a su distinción frente a otras figuras de intervención delictiva, la Corte Suprema mediante Recurso de Nulidad n.º 1045-2019-Lima, ha referido que la instigación es una institución dogmática que se diferencia a la autoría (y coautoría). Esta institución significa determinar a otro la comisión de un hecho delictivo, cuya conducta prohibida es “haber puesto a disposición del autor razones de peso para tomar una decisión criminal” (citando a García Caveró, 2019, pág. 774), dado que solo dependerá del autor la ejecución o consumación delictual (Fundamento jurídico n.º 14), haciendo alusión a la directa conexión que tiene esta afirmación con el principio de accesoriedad limitada.

Otra figura que se desprende de la instigación es la llamada “instigación en cadena” o “instigación de la instigación”. Este supuesto, que tiene una amplia aceptación como se podrá advertir en el desarrollo de esta investigación es, en otras palabras, la sanción penal que se extiende a quien instiga al instigador del autor. Se habla así de una participación o determinación en cadena que están y deben estar siempre sujetas al hecho principal (Gimbernat Ordeig, 2014) de ahí la influencia de la imputación objetiva.

En la doctrina nacional algunos autores parecen admitirla, pero también existe otros, que la rechazan (tal es el caso de García Cavero, 2019), las razones están en que exigen que la determinación realizada por el instigador tenga que ser directa. Es en este punto donde vemos el problema central, porque, a nuestro modo de entender, basta que la determinación este orientada al hecho principal y para eso no se requiere una relación directa, entendida en sentido naturalista, sino una interpretación normativa bajo los alcances de la imputación objetiva (como sostiene Roxin, 2007). Como queda claro, en todos los supuestos la instigación debe crear un aumento de las posibilidades de éxito del autor que se traduzca efectiva.

A nivel jurisprudencial, sin embargo, esto no es de recibo. En efecto, mediante la Casación n.º 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al resolver un caso de delito de tráfico de influencias, expuso lo siguiente:

La teoría doctrinaria que admite la instigación en cadena se apoya en la corriente funcionalista, que aún no se encuentra completamente incorporada al Código Penal, por tener una orientación de base finalista (salvo que esté regulado en el Código Penal español. Así, esta figura de instigación en cadena se entiende de la posibilidad de imputación de responsabilidad al instigador del instigador (ad infinitum) hasta llegar [al autor del delito]. (Fundamento jurídico 13.1).

1.3. Definición de términos básicos

- **Autoría.** En la doctrina jurídico penal sobre el autor está en juego, en el punto de partida, una cuestión muy simple, a saber: de quién se puede decir que ha ejecutado la acción típica. Incluso la ley lo expresa de modo inequívoco, cuando caracteriza como “autor” a aquel que “comete el hecho punible”. Por ello, no hace falta decir ni una sola palabra sobre la autoría, cuando en el caso concreto, de antemano solo entra en consideración como causante del acontecer típico una sola persona: “si ella realiza el tipo penal, en su lado objetivo y subjetivo, actuando también antijurídicamente, entonces, por esa razón, es autor, y sería una tautología mencionarlo así expresamente”. (Stratenwerth, 2005, págs. 368-369).

- **Participación delictiva.** “La participación es la intervención en un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede”. (Bustos Ramírez, 2004, pág. 1081).

- **Instigar.** De acuerdo con Bustos Ramírez (2004), “instigar o inducir es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso” (pág. 1086). Ello significa que “el acto del instigador consiste pues en persuadir a un tercero para que tome la decisión de cometer la acción típica” (Hurtado Pozo, 2005, pág. 889). De forma tal que el instigador “es aquel que con intención criminal ha movido a otro a través de influencias intelectual a la determinación de una voluntad y actividad delictiva” (Olmedo Cardenete citando a Schütze, 2017, pág. 402).

- **Instigado.** Es el determinado a tomar la resolución de cometer la acción típica. Sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto. Al contrario, no puede instigarse al que ya decidió cometer el delito (*omnímodo facturus*). Pero tampoco es necesario que el instigado sea indiferente u opuesto a su comisión: también puede tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente. Por ejemplo, el sicario que es determinado a cometer un delito concreto. (Hurtado Pozo, 2005).
- **Principio de accesoriedad.** “La accesoriedad significa, pues, que para la existencia de la participación es indispensable que se dé un hecho principal, que es el realizado por el autor” (Bustos Ramírez, 2004, pág. 1082).

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

3.1. Tipo de investigación

La tesis posee un enfoque metodológico básico y diseño descriptivo teórico, ya que se analizaron las teorías que se han desarrollado para dar respuesta al fundamento de imputación de responsabilidad penal al instigador y, de modo particular, al instigador del instigador (instigación en cadena) sin recurrir a algún procedimiento experimental.

3.2. Métodos empleados en la investigación

El método de investigación empleado fue el deductivo, pues partiendo de las reglas generales de la participación, se elaboraron reglas de imputación específicas aplicables para los casos de instigación en cadena, específicamente, para fundamentar la imputación delictiva del instigador inicial en el eslabón de la cadena inductiva.

3.3. Nivel de investigación

- Nivel exploratorio: El acercamiento al problema objeto de investigación se hizo principalmente a través de la doctrina y jurisprudencia extranjera, debido al escaso desarrollo en la doctrina nacional.
- Nivel descriptivo: Se describieron y analizaron los componentes principales que componen la problemática objeto de estudio.

- Nivel explicativo: Se buscaron la causa del problema a través del estudio de la autoría y participación.
- Nivel correlacional: Se estableció el grado de relación entre conceptos como instigación, autoría y hecho punible, accesoriedad de la participación, entre otros.

3.4. Técnicas de recojo y análisis de investigación

La técnica de recolección de datos fue la del análisis de documentos; específicamente, documentos jurídico-penales que regulan la instigación como forma de intervención en el delito. Las tres actividades en el proceso de recolección de datos fueron:

- a) De entre los instrumentos de recolección de datos, se seleccionaron documentos normativos válidos.
- b) Del análisis de los documentos normativos recolectados se obtuvieron reglas generales de imputación útiles para el presente estudio.
- c) Las reglas generales de imputación obtenidos fueron debidamente registradas y ordenadas.

3.5. Aspectos éticos

La presente tesis es original y respeta la propiedad intelectual (derechos de autor), ya que se registraron las fuentes bibliográficas consultadas, conforme a la normatividad sobre investigación (Nomas APA 6ta edición y la Guía para la elaboración de tesis del Posgrado de la Facultad de Derecho USMP).

CAPITULO III

LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD DEL PARTÍCIPE EN SU CONTRIBUCIÓN A LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Las formas de participación -instigación complicidad-, tanto la necesaria como la no necesaria, fueron caracterizadas como “fundamento de extensión de la pena”. Esto significa que la participación no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un “tipo de referencia” o “concepto de referencia”. No es posible entonces la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. De esta manera, el fundamento de la pena puede ser entendido, en primer lugar, como fundamento jurídico, es decir, como aquella razón que justifica la aplicación de sanciones jurídico penales por parte del Estado.

No obstante, el fundamento de la pena de la participación ha sido investigado en otro sentido, en este punto se debe afirmar la ya conocida expresión de Bokelmann (1960): “La participación es, necesariamente accesoria, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriadad no es producto de la ley, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente algo al cual se prestan” (pág. 7). Si bien sobre este punto puede haber consenso, no lo hay sobre el grado de dependencia del hecho principal. Se han rechazado las teorías que tienden a concebir la participación con una cierta autonomía. En la adopción de una u otra tesis está en juego el fundamento que se otorgue la participación. (Bacigalupo, 2004, pág. 518).

Bajo este apartado se engloban todas aquellas teorías que fundamentan la punibilidad del partícipe (entre ellos el instigador) en su intervención en el ataque al bien jurídico protegido en el concreto delito. Así, el injusto del partícipe del delito se deriva, no de la corrupción del autor, sino de la aportación causal que presta con relación al resultado delictivo. De ahí que se las denomine como teorías de la causación.

La concreción de esta idea admite, sin embargo, diversas variantes. En general, podemos agrupar estas posturas en dos grandes grupos según consideren que este ataque del partícipe al bien jurídico se realice directamente o, por el contrario, estimen que se produce de forma mediante, a través de su contribución al hecho del autor. No obstante, dentro de cada grupo habremos también de diferenciar versiones sustancialmente diferentes.

3.1. Teoría de la participación en la culpabilidad o la llamada teoría de la corrupción

Para esta teoría el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, es decir, la influencia del que participa en el que actúa, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena. Por ende, la determinación del fundamento de la responsabilidad la participación puede derivarse, como dice Jakobs (1997), del fundamento de responsabilidad de la autoría; la participación es entonces autoría menguada. De esta manera la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

La teoría que sustentó Mayer afirmaba una especie de corrupción del autor por parte del partícipe, quien logra envolverlo en un agudo conflicto con la sociedad (Stratenwerth, 2005, pág. 852). Esta teoría es rechazada pues no se compece con un sistema en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la culpabilidad del autor. Es más, no es posible afirmar que la culpabilidad del partícipe dependa de la del autor en su calidad y medida (Bacigalupo, 2004, pág. 518).

3.2. Teoría pura de la causación

Para esta teoría, el injusto realizado por el partícipe tiene plena autonomía. Se habla entonces de “delito de partícipe”, en el sentido de que el partícipe es portador de su propio contenido de injusto y culpabilidad, y su conducta constituye un tipo autónomo, que el partícipe comete como autor (Así, Meyer, 1979, pág. 258).

El partícipe causa de forma directa el resultado típico, su resultado típico. De esta forma, no es relevante para su punibilidad si el autor actuó o no culpablemente. Porque ello no afecta a la causalidad de su aportación con respecto al resultado típico. Más aún, en principio tampoco es relevante el que el autor haya actuado típica y antijurídicamente o no, en la medida en que el delito del partícipe es independiente. No es relevante en el sentido de que no afecta a la propia existencia de la participación. Eso no impide que algunos de los defensores de esta teoría acepten el principio de accesoriedad. Sin embargo, se va a entender como un criterio delimitador de la pena, no como requisito perteneciente al concepto del partícipe. Es decir, que sería conceptualmente posible la instigación en un hecho atípico o justificado, pero no sería punible por imposición del legislador.

Desde este punto de vista no es comprensible la discusión sobre la fundamentación de la punibilidad del partícipe, de la misma forma que no se plantea la fundamentación de la punibilidad del autor como algo problemático. En ambos casos, desde esta teoría, la punibilidad tiene la misma base: la realización de un hecho típico y antijurídico autónomo.

Por eso según la teoría pura de la causación, quien discute sobre la punibilidad del partícipe es que arranca de un punto de partida equivocado: considerar que la participación no contiene en sí misma su fundamento, como lo contiene la autoría, porque se diferencia de ésta en su esencia. Y como consecuencia de este principio (erróneo), se pretende que mientras el autor responde de la realización culpable de su propio injusto, el partícipe responde por el injusto ajeno. Con lo cual se llegaría a la consecuencia (insostenible en un Derecho penal garantista) de castigar a un sujeto por el injusto de otro. Y así, según el razonamiento de la teoría pura de la causación, si solo cabe pena para aquel que realiza por sí mismo una acción típica, antijurídica y culpable, esta exigencia habrá de valer no solo para el autor, sino también para el partícipe.

Este comportamiento típico y antijurídico causa (como la autoría) una lesión directa a un bien jurídico protegido, ya que son lesiones (o puesta en peligro) de bienes jurídicos lo que constituye la esencia de todos los tipos, de los de autoría y los de participación.

De esta forma, se entiende que dos hechos, el del autor y el del partícipe, independientes en su estructura, atacan el mismo bien jurídico protegido. Esto es

así porque el ordenamiento pretende la protección de los bienes jurídicos frente a todos, y no solo frente al autor del delito. Desde esta óptica, en la medida en que el instigador es partícipe del delito al intervenir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que también está protegido frente a sus ataques, está realizando por sí mismo un injusto punible. Esta exigencia de que el bien jurídico esté protegido también frente al partícipe va a ser, precisamente, la gran aportación de la teoría pura de la causación.

Dentro de esta teoría se analiza dos posturas distintas. En primer lugar, la representada por Luderksen, en la que se parte de la negación del principio de accesoriadad. Después, nos detendremos en otra versión de esta teoría en la que se acepta, con ciertas matizaciones, dicho principio.

A) La postura de Luderksen: la negación de la accesoriadad

En su formulación más extrema, la teoría pura de la causación lleva a la negación total del principio de accesoriadad. Es el caso de la concepción de Luderksen, que parte de la absoluta autonomía de los tipos de participación y llega en el desarrollo de su postura a consecuencias muy cercanas a las del sistema unitario. Porque con el concepto unitario de autor tiene en común la negación de la naturaleza accesoria de la participación, con la excepción, en algún caso concreto, del reconocimiento de una mera dependencia fáctica. Así, Luderksen califica de dependencia fáctica la necesidad de que se dé el hecho principal cometido por un intraneus para poder castigar al partícipe por el delito especial. (1967, pág. 137).

La diferencia con el sistema unitario estriba en que Luderksen no considera cualquier intervención en el delito como de autoría. Por el contrario, el autor deberá cumplir los requisitos de la autoría y el partícipe los suyos propios, que se derivan del contenido del injusto autónomo de la participación. Este contenido es extraído directamente de los tipos de la Parte Especial que protegen el bien jurídico atacado por el partícipe.

En consecuencia, para este autor lo más importante es establecer si en el caso concreto el bien jurídico lesionado directamente por el partícipe está protegido también frente a él. Si la respuesta es afirmativa, su conducta será punible, aunque falte el hecho principal típico y antijurídico (Luderksen, 1995, pág. 454).

La concepción de Luderksen puede ser sometida a diversas críticas. En primer lugar, porque construye los tipos de participación sobre bases poco claras al extraerlos directamente de la Parte Especial, ignorando por completo la regulación específica de la Parte General. Pero además son inaceptables las consecuencias a la que le lleva a su planteamiento.

Luderksen se plantea, por ejemplo, el siguiente caso: (A) omite el socorro debido a un sujeto en peligro de muerte. (B) colabora activamente en la conducta a (A). Para Luderksen, si el sujeto en peligro muere, (B) no respondería por participación en una omisión de socorro, porque ello implicaría la aceptación de la accesoriedad, sino por participación en un homicidio, pues es el bien jurídico vida el atacado por su conducta activa.

B) Otras versiones de la teoría pura de la causación

Existen, sin embargo, otras opiniones en la doctrina que pueden englobarse en la teoría pura de la causación y que no son tan radicales como la de Luderksen. Son posturas que compaginan el reconocimiento de la accesoriidad y la fundamentación autónoma de la punibilidad del partícipe. Los defensores de esta versión de la teoría pura de la causación coinciden en líneas generales, entre sí, y con Luderksen, en dos ideas fundamentales: de un lado, en la calificación de la participación como delito autónomo; y, de otro lado, en la consideración de que con ella se da una lesión directa del bien jurídico protegido en el tipo.

Pero, al margen de estas coincidencias, existen también diferencias sustanciales, afirmaciones de Luderksen que son duramente criticadas desde esta postura. En primer lugar, se rechaza la forma en que Luderksen ignora por completo la regulación legal de la participación. Para los autores que defienden esta versión de la teoría pura de la causación, la participación no puede ser entendida sin poner en conexión los preceptos dedicados a ella en la Parte General, con los concretos delitos recogidos en la Parte Especial. No es aceptada, por tanto, la forma en que Luderksen extrae la participación directamente de los tipos.

El otro grupo de críticas dirigidas desde esta postura a la defendida por Luderksen tiene por objeto el rechazo de este al principio de accesoriidad. Para estos autores, la teoría pura de la causación es perfectamente compatible con una cierta dependencia de la participación respecto de la autoría. Estas ideas se desarrollan de la siguiente manera:

- Puntos en común con la postura de Luderissen: la participación como delito autónomo que produce una lesión directa al bien jurídico protegido.

Elemento común y básico de la teoría pura de la causación, en cualquiera de sus versiones (incluyendo la de Luderissen), en la consideración de la participación como un delito autónomo en base a su causalidad con respecto al resultado y su lesión directa del bien jurídico protegido. Pero en realidad el acuerdo entre los defensores de esta versión modificada de la teoría pura de la causación no va más allá: si bien todos coinciden en la autonomía del delito del partícipe y en la existencia de un injusto propio, discrepan en la forma de configurarlo.

Así, por ejemplo, para Schmidhauser el delito de partícipe es un delito de resultado, aunque es necesario precisar qué papel desempeña para él el resultado en relación al tipo. En efecto, para Schmidhauser el tipo de injusto, tanto para el autor como para partícipe, se constituye en su totalidad por el desvalor de la acción. La voluntad final que impregna la acción, dirigida a la lesión de un bien jurídico, es lo que fundamenta en ambos casos el injusto, siendo el desvalor del resultado para este autor solo un elemento de la punibilidad, presupuesto (y no fundamento de la pena).

Es decir, que el instigador sería castigado porque lesiona por sí mismo la pretensión del ordenamiento de respeto al bien jurídico, en la medida en que su acción se dirige a la creación de un peligro para dicho bien. Pero, aunque este sea el fundamento de su injusto, no bastaría para imponerle una pena: presupuesto de la punibilidad sería el desvalor de resultado. Precisamente, para Schmidhauser, la única peculiaridad del delito del partícipe frente al delito del autor es que para el primer se exige un doble resultado. En el caso del instigador este doble resultado

consistiría, de un lado, en que éste realice una aportación que sea de alguna forma generadora del hecho del autor y, de otra, en que el autor lleve a cabo el hecho principal debido a esa instigación. Como refiere López Peregrín (1997), en el caso del inductor, el doble resultado estaría constituido, de una parte, por la consecución de la decisión criminal del que será después autor principal y, de otra, por la propia realización del hecho principal. (pág. 133).

En consecuencia, para Schmidhauser la realización de un hecho antijurídico por parte del autor es solo un elemento, una parte del desvalor del resultado del delito de partícipe, entendido este desvalor como presupuesto, pero no fundamento de la pena.

Por el contrario, para Hezber (1971) el delito del partícipe es un delito de peligro abstracto. El bien jurídico protegido frente al autor y, por ejemplo, frente al instigador es el mismo, pero no la forma de ataque que configura el tipo de autor y el tipo de partícipe. En el primer caso, se protege el bien jurídico de una lesión o puesta en peligro por parte del autor. Para el instigador el planteamiento sería otro. El legislador habría elegido prohibir la instigación a la comisión del delito "porque esta genera por regla general el peligro para el bien jurídico amenazado. Así, independientemente de que la instigación haya supuesto una concreta elevación del riesgo del bien jurídico, se castigaría su conducta en la medida en que cualquier determinación a la comisión de un delito constituye para Herzberg un peligro abstracto para el bien jurídico que se quiere proteger.

Además del reconocimiento de la autonomía del delito de partícipe existe, como ya se anunció, otra gran coincidencia entre los defensores de la versión modificada de la teoría pura de la causación y Luderssen. Nos referimos a la exigencia de que la conducta del partícipe suponga una lesión directa al bien jurídico protegido en el tipo. Por tanto, no se trata de que el autor lesione el bien jurídico y el partícipe tome parte en esta lesión, sino que el partícipe lesiona o hace peligrar por sí mismo el bien jurídico.

Esto es, incluso, considerado como una exigencia constitucional. Este autor entiende que un ordenamiento jurídico que impusiera una pena al partícipe por una lesión indirecta del bien jurídico a través del autor, estaría haciendo responder a un sujeto por el injusto de otro, lo cual sería intolerable en un derecho penal respetuoso de los derechos constitucionales del individuo. Es por ello que la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico es un elemento que pertenece necesariamente al tipo de injusto del partícipe, tanto como al del autor.

Como consecuencia de ello, una de las condiciones para afirmar la punibilidad de la instigación, desde esta teoría, será que el bien jurídico sea susceptible de ser atacado por el instigador, es decir, que esté protegido frente a él.

- Las divergencias respecto a la postura de Luderssen: la regulación legal de la participación y la defensa del principio de accesoriidad.

Hasta ahora nos hemos ocupado de aquello en lo que, en líneas generales coinciden los defensores de la teoría pura de la causación en cualquiera de sus versiones. Pero, existen diferencias fundamentales entre la postura más radical de

Luderssen y aquellas otras que intentan hacer una lectura más moderada de esta teoría.

En primer lugar, se critica a Luderssen desde este punto de vista al extraer el tipo de partícipe (cuya autonomía todos reconocen) directamente de la parte especial, con las consecuencias negativas a las que ya se hizo referencia. Por el contrario, proponen estos autores la puesta en conexión de los tipos con la regulación legal de la participación recogida en la Parte general, regulación con la que se podrá estar más o menos de acuerdo de *lege ferenda*, pero que no es posible (como hace Luderssen) ignorar.

La necesidad de construir el tipo de partícipe a través de esta puesta en conexión no es, en esta versión, más que una técnica legislativa. Por tanto, ni impide la configuración de la participación como delito autónomo, ni impone necesariamente una determinada fundamentación de su punibilidad. Así, expresamente Quintero Olivares (1974):

Las tipicidades propias de los partícipes son tributarias del tipo principal, pero distinta de este (...). Pero es claro que a partir del injusto descrito en el tipo de la parte especial, se construye otros injustos típicos con la ayuda de las reglas incriminadoras de la participación, contenidas en la parte general y conectables con todos los tipos. El que no se describan concretamente todas las formas de participación relacionadas con cada figura obedece, tan solo a una razón de economía legislativa. (pág. 49).

La otra divergencia con respecto a la posición de Luderksen, de mayor trascendencia, se refiere a la negación por parte de este autor del principio de accesoriedad. Ya se vio como Luderksen consideraba incompatible la autonomía del delito del partícipe con el reconocimiento de cualquier dependencia (que no fuera meramente fáctica) del partícipe con respecto al autor.

La principal aportación de estos autores que intenta revisar la teoría pura de la causación es precisamente, a entender personal, que la compatibilizan con la aceptación del principio de accesoriedad. Luderksen creía que el reconocimiento de la accesoriedad implicaba necesariamente admitir que el injusto del partícipe se extrae del injusto del autor. Por eso era un principio inaceptable en un sistema que, como el suyo, partía de la responsabilidad del partícipe por el hecho propio, por su propio injusto. Los defensores de la versión modificada de la teoría pura de la causación, por el contrario, no admiten ese razonamiento. Para ellos, la realización por el autor de un hecho típico y antijurídico no es el fundamento de la punibilidad del partícipe, sino solo un presupuesto de esta, un criterio restrictivo de la punibilidad.

Es decir, que el injusto del partícipe no se extrae del injusto del autor: desde esta postura doctrinal, el fundamento de la pena en la participación debe ser siempre la relación del partícipe con su propio hecho, la realización de un injusto propio, y no su relación con el autor. La punibilidad de un sujeto debe ser siempre originaria, y no basada en hechos ajenos.

En consecuencia, si solo pudiera entenderse la accesoriedad como fundamento de la punibilidad del partícipe, ciertamente habría que dar la razón a Luderssen; pero, y aquí está la novedad de este planteamiento, la accesoriedad puede entenderse de otra forma. Puede entenderse como un criterio delimitador de la punibilidad. Porque el legislador debe definir el ámbito de lo típico, reservando la sanción penal solo para aquellas conductas que más gravemente ataquen los bienes jurídicos dignos de protección. Así, por ejemplo, el legislador decide no castigar por lo general los actos preparatorios y exigir el comienzo de la tentativa para imponer una pena. Pues de la misma forma exige la existencia de un hecho principal típico y antijurídico para castigar la participación, dejando fuera de la descripción típica del delito de participación a aquellas conductas que no se pueden conectar con un hecho típico y antijurídico por considerarlas no merecedoras de pena (Cury Urzua, 1985, pág. 188).

Desde esta interpretación de la accesoriedad el partícipe es castigado por su propio hecho antijurídico, que da lugar a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido (fundamentación autónoma de su punibilidad). Lo que ocurre es que no es castigado siempre, sino que, en base a la accesoriedad, se requiere un hecho típico y antijurídico del autor como presupuesto de su punibilidad. Para Herzberg, por ejemplo, el hecho de que se exija para la punición del partícipe la realización del tipo por otro no se contradice con su autonomía, al igual que el encubrimiento exige un hecho punible sin que se discuta su rango de delito autónomo.

La accesoriedad es tomada en cuenta, por tanto, solo como delimitadora del ámbito de lo punible en referencia al delito de partícipe: para algunos el hecho típico y

antijurídico del autor principal será un elemento más de la descripción de la conducta típica del partícipe; para otros, su naturaleza estará más cercana a una condición objetiva de punibilidad. En consecuencia, para los primeros, al ser un elemento típico, deberá ser abarcado por el dolo del partícipe; mientras que para los segundos el dolo habrá de referirse exclusivamente a su propia conducta de intervención (Bacigalupo Saguesse, 2011). Por tanto, autonomía del delito de participación bien jurídico común para autor y partícipe y accesoriedad de la participación (entendida como presupuesto para la punibilidad) son, pues, las ideas básicas de esta versión de la teoría pura de la causación.

- Algunas consecuencias de la compatibilidad de la teoría pura de la causación y el principio de accesoriedad, entendida como presupuesto (y no como fundamento) de la pena del partícipe

¿Cómo se justifica el castigo del partícipe *extraneus* en un delito especial propio, si no es posible su castigo como autor? En efecto, puede parecer difícil explicar la pena del *extraneus* desde la autonomía del delito del partícipe. Luderksen, partiendo de la negación absoluta de la accesoriedad, se vio obligado en este ámbito a reconocer una cierta dependencia (eso sí, dependencia fáctica, no jurídica) de la pena del partícipe con respecto a la presencia de un autor *intraneus* que hubiera realizado la conducta típica constitutiva del delito especial. Y ello argumentando que, si bien el *extraneus* no puede lesionar como autor el bien jurídico protegido en el tipo especial, sí puede hacerlo como partícipe, en la medida en que este bien está protegido frente a todos, también -aunque de modo diferente- frente al partícipe no cualificado.

En resumen, Luderksen defendía la punibilidad del partícipe *extraneus* en base a: a) un concepto de delito especial que presupone la protección del bien jurídico protegido frente a todos; b) al reconocimiento de la dependencia fáctica con respecto al hecho del intraneus. O sea, que el bien jurídico está protegido frente al ataque del partícipe no cualificado, pero solo cuando, de hecho, un intraneus ha intervenido en él. La perspectiva es, sin embargo, diferente para las versiones que aceptan el principio de accesoriidad.

En otro ámbito, en cuanto a la participación necesaria y al instigador (o agente provocador), resulta especialmente adecuado esta teoría para fundamentar una impunidad que, entendida por la mayoría de la doctrina como la solución politicocriminalmente más justa en estos casos, encuentra difícil justificación dogmática desde otras posturas.

López Peregrín (1997), expone un ejemplo claro: Típico caso de agente provocador es el del policía que induce a una tentativa, con la intención de impedir luego la consumación y detener al autor una vez que haya dado comienzo a los actos ejecutivos del delito y su conducta sea, por tanto, punible.

Las teorías que extraen todo el injusto del partícipe del injusto del autor, admitiendo la accesoriidad como fundamento (y no solo como presupuesto) de la pena de aquel, tienen que esforzarse para justificar por qué en estos supuestos el injusto del autor no se comunica al partícipe.

Para la teoría pura de la causación, sin embargo, la cuestión es sencilla: en la medida en que el delito del partícipe es autónomo, su punibilidad se fundamenta en la existencia de un injusto propio. Y desde este punto de vista, el injusto no existe en los supuestos en los que el partícipe no lesiona el bien jurídico protegido en el tipo, por ejemplo, porque no está protegido frente a él (participación necesaria), o porque el ataque es solo aparente (agente provocador).

3.3. Teoría de la causación o del favorecimiento orientada a la accesoriedad

Dentro de las posturas doctrinales que fundamentan la punibilidad del partícipe en su relación causal con la lesión al bien jurídico se encuentra, además de la teoría pura de la causación en sus distintas versiones, la teoría de la causación o del favorecimiento orientada a la accesoriedad. Para evitar confusiones terminológicas, se hablará de “teoría del favorecimiento”, evitando la denominación de la teoría de la causación que, aunque está más extendida en la doctrina, puede dar lugar a equívoco respecto de la teoría pura de la causación.

Según esta teoría, que constituye en la actualidad opinión dominante, la teoría pura de la causación antes descrita en sus líneas esenciales, contiene aciertos, pero también errores. De un lado, acierta al buscar la fundamentación de la punibilidad del partícipe lejos de la idea de la corrupción y centrarse en la relación entre la contribución al hecho y la lesión al bien jurídico protegido. Sin embargo, se equivoca al afirmar que esta relación es directa, cuando en realidad la lesión al bien jurídico del partícipe solo puede llevarse a cabo mediatamente, al contribuir a la realización del hecho principal (López Peregrín, 1997, pág. 146, citando a Otto). Por eso el

injusto del partícipe no puede, según esta corriente doctrinal, considerarse autónomo, sino derivado totalmente o al menos principalmente del injusto del autor.

El reconocimiento de que el partícipe solo puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico a través del autor implica la aceptación plena del principio de accesoriedad. Para Otto (refiere López Peregrín, 1997, pág. 146), esto no es casual, no es una elección del legislador, sino que se extrae de la observación de la realidad: el autor desempeña el papel principal y el partícipe uno accesorio. Porque el resultado delictivo aparece como la obra del autor, como producto de un suceso dirigido por él y en el que el partícipe interviene de forma secundaria.

En cualquier caso, al margen de que la accesoriedad sea una elección o una imposición de la realidad, lo importante es que en esta postura la participación tiene una naturaleza accesoria: se participa en el hecho ajeno, en el que lleva a cabo el autor y, consecuentemente, el fundamento y medida del injusto del partícipe están en función del injusto del hecho que este lleva a cabo.

La accesoriedad es entendida, entonces, como fundamento de la punibilidad del partícipe, y no (como lo era para la teoría pura de la causación) como un mero presupuesto limitador de la punibilidad. En palabras de Ruiz Anton (1980, pág. Pág. 65), hay que rechazar la teoría pura de la causación porque el “hecho principal [en su ordenamiento jurídico] no es un mero presupuesto, sino elemento que contribuye de forma esencial a determinar el contenido del injusto en la participación”. La accesoriedad se derivaría, así, de la propia realidad de la participación, y ello porque la participación no existe en sí misma, sino por referencia a la conducta del

autor principal. Para esta teoría el partícipe no realiza el injusto descrito en los tipos, sino que contribuye a su realización a través de otro, tomando parte en el injusto del hecho principal (López Peregrín, 1997, pág. 147).

Es decir, que el partícipe no infringe directamente las normas de la parte especial (no matar), sino la que se deriva de su puesto en conexión con los preceptos reguladores de la participación (la prohibición de inducir a matar o cooperar con otro en esta infracción) (Stratenwerth, 2005, pág. 260). Precisamente porque la contribución causal, el favorecimiento de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico del cómplice, se realiza a través del autor, es por lo que se va a rebajar su pena. La mayor lejanía con respecto al resultado típico derivada de su ataque mediato al bien será, para estos autores, el motivo de la menor punición de la complicidad, con respecto de la autoría.

De la caracterización de esta postura doctrinal como teoría de la causación se deriva que la contribución del cómplice, aunque más alejada que la del autor con respecto a la lesión al bien jurídico, deber ser siempre causal. Evidentemente, no estamos hablando de una causalidad directa, en el sentido de la autoría. Nos referimos a la causalidad en el sentido más amplio, como una cierta influencia de la conducta en relación al resultado.

CAPITULO IV

LA INSTIGACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN ACCESORIA

4.1. Antecedentes

La instigación se considera una forma de participación accesoria, desde épocas relativamente recientes, pues la mayoría de los ordenamientos penales del siglo XIX la consideraban como una forma de autoría moral (Berruezo, 2013; Olmede Cardenete, 2017, pág.32). Ese criterio se modificó por influjo de la doctrina y la legislación francesas inspiradas en el Código Napoleónico de 1810, que gravitó en el prusiano de 1851 y en el bávaro de 1861, con lo cual la instigación pasó primero como una forma de complicidad, pero en la órbita de la participación propiamente dicha, independizándose conceptualmente con la sanción del Código Penal Imperial alemán de 1871, que diferencia al instigador del cómplice (Fierro, 2004, pág. 417).

En el siglo XVIII, afirma Hruschka, se diferenciaba únicamente entre *auctor delicti* *socius delicti*, por lo cual también ya a comienzos del siglo XIX se utilizaban regularmente solo dos sustantivos: “causantes” y “cómplices”. Pero dentro de la idea de causante se distinguía entre el “causante físico” y el “intelectual”. El causante físico, según la opinión de Feuerbach, “es aquel que ha cometido, a través de sus propias fuerzas, inmediatamente la acción que acarrea el concepto de infracción”. Y causante intelectual “es la persona que ha influido directamente en la producción del hecho, ya que por propio interés en el hecho ha logrado determinar la voluntad de otro a la producción del efecto antijurídico” (Donna, 2002, pág. 121).

A mitad de siglo la expresión se generaliza, pero solo para designar al actuante inmediato, y al “causante intelectual” se lo comienza a llamar de manera ocasional “instigador” (Donna, 2009, pág. 443). Donna conceptualiza la instigación como la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito. Y más concretamente se trata de la corrupción de un hombre libre. Con lo cual el inductor hace que otra persona adopte la resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica y antijurídica (Donna, 2009, pág. 444).

Es por ello que la instigación es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho; determinar significa aquí hacer surgir en el autor la decisión al hecho, es decir, provocar que el autor se decida. El dolo del inductor debe estar dirigido a un determinado hecho y a un determinado autor, por lo que la instigación desaparece cuando no puede individualizarse a la persona a la que se dirige la instigación, o bien da lugar a otra tipicidad cuando es pública e indeterminada (Zaffaroni, 2005, pág. 629). De esto se deduce que la instigación debe estar dirigida a la comisión de un hecho determinado, y que el sujeto no esté ya decidido a la comisión del hecho. La instigación debe procurar convencer, determinar, al sujeto que está en duda de la realización del hecho, para que lo realice.

Fierro (2004) afirma que la esencia de la instigación reside en producir en otro (que debe reunir todas las características y los requisitos exigidos para ser autor) la resolución efectiva de cometer un hecho típicamente antijurídico, el cual, al menos, debe ser tentado, y que no requiere que sea realizado culpablemente, según lo establece la accesoriidad limitada a la que, según el autor citado, adhiere nuestra

ley penal, pues basta con que se trate de un hecho principal típicamente antijurídico.

La responsabilidad del inductor depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. Como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito, esto es, si se consumó, tendrá la pena del delito consumado; si quedó tentado tendrá esa pena. (Donna, 2002, pág. 124).

Mir Puig (2006) sostiene que la instigación al hecho doloso requiere dos elementos:

a) objetivamente, la causación objetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo doloso de autoría. Esto significa: 1) casación de la resolución criminal en otra persona, lo que significa que su actuación debe ser *conditio sine qua non* de la resolución delictiva del autor. No es inductor el que incide sobre alguien que estaba ya previamente decidido a cometer el hecho. La causación debe ser imputable objetivamente al inductor, lo que no sucederá si no era previsible que surgiría la resolución criminal en el otro, o si esta no resulta realización del riesgo creado por el influjo psíquico; 2) es preciso que el inducido realice un tipo doloso de autoría. Es necesario que el inducido lleve a cabo la realización del tipo de autoría objeto de la instigación; b) el tipo subjetivo de la instigación a un delito doloso requiere el dolo en el inductor. Se entiende que concurre cuando el inductor no solo quiere causar la resolución criminal en el autor, sino que también quiere que este realice efectivamente el hecho (doble dolo).

Y, además, la causación debe ser imputable objetivamente al inductor, lo que no sucederá si no era previsible que surgiera la resolución criminal en el otro, o si esta no resulta realización del riesgo creado por el influjo psíquico (Fierro, 2004, pág. 426).

En referencia al doble dolo, Fierro (2004) sostiene que el instigador debe haber escogido a un sujeto a quien tratará de persuadir para que cometa el hecho que tiene en mente, y para lograr esa meta sabrá elegir las formas o medios de conquistar su voluntad. Este sujeto podrá ser alguien propenso a ser fácilmente persuadido o una persona indiferente ante el hecho que se le propone, o incluso originalmente opuesto a su comisión; pero no puede ser alguien que ya estaba decidido firmemente a cometerlo antes de la acción instigante. Y con relación al segundo dolo, no es más que el querer la comisión del resultado por medio de la acción del instigado.

En la postura contraria, se encuentra Olmedo Cardenete (1999), quien sostiene que la afirmación de que el instigador debe conocer y querer tanto su aportación como participe como el mismo hecho del autor al que contribuye, olvida que la primera circunstancia incluye ya a la segunda. Si nos encontramos ante una participación en sentido estricto, conocer y querer el favorecimiento de la propia actuación lleva ya implícito el del propio hecho del autor. Si inducir es motivar el comportamiento antijurídico de otro, la propia circunstancia de querer inducir conlleva la de esperar que el autor ejecute el hecho. Difícilmente se puede querer invitar a que se realice una infracción sin desear que esta se lleve a cabo por inducir.

Siguiendo con el dolo del inductor, este puede estar dirigido también a uno o varios sujetos asimismo determinados. En ese sentido, afirma Bacigalupo (1987) que es admisible una cadena de inducciones, por ejemplo: (A) se dirige a (B) para que este determine a (C) a matar a (D).

En síntesis, lo que define a la instigación es la libertad del autor o sujeto inducido, de manera que la decisión tomada por el propio autor elimina la posibilidad de otro autor detrás de él. Si el inductor toma las riendas del hecho, pasará a ser coautor o autor (Donna, 2002, pág. 125), y se excluye así la autoría mediata.

Además, la instigación requiere siempre una conducta activa; la instigación por omisión no es en general admisible (Bacigalupo, 1987).

4.2. Instigador en nuestro sistema penal

El art. 24 del Código Penal dispone la misma pena del autor para el que “dolosamente, determina a otro” a la comisión de un delito. Esta conducta se denomina instigación. Así, la figura del instigador que, a diferencia del autor mediato, no quiere cometer el delito empleando instrumentalmente a otro, sino que quiere que el otro cometa el delito siendo autor de él, insertando un aporte no ejecutivo, sino de motivación y, por tanto, previo (Creus, 1999). Por tanto, instigación es la motivación dolosa de otro al hecho de cometer intencionalmente un delito (Maurach, Gossel y Zipf, 1995; Fierro, 2004).

Al referirse a la palabra “determinar”, Jakobs (1997) considera que la interpretación de la expresión “determinar” es difícil y polémica. Ya que también el cómplice necesario, por ejemplo, quien proporciona al autor el único instrumento idóneo,

inalcanzable de otro modo, “determina” en sentido amplio al hecho, ya que convierte la voluntad, antes incapaz de realizar el hecho del autor, es capaz de realizarlo, y así, solo entonces, en dolo penalmente típico.

Donna (2002) afirma que, literalmente, determinar presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona. Esta última debe orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico. Por ello, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho la decisión de hacerlo bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho.

Maurach, Gossel y Zipf (1995) expresan que, según el sentido literal, determinar presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona; esta otra persona debe orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico. Por lo mismo, determinar exige una influencia dirigente sobre la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente la dirección de hacerlo, bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho. Por ello, se exige un contacto espiritual entre el inductor y el inducido, dado lo cual especialmente la mera “creación de una situación que invita al hecho... no constituye un medio idóneo para la inducción” (pág. 437), no constituye un determinar.

En opinión de Righi (2010), desde una interpretación gramatical, el verbo usado (determinar) por el legislador autoriza a sostener que el comportamiento que describe esa norma se adecua más al de un autor mediato. Esto así porque el instigador persuade al autor, lo convence, pero no lo determina, pues no tiene dominio del hecho, poder que tiene el instigado. Pero, no obstante, esta observación, el mismo autor refiere que, como el derecho vigente no ofrece otra posibilidad, no existe más remedio que seguir predicando que la base legal para incriminar la instigación en el ordenamiento jurídico penal peruano está dada por la norma del art. 45 del Código Penal.

Solo es posible, en consecuencia, hablar de una determinación cuando la acción de instigación ha provocado la resolución delictiva en el inducido. También es objeto de instigación aquel que en principio se encontraba inclinado al delito, aunque sin haberse decidido por él todavía (Donna, 2009, pág. 448).

4.3. El delito instigado debe ser un hecho determinado

Partiendo del doble dolo, del que se habla más arriba, y en relación al primer dolo, se entiende que el dolo del instigador debe abarcar un hecho ilícito determinado. En este caso no es necesario, como afirma Fierro (2004, pág. 432), que el instigador se represente con detalles las particularidades del tiempo, modo y lugar, sino solo en la medida en que lo exija la realización del hecho a cometer, ya que esos detalles difícilmente puedan ser conocidos, dado que pertenecen al futuro y por ello no siempre se logra anticipar con fidelidad como han de ocurrir los hechos a realizar.

Debe haber un influjo espiritual en el sentido de que ha de llevarse a cabo el hecho. Este influjo no solo tiene que realizarse, sino que además debe surtir efecto, es decir, el dolo del inducido tiene que producirse precisamente en virtud de la comunicación con el inductor acerca de la necesidad del hecho. No será necesaria una comunicación acerca de todas las acciones que uno puede realizar, sino la comunicación sobre las acciones que uno debe realizar, lo propio de la instigación, y surtir efecto, esto es, mover al destinatario del influjo a que cometa el hecho (Jakobs, 1997, pág. 805).

En contraposición se puede decir que los meros consejos, vagos, difusos, no pueden ser considerados instigación. Así, por ejemplo, decir a otro que obtenga dinero de cualquier modo, incluso robando o hurtando, pero sin indicar un hecho o víctima particular. Al igual que la difusión de ideas genéricamente violentas que no apunten a emprender una acción específica, sino a una meta imprecisa como “la destrucción del Estado capitalista”, conductas que pueden configurar una infracción autónoma, pero no una hipótesis de instigación (Fierro, 2004).

4.4. Los medios que se pueden utilizar para inducir

En cuanto al medio por el cual es susceptible de cometerse una instigación, la discusión es más formal que de fondo. En realidad, siempre la instigación se lleva a cabo por un medio psíquico, intelectual o espiritual, desde que debe influirse el psiquismo ajeno para que el autor tome la decisión. Para que haya instigación siempre debe haber un contacto psíquico entre el instigador y el autor (Zaffaroni, 2005). Por lo que es posible considerar como idóneo a cualquier medio en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de la voluntad del

sujeto a inducir: cualquier exhortación concluyente a la comisión del hecho; ruego; la promesa de una recompensa; la aparente disuasión, e incluso las meras preguntas. (Maurach, Gossel y Zipf, 1995).

Refiere Donna (2009), que es posible considerar como idóneo cualquier medo en virtud del cual se ejerza una influencia creciente sobre la dirección de voluntad del sujeto a inducir: convencimiento, ruego, la promesa de una recompensa, un consejo cuando la voluntad del autor es dirigida de dicho modo a una meta delictiva constitutiva de una lesión típica de un bien jurídico. De todas formas, no hay duda de que el número de formas de inducir es difícil de enumerar.

Jescheck (1993), considera que la instigación requiere siempre una conducta activa, no siendo en general admisible la instigación por omisión como forma de instigación. Parte de la doctrina, frente a esta concepción amplia de los medios a utilizar para determinar al autor, considera necesario hacer una restricción, y, por cierto, a la influencia psíquica o comunicativa sobre el autor, o bien, aún más restringidamente, a la influencia en el sentido de una incitación al hecho.

También se puede decir que la influencia del instigador, si bien tiene que ser una condición necesaria, no tiene por qué ser la única para la decisión del autor. Especialmente no excluye la posibilidad de una instigación ni la disposición general del autor a cometer delitos la naturaleza incierta, ni la inclinación a determinado hecho punible: basta con que al menos la decisión a cometer el hecho concreto se deba al influjo del instigador (Stratenwerth, 2005, pág. 423).

En todos los casos, el autor no debe perder el dominio del hecho, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata (Bacigalupo, 2004, pág. 526). Y, además, si el sujeto ya está decidido a cometer el hecho, este no puede ser instigado.

4.5. El agente provocador y el agente encubierto

En la represión de determinados delitos, tales como los vinculados con estupefacientes y la lucha contra el terrorismo, se manejan indistintamente conceptos diversos, aunque estrechamente ligados, tales como el del agente provocador, el delito experimental y la tentativa inidónea (según lo pone de relieve Rodríguez Devesa, 1973, pág. 686).

Cerezo Mir (2008, pág. 963) define al agente provocador como el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para proceder a su detención. Del mismo modo, Cerezo Mir (2008, pág. 242) lo define como el individuo que no quiere que un delito se cometa, pero induce a otro a cometerlo para luego detenerlo (Donna, 2009). A primera vista, el agente provocador es un inductor, sin embargo, no quiere que el delito se cometa o, al menos, no quiere que llegue a la consumación (López Peregrín, 1997). El problema del agente provocador surge porque el dolo del inductor es que se cometa el delito, de manera que en este caso no habría dolo y tampoco inductor (Donna, 2009). Ya Frank, cuando se refería al *agent provocateur* afirmaba que cuando el instigador no quería la comisión del delito, no era punible (Donna, 2009).

Maurach, Gossel y Zipf (1995) expresan al respecto que el dolo del inductor presupone la voluntad de consumación de la lesión típica del bien jurídico del autor principal. Por ello, no es inductor quien no quiera la lesión típica del bien jurídico. No obstante, resulta discutido en qué casos se debe apreciar la impunidad a falta de voluntad del resultado del inductor. Se discute especialmente la punibilidad de aquel que motiva a otro a un hecho, con el objeto de capturarlo en la zona punible (tentativa), luego de un ingreso exitoso, para entregarlo a la justicia.

Para Bacigalupo (2004), instigador es quien induce con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino solo en tentativa, y en consecuencia, es considerado como no punible, pues la instigación, se dice, requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. Pero si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir instigación punible, pues habrá existido, al menos, dolo eventual.

La conducta del agente provocador, sin embargo, puede parecer como ilícito merecedor de pena no solo desde el punto de vista de la participación en la culpabilidad, sino también desde el de la participación en la culpabilidad, sino también desde el de la participación en el ilícito, en tanto la tentativa misma contenga un ilícito penalmente relevante. Pero este ilícito consiste solamente en el disvalor de la acción, de modo que, considerado desde el partícipe, decae la agresión (mediata) al interés jurídicamente protegido que caracteriza también a la participación (Stratenwerth, 2005).

Para Donna (2009), si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocador alcance la consumación, e inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador. Por ejemplo: (A) induce a (B) para que presente al banco (X), del que (A) es gerente, una solicitud de crédito en la que (B) hace una afirmación de bienes que es falsa. Cuando (B) realiza una tentativa de estafa, (A) lo denuncia. Es aquí esencial que (B) haya decidido la instigación de (A), y que esto no haya sido decidido antes. Con frecuencia se intenta superar esta problemática recurriendo a las teorías del fundamento de la pena. Así, desde el punto de vista de la teoría de la participación en la culpabilidad, se considera siempre punible al agente provocador, pues este sería co-culpable en la corrupción del autor. Del mismo modo, desde la teoría de la participación en el ilícito es posible fundar la punibilidad del agente provocador. No obstante, si se tiene en cuenta que estas teorías se limitan a describir el contenido de la relación de accesoriedad y nada dicen acerca del fundamento jurídico de la punibilidad, de ellas solo podrá extraerse como respuesta los casos en que deberá descartarse la punibilidad del agente provocador (Donna, 2009).

Esta figura del agente provocador ha merecido muchas críticas, como hemos visto, e incluso se la ha considerado inconstitucional, y también se la critica desde el punto de vista ético, y así ya Carrara (1956, pág. 297) decía: “Es satánico el papel del que induce a Ticio a cometer un delito para denunciarlo y arruinarlo Y es además infamia execrable, cuando ese papel lo representan agentes gubernamentales por fines políticos”.

Para Cerezo Mir (2008, pág. 243), la cuestión debe resolverse de acuerdo a la doctrina alemana, en el sentido de que en el caso no hay dolo de consumación del hecho, que es el único existente, ya que dogmáticamente no existe el dolo de tentativa. El agente encubierto difiere del agente provocador, en razón de que en este caso el agente encubierto se infiltra en la organización para poder llegar al jefe de la banda y proceder a desbaratar la misma.

CAPITULO V

LA DISTINCIÓN ENTRE INSTIGACIÓN Y OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

Si la complicidad material presenta dificultades de delimitación respecto de la cooperación necesaria, los casos en los que la aportación del partícipe no constituye una aportación material (complicidad psíquica) resultan a veces difíciles de diferenciar respecto de la instigación.

Es posible castigar como complicidad psíquica tanto el supuesto del consejo técnico, como el de estabilización de la voluntad delictiva. De acuerdo con lo que dijimos entonces, existe consejo técnico cuando el sujeto asesora al autor sobre el momento o la forma de ejecución, de modo que acelera, asegura o facilita la realización del delito, o intensifica el resultado. Por su parte, la estabilización de la decisión delictiva constituye complicidad psíquica cuando un influjo psicológico fortalece la voluntad delictiva debilitada del autor, disipando sus últimas dudas.

Es frecuente en la doctrina, cuando se realiza una primera aproximación al concepto de complicidad psíquica, establecer el límite máximo de esta en la instigación. Así, suele decirse que la instigación consiste en provocar en alguien la determinación de cometer el delito, mientras que la complicidad psíquica es el apoyo técnico o moral que se presta a quien ya estaba resuelto a llevar cabo (Gómez Rivero, 1995).

Aparentemente la delimitación entre una y otra figura no plantearía dificultad alguna, pues bastaría con averiguar si, en el momento de producirse el influjo psicológico, el autor había tomado o no la decisión delictiva: si el sujeto estaba ya decidido a cometer el delito (era *omnimodo facturus*), no sería posible apreciar instigación (así, por ejemplo, Mezger, 1957; Mayer, 1967; Jescheck, 1993; Stratenwerth, 2005). Sin embargo, y a pesar de no ser cierta esta afirmación, la cuestión no es tan sencilla.

Para comenzar, resulta complejo delimitar cuándo puede entenderse que un sujeto está resuelto a cometer un delito concreto. La realización de un hecho delictivo puede ir precedida de un largo proceso de reflexión y dudas, con la consiguiente dificultad para determinar el momento exacto en el que se produjo la resolución delictiva. También puede ocurrir que el autor, convencido de la necesidad de su actuación, cambie después de opinión, o que haga depender la comisión del delito de una condición externa, o que tenga un plan delictivo vago o incompleto. En todos estos casos es preciso establecer si existe o no una decisión delictiva que impida apreciar instigación en cualquier conducta posterior de influjo psicológico.

No hay que olvidar que el instigador tiene previsto el mismo marco penal del autor, mientras que el cómplice (psíquico) ve atenuada su pena en un grado. Por ello, la delimitación entre una y otra figura es de tanta relevancia como la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, aunque la doctrina española haya dedicado a esta última una mayor atención. En lo que a nosotros respecta, entendemos que la solución de los problemas apuntados tiene como presupuesto previo un breve acercamiento al fundamento de la mayor punibilidad del inductor. Sobre esta base

podremos analizar en los supuestos conflictivos si se da esta figura respecto de la, menos grave, complicidad psíquica. En esta tarea, y aunque no compartamos totalmente sus planteamientos, aceptamos como punto de partida la postura defendida por Gómez Rivero (1995) en su monografía sobre la instigación.

5.1. El fundamento de la mayor punibilidad de la instigación

La mayoría de los autores que se han ocupado de la participación suelen a un concepto residual de cómplice. Así, empiezan por definir al inductor y, después, configuran la complicidad psíquica como el conjunto de supuestos de influjo psicológico eficaz que no son constitutivos de instigación. El procedimiento seguido en esta investigación ha sido, sin embargo, el contrario. Hasta ahora hemos intentado definir los elementos que ha de reunir una conducta de apoyo para que pueda recibir la calificación de complicidad. El paso siguiente ha de ser, en coherencia con lo anterior, establecer restrictivamente el núcleo de supuestos que, por ir más allá del mero asesoramiento técnico y/o reforzamiento de una previa decisión delictiva, fundamentan su calificación como instigación y, con ello, la aplicación de un marco penal superior.

De cualquier modo, existe una relación de proporcionalidad inversa pues, cuando más amplio es el ámbito de la instigación, menor será el de la complicidad psíquica. Por ello, la definición de la instigación que aquí sustentamos no puede dejar vacía de contenido a la complicidad psíquica, pero tampoco ignorar el propio significado del término instigar. Además, dicha definición debe ser compatible con lo sostenido en el capítulo anterior, respecto del fundamento de la punibilidad de la participación en general: una conducta de intervención en un hecho delictivo ajeno solo puede

ser punible si, tratándose de una acción u omisión desvalorada *ex ante*, ha influido causalmente (a través del autor) en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en el tipo.

No podemos, por ello, aceptar las teorías que pretenden definir la instigación al margen de criterios de causalidad e imputación objetiva. Así, por ejemplo, es incompatible con lo que se expone, la propuesta por Puppe (2008) quien, partiendo de la debilidad de una relación de causalidad psíquica, prefiere conceptuar la instigación en base a la existencia de un “pacto de injusto” por el que el inducido se subordina a la voluntad del instigador, de manera que sea el compromiso de cumplir lo acordado con este lo que le (co)motive durante la ejecución. Referir la instigación a la motivación del autor supone, sin embargo, los mismos problemas de prueba (o más) que la determinación de la causalidad y el incremento del riesgo, ya que habría que demostrar que es precisamente el acto lo que mueve al autor a actuar. Pero es que, además, dicha postura conlleva necesariamente al abandono de criterios objetivos (relacionados con el incremento del riesgo que para el bien jurídico supone la provocación de la resolución) a favor de elementos meramente subjetivos (el motivo personal por el que el autor comete el delito, al margen de que estuviera o no plenamente decidido a llevarlo a cabo antes del “pacto”). Por similares razones hay que rechazar también la propuesta de Jakobs (1997), quien exige, para afirmar la instigación, que el autor adopte su decisión y persevere en ella con dependencia de la voluntad del que influye, esto es, que el autor se resuelva a cometer el delito y lo ejecute por el hecho de que el inductor lo considera oportuno (Gómez Rivero, 1995).

Partiendo, pues, de los criterios de la imputación objetiva, entendemos que constituye instigación (consumada) punible aquella conducta que, siendo adecuada *ex ante* para provocar en un sujeto el nacimiento y ejecución de una resolución delictiva (peligrosidad), se ha convertido efectivamente en el primer desencadenante de una concreta voluntad delictiva que el autor ha transformado, al menos en un delito intentado (Gómez Rivera, 1995).

Y ello porque el fundamento de la equiparación punitiva con la autoría solo puede estar en el incremento sustancial del riesgo (mediato) para el bien jurídico que supone provocar en el autor la decisión de ejecutar el concreto delito. Al efecto, es indiferente que el autor tuviera ya trazado el plan delictivo o que acepte el que le ofrece el instigador: lo decisivo no es el contenido de la propuesta, sino el que, a razón de esta, el instigado, se decida a realizar el hecho. También Gómez Rivero (1995), fundamenta la aplicación al instigador del marco penal del autor en el aspecto volitivo de la resolución, esto es, en el hecho de que aquel consigue inclinar la voluntad de este hacia la comisión del delito. El contenido del plan, por el contrario, “en cuanto momento intelectual de la resolución, se limita a ser punto de referencia lógico y necesario de la resolución que el instigador provoca en el autor, pero sin que en ningún caso tenga que ser obra de este” (Gómez Rivero, 1995).

En lo que ahora nos interesa, esto quiere decir que si bien puede ser inductor quien propone al autor un plan delictivo, tal propuesta no es un requisito necesario en toda instigación (pues esta puede consistir en un mero incidir en la voluntad del instigado, para decidirlo a cometer un delito planeado por este). De otra manera opina (Schulz, 1980), para quien la instigación ha de basarse en el aspecto

intelectivo, y no en el volitivo, pues la equiparación punitiva con el autor se basaría en que el instigador domina el plan delictivo. Sin embargo, no parece correcto negar la calificación de inductor a quien convence a su amigo, que lleva años planeando el asesinato de su mujer, de que lo lleve de una vez a la práctica. Con ejemplos como este puede verse claramente que también las conductas consistentes en la mera incidencia psicológica en el aspecto volitivo (con remisión a un plan trazado por el autor) son idóneas *ex ante* para incrementar sustancialmente el riesgo (mediato) de lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

La peligrosidad de la instigación, como hemos dicho, reside en la idoneidad *ex ante* de la conducta para provocar en el sujeto el nacimiento y ejecución de una resolución delictiva. Según Gómez Rivero (1995), dicha idoneidad puede darse en dos tipos de conductas:

- a) Aquellas que inciden en la ponderación de pros y contras del autor, con la finalidad de que este valore como superiores las ventajas de la ejecución del delito. En nuestra opinión, no plantea ningún problema la afirmación de la peligrosidad en estos casos.
- b) Y aquellas que suponen la introducción de elementos objetivos de viabilidad del plan que hagan especialmente sugestivas su realización. En estos supuestos distingue a su vez Gómez Rivero (1995) entre dos grupos de conductas. De un lado se refiere a los casos de presentación de manera viable de un plan delictivo concretado en sus particularidades. Nada tenemos que objetar tampoco a esa valoración, pues no cabe duda de que se trata de una acción idónea para provocar el nacimiento de una resolución

delictiva. No rebasarían, sin embargo, el riesgo permitido ni el mero consejo o sugerencia abstracta de realizar un comportamiento delictivo, ni la indicación genérica de la posibilidad de delinquir (cfr. Gómez Rivero, 1995; y, Muñoz Conde y García Arán, 2019).

Pero, por otro lado, incluye Gómez Rivero (1995), como otra variante de este grupo de casos consistente en la introducción de elementos objetivos de viabilidad del plan, otra clase de supuestos: los consistentes en el suministro de instrumentos o de información que tengan suficiente relevancia como para determinar que el autor adopte una resolución delictiva. Respecto a ellos es preciso, sin embargo, hacer una matización.

Desde luego que, al igual que ocurría en la complicidad psíquica, es perfectamente posible que una aportación física tenga influencia psicológica en el autor. Y en teoría, no hay inconveniente en aceptar que puede ser, por ejemplo, la información de que determinada persona lleva consigo una elevada cantidad de dinero la que termine de decidir a robar a un autor al que rodaba la idea de conseguir fondos por el medio que fuese. Lo que ocurre es que, en estos casos, por lo general, será más fácil la prueba de causalidad de la propia aportación física que la demostración de que fue tal aportación la que decidió efectivamente al autor a cometer el delito. En la medida en que la información o el bien que se proporciona ha de ser de especial relevancia para adquirir el grado de peligrosidad suficiente (ser adecuada para provocar la resolución delictiva), generalmente serán también idóneas para producir un incremento sustancial del riesgo de que el delito se cometa. Y, teniendo en cuenta que la cooperación necesaria recibe el mismo marco penal que la

instigación, en la práctica será preferible aquella calificación a esta. Solo en los casos de instigación intentada tendría virtualidad esta forma de incitación, ámbito en el que, por su propia configuración, no es preciso demostrar la eficacia causal de la actuación del sujeto en la provocación de la decisión delictiva.

En cualquier caso, para que la conducta reúna la peligrosidad suficiente para constituir instigación, será preciso que exista una incitación, esto es, una propuesta de comportamiento (más o menos explícita), cuya aceptación por el sujeto al que va dirigida pueda suponer el nacimiento de una resolución delictiva concreta. En este sentido discute la doctrina si la creación de una situación estimulante puede ser considerada un medio idóneo de incitación.

Por otro lado, y en coherencia con los criterios de imputación objetiva citados, no basta para apreciar instigación el que la conducta sea peligrosa. Además, el riesgo creado por el inductor debe realizarse causalmente en el resultado, de manera que sea concretamente su conducta la que haya dado lugar al nacimiento de la resolución delictiva que el autor ha ejecutado. En consecuencia, si este había decidido con anterioridad al influjo psíquico cometer el delito, no cabe instigación. Pero la constatación de la existencia de una resolución delictiva previa plantea, por su parte, varios problemas.

En resumen, la existencia de una previa resolución delictiva de contenido identificativo al de la incitación impide apreciar instigación, aunque puede apreciarse complicidad psíquica si se dan los requisitos de esta figura delictiva. En el caso contrario, de la constatación de la inexistencia de una resolución previa al influjo psicológico se

derivará generalmente la calificación de instigación. De ahí la trascendencia de determinar todo lo referente a los modos de provocación, grado de concreción y contenido de la decisión delictiva en el autor.

5.2. La creación de situaciones estimulantes

De entre los medios posibles de incitación, merecen especial atención los casos de creación de una situación estimulante. La calificación jurídica de este tipo de conductas puede resultar de interés pues, de negarse la instigación, habría que plantearse si son constitutivas de complicidad. Veamos algunos ejemplos, para poder centrar la discusión:

Respecto a la instigación en cadena:

(A) sabe que la mujer de (B) se encuentra en un determinado local público con su amante X. (A) convence a (B) para que vaya a dicho local, con la esperanza de que, al encontrarlos juntos, (B) agrede o mate a X, lo que efectivamente sucede.

Respecto a la instigación en su forma clásica:

(A) regala a (B) una pistola, esperando que con ello (B) se determine a matar a su común enemigo X, y este lo hace. (ejemplos de Del Rosal Blasco, 1986, pág. 117).

La doctrina no es unánime al respecto. El sector mayoritario niega la calificación de estos supuestos como instigación, generalmente argumentando que esta requiere un influjo psíquico directo (Welzel, 1969). Otro sector de la doctrina considera, sin

embargo, que lo decisivo en la instigación es la provocación de la decisión delictiva, por lo que no cabe negar *a priori* la viabilidad de esta clase de incitación.

En nuestra opinión, como defiende la segunda de las posturas citadas, no hay inconveniente en admitir la instigación en los casos en que el sujeto crea una situación estimulante que es la que efectivamente determina la aparición de la concreta decisión delictiva (López Peregrín, 1997). Sin embargo, será preciso que se den todos los requisitos de esta forma de participación, tanto la peligrosidad *ex ante* de la incitación por encima del riesgo permitido, como la provocación de la resolución delictiva en un autor todavía no decidido a cometer el delito.

Entre los requisitos de peligrosidad habrá que incluir, en coherencia con el fundamento de la punibilidad de la participación, la circunstancia de que el bien jurídico protegido lo esté también frente al sujeto. De esta forma, como pone de manifiesto Ruiz Antón (1982, págs. 217-2018), quedan fuera de la discusión sobre la distinción entre instigación y complicidad los casos en que se crea una situación provocadora de la comisión de un delito contra un bien jurídico del provocador, al no ser posible ninguna forma de participación por falta de desvalor de acción (López Peregrín, 1997).

Faltaría la peligrosidad, por ejemplo, cuando (A) se limita a comunicar a (B) la infidelidad de la mujer de este, aunque lo haga con la esperanza de que (B) le pegue una paliza a su mujer y esto ocurra realmente. En este caso, aunque la conducta de A es ciertamente causal, no es peligrosa por no constituir incitación alguna (ni siquiera implícita), ni podría constituir complicidad por no ser adecuada

ex ante para acelerar, asegurar, facilitar o intensificar el resultado, ni para estabilizar una decisión delictiva ya existente.

El ejemplo es de Gómez Rivero (1995), quien en este caso niega la calificación de instigación también “en base a la inexistencia de una propuesta de comportamiento de incidencia persuasiva en la conducta del sujeto” (pág. 191). En palabras de esta autora, la unida regla que podríamos formular es la necesidad de apreciar en el comportamiento del sujeto una incitación con capacidad para motivar, orientada a realizar un determinado delito, “sin que sea suficiente (...) ya mera creación de una abstracta situación a partir de la cual el autor pueda decidirse, autónomamente, a delinquir” (pág. 195).

El problema más complejo en los supuestos en los que existe una incitación determinante de la resolución, pero no basada en la comunicación de hechos reales, sino en inventos o exageraciones de quien la realiza. En casos extremos se podría fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás como autor mediato y la calificación del ejecutor como mero instrumento, cuando el engaño sea de tal entidad que no pueda considerarse la decisión delictiva como una decisión libre y consciente. Ello puede verse con especial claridad en los supuestos de provocación al suicidio mediante engaño.

A pesar de la existencia de una situación estimulante que contenga una incitación implícita, tampoco habrá instigación en el caso de que el sujeto estuviera ya previamente decidido a cometer el delito. Así ocurriría si, por ejemplo, (A) deja en un lugar visible para (B) (celoso y vengativo) una pistola junto a las fotos de su

esposa con la amante, esperando que (B) se decida a matarla, sin saber que este ya estaba enterado y decidido a darle muerte. En casos de este tipo si sería posible apreciar complicidad o cooperación necesaria, si, siguiendo con el ejemplo, el autor se decidiera a ejecutar el delito con la pistola, o si, al menos, se sintiera reforzado en su decisión, aunque no utilizara el arma. De la misma forma que la complicidad física intentada podía reforzar la decisión delictiva si la promesa de cooperación producía el efecto de disipar las últimas dudas del autor.

En conclusión, la creación de situaciones estimulantes constituirá instigación (consumada) en los mismos casos que las conductas de contacto psíquico directo: cuando consista en una propuesta de comportamiento (explícita o implícita) peligrosa *ex ante* (por ser adecuada para provocar el nacimiento y ejecución de una resolución delictiva), que se haya convertido efectivamente en la desencadenante de una voluntad delictiva concreta.

5.3. La adopción de la resolución delictiva por el autor y su relevancia en la calificación jurídica de la conducta del tercero como instigación o complicidad

Más que los modos de provocación de una resolución delictiva, interesa la causalidad de la incitación, por las consecuencias que puede tener en el ámbito de la complicidad. Entre otras razones, una incitación peligrosidad *ex ante* puede no provocar el nacimiento de una resolución delictiva porque el sujeto no tuviera interés en la comisión del delito, o porque estuviera decidido ya previamente a ejecutarlo (*omnimodo facturus*). En ninguno de estos dos casos habría instigación consumada, ya que el riesgo inherente a la conducta no se habría realizado en el

resultado típico de la instigación. En el primer supuesto, la conducta solo sería punible, en su caso, como proposición: el sujeto al que se dirige la propuesta de comportamiento no da comienzo a la tentativa de ningún delito por lo que, al no existir hecho principal, no se da ninguna forma de participación consumada (López Peregrín, 1997).

En el segundo caso, la solución es más compleja. El sujeto estaba previamente decidido a cometer el delito, lo que descarta la posibilidad de calificar la conducta como instigación consumada. Pero en la medida en que el autor dé comienzo a la ejecución, la incitación ineficaz podría constituir teóricamente tanto instigación intentada como complicidad psíquica consumada, al existir una resolución delictiva que puede haberse visto reforzada. En nuestra opinión, en el caso en que sean posibles ambas calificaciones, es decir, cuando la incitación ineficaz haya reforzado la decisión delictiva del autor, debe ser preferente la calificación de la forma de participación consumada frente a la meramente intentada (así también Maurach, 1971; y Wessels, 1993).

Esta solución permite, por otro lado, reservar la calificación de complicidad psíquica (castigada con la pena inferior en grado a la del autor) para los supuestos más graves de incitación a un *omnimodo facturus*, esto es, aquellos en que la conducta refuerza la decisión delictiva del autor, y aplicar la pena más leve de la participación intentada (que puede ser inferior en uno o dos grados a la del autor) a los casos en que la conducta de incitación a quien ya estaba dispuesto a delinquir ni siquiera tiene como consecuencia un fortalecimiento de la decisión delictiva (así también, Baldo Lavilla, 1992, pág. 1102). Por el contrario, para Gómez Rivero (1995), a pesar

de que los casos de incitación del *omnimodo facturus* podrían constituir complicidad psíquica, será preferente en todos los supuestos, por ser más específica, su subsunción en una de las formas de participación intentada legalmente previstas.

Para hablar de *omnimodo facturus*, y descartar la calificación del influjo psíquico como instigación, es preciso, sin embargo, aclarar cuándo existe resolución delictiva. Para ello será necesario que se den dos circunstancias: que el sujeto tenga voluntad de cometer el delito y que esa voluntad esté referida a un plan concretado al menos en sus elementos esenciales.

Respecto a la existencia o no de la voluntad delictiva en coherencia con el elemento volitivo en la definición de la instigación, se plantean dos problemas diferentes. Trataremos en primer lugar de delimitar, en general la efectiva decisión de delinquir del estado de indecisión. A continuación, nos referiremos a un caso específico que presenta especial dificultad: la cuestión de la voluntad condicionada, cuando el sujeto hace depender la ejecución del cumplimiento de una condición externa.

¿Cuándo puede decirse que un sujeto tiene ya voluntad de cometer un delito? Evidentemente no existe resolución delictiva si la idea del ejecutar el hecho ni siquiera rondaba por la mente del individuo. Pero puede ocurrir que este tenga cierta inclinación a la comisión de un concreto hecho o que haya trazado ya el plan, pero no se decida a ejecutarlo. ¿Puede afirmarse en estos casos que existe ya una resolución delictiva, que excluya la posibilidad de apreciar instigación respecto a la comisión de ese delito? Veamos algunos ejemplos:

(A) necesita dinero y se plantea la posibilidad de conseguirlo por métodos ilegales; (A) necesita dinero, y se plantea la posibilidad de conseguirlo por el procedimiento del arrebato. (Ejemplo expuesto por López Peregrín, 1997, pág. 463).

Desde luego, la mera inclinación genérica a la comisión de un hecho delictivo todavía no concretado, no puede considerarse resolución delictiva (Rodríguez Mourullo, 1972, pág. 848; Ruiz Antón, 1982, págs. 214-215; Gómez Rivero, 1995, pág. 424). En el primer ejemplo, si otro sujeto (B) interviene recomendando a (A) que entre a robar en una casa cuyos moradores sabe que se encuentran de vacaciones, y este acepta parece evidente que en la conducta de B se dan todos los requisitos de la instigación. Su actuación, además de peligrosa *ex ante* por incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico propiedad, al presentar ante el autor un plan delictivo viable, es determinante en este caso para el delito que efectivamente se ejecuta, y que de lo contrario podía haber sido un hurto o una estafa, o no haberse traducido ni siquiera en un hecho típico. Es precisamente por esa razón por la que puede considerarse instigación la conducta del cerebro de la banda o la de quien utiliza un aparato organizado de poder cuando la resolución delictiva del autor es provocada por ellos, aunque los sujetos a los que transmiten el plan estén predispuestos a cometer una determinada clase de delitos.

Cuestión distinta es cuando el sujeto tiene ya trazado el plan delictivo, pero no se ha decidido aún a llevarlo a cabo. La gama de posibilidades es ciertamente muy amplia, pues abarca desde el sujeto que se detiene un segundo antes de la ejecución para plantearse una última vez si ha tomado la decisión correcta, hasta

el que está casi decidido a abandonar el plan ante las dificultades que prevé para su realización, pasando por quien se encuentra sopesando los pros y los contras. La posibilidad de que, en estos casos, la intervención del tercero pueda calificarse de instigación no puede ser negada tajantemente. No es obstáculo para ello, desde luego, la existencia de un plan delictivo si el fundamento específico de la punibilidad del inductor se vincula, como hemos visto, al incremento sustancial del riesgo (mediato) para el bien jurídico que supone provocar en el autor la decisión de ejecutar el concreto delito. Pues, entonces será irrelevante el hecho de que la incitación cree *ex novo* un plan delictivo o, por el contrario, se remita a un plan trazado por el autor. En palabras de Gómez Rivero (1995):

[S]i bien la falta de identidad de contenido del plan concebido previamente por el autor y aquel al que incita el inductor abre siempre la posibilidad de la instigación, a la inversa, no siempre la coincidencia del plan delictivo va a operar excluyendo la posibilidad de instigación, lo que dependerá en última instancia de la existencia o no de una voluntad previa en el autor. (pág. 407)

En el otro extremo, tampoco cabe argumentar que la duda implique en todo caso inexistencia de voluntad delictiva, de manera que cualquier influjo psicológico en quien no está completamente decidido a cometer el delito haya de considerarse instigación. La resolución delictiva no tiene por qué estar exenta de dudas, pues la realidad nos muestra que la voluntad humana no es casi nunca absolutamente firme e inquebrantable. En consecuencia, la duda es perfectamente compatible con la afirmación de la existencia de una resolución delictiva. Sostener lo contrario

significaría, además, dejar vacía de contenido la complicitad psíquica como estabilización de la decisión delictiva del autor (así también, Roxin, 2007).

En los estados de duda, la instigación, por tanto, ni puede ser negada tajantemente, ni afirmada siempre. La calificación de la conducta dependerá entonces de las circunstancias del caso concreto. Pues, si la distinción entre instigación y complicitad es una cuestión de merecimiento de pena, el Derecho penal no podrá tratar por igual supuestos en los que el grado de incremento del riesgo de lesión (mediata) al bien jurídico es diferente (no es lo mismo provocar la decisión delictiva en un sujeto para el que la comisión del delito era solo una posibilidad remota, que disipar las últimas dudas en un autor prácticamente decidido ya a ejecutar el hecho).

Para solucionar el problema de la determinación de si existe o no voluntad delictiva en los casos en los que el autor ya se ha planteado la comisión del delito, pueden ser de utilidad el criterio de la preponderancia propuesto por Roxin. Para él, habrá resolución cuando los motivos que impulsan al autor a la comisión del delito sean preponderantes frente a las inhibiciones, pudiendo en este caso actuar el cómplice psíquico eliminando sus dudas (Roxin, 2007). Una misma conducta (presentar el riesgo inherente a la comisión de un delito como poco elevado, magnificar las ventajas frente a los inconvenientes, ofrecer una recompensa o vencer los escrúpulos morales del autor) puede constituir instigación o complicitad psíquica, dependiendo del peso que tuviera para el autor el inconveniente eliminado. Evidentemente, no es fácil formular juicios al respecto por la propia complejidad de los procesos internos que conducen a la toma de una decisión, a

pesar de reconocer las dificultades probatorias de un juicio que tiene por base las tendencias internas, que son precisamente las que justifican la adopción del criterio de Roxin. Gómez Rivero (1995) se muestra crítica con la idea de la preponderancia. En su opinión, aunque el paso de la indecisión absoluta a la decisión firme es gradual, “existirá un punto en el que se produzca el salto cualitativo de uno a otro estado” (pág. 422), por lo que estar “casi decidido” o “predominantemente decidido” es, para esta autora, no estarlo todavía. La apreciación de Gómez Rivero (1995) puede ser teóricamente correcta, pero resulta poco útil en la práctica.

Habrá que atender entonces a todos los indicios objetivos que, en el caso concreto, permitan asegurar si eran preponderantes los motivos o las inhibiciones. Y, en cualquier caso, si no es posible establecer si el sujeto estaba o no resuelto con anterioridad, habrá que optar por la calificación jurídica más favorable para el reo.

La complicidad psíquica podrá consistir en la eliminación de las últimas dudas del autor que está “predominantemente” decidido a cometer un delito, o de las de aquel que, después de haberse decidido totalmente, empieza a titubear. Pero si el autor llega a desistir de su resolución y el influjo psicológico tiene como consecuencia que este vuelva a decidirse, habrá que apreciar instigación.

Respecto a la determinación de la existencia o no de voluntad delictiva, se plantea como ya se anunció, un supuesto concreto especialmente conflictivo. Hacemos referencia al caso en el que el sujeto hace depender la ejecución del delito del cumplimiento de una condición externa. Un ejemplo para clarificar este asunto:

(A) se ofrece ante (B) a matar a X, si (B) le entrega una determinada cantidad de dinero. (B) entonces acepta.

Para un sector de la doctrina en estos casos de voluntad condicionada no existe resolución delictiva (Jakobs, 1997, Mir Puig, 2006). Según esta opinión, por tanto, en nuestro ejemplo cabría apreciar instigación en la conducta de (B), si paga la suma exigida y (A) da comienzo a la ejecución del delito. Por el contrario, otros autores niegan que exista instigación en estos casos, argumentando que la conducta de quien cumple la condición (B) no hace nacer la voluntad delictiva del autor, sino que solo hace posible su puesta en práctica (lo que en nuestro Derecho implicaría la calificación de complicidad primaria).

En nuestra opinión estos supuestos deben ser resueltos de la misma forma que los anteriores, debiéndose afirmar o negar la existencia de resolución dependiendo de la tendencia predominante en el sujeto. Así, por ejemplo, no cabrá instigación si está predominantemente decidido a cometer el delito en el caso de que se cumpla la condición (de la misma opinión es Baldo Lavilla, 1992). En ese sentido, es indiferente que el sujeto haga depender la ejecución del delito de una condición externa o de la conducta de un tercero, o que, estando decidido a llevarlo a cabo, se reserve la posibilidad de cambiar de opinión. En otras palabras, es indiferente que el autor se diga “si me pagan por ello, lo mato”. Lo decisivo no es la manera en que el sujeto exprese su indecisión, sino la entidad de esta: si en el momento de producirse el influjo psicológico el autor estaba predominantemente decidido a cometer el delito, solo será posible, si se dan todos sus requisitos, apreciar complicidad psíquica.

Sin embargo, Roxin (2007), que defendía el criterio de la preponderancia de forma general, distingue en el ámbito de la voluntad condicionada entre el caso en el que el sujeto se auto ofrece para cometer el delito y aquel en el que hace depender la ejecución del cumplimiento de una condición externa. Solo en este último supuesto afirma Roxin (2007) la existencia de resolución delictiva, negándola en el caso del auto ofrecimiento con el argumento de que un sujeto no puede tener voluntad de ejecutar un hecho si lo hace depender de que otro le motive a realizarlo.

5.4. Diferencia entre el instigador y el autor mediato

Es importante tener bien en claro la diferencia entre una figura y otra. En el supuesto de autor mediato, este es autor del hecho, ya sea porque tiene dominio del hecho, en sus distintas formas, ya descritas arriba, o porque se le debe imputar el resultado en forma normativa (Jakobs, 1997). El autor mediato utiliza para la realización del hecho un instrumento, en este caso otra persona física, pero que por ello no deja de ser instrumento. En tanto que el instigador, en primer lugar, no es autor, sino que participa del ilícito de otro, logrando determinar que este realice el hecho, con dominio de las circunstancias del ilícito. El inducido no es un instrumento, sino que actúa con libertad con plena responsabilidad. La instigación presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona; esta otra persona debe orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico (Maurach, Gossel y Zipf, 1995, pág. 437).

Si bien se castiga al instigador con la misma pena del verdadero autor, lo que implica que materialmente constituya una forma de participación accesoria del hecho del autor, a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata, que se distingue de la instigación en que supone una posición del hombre de atrás más importante que la del inductor respecto del ejecutor material (Maurach, Gossel y Zipf, 1995).

Bacigalupo (2009) haciendo uso de la jurisprudencia española, refiere que la tesis sostenida por el Tribunal Supremo en diversos pronunciamientos se decantaba por considerar que la cooperación necesaria es un caso más de autoría, lo que, en principio -sostiene- es correcto, dado que todo el que hace una aportación, sin la cual el delito no hubiera podido cometerse, obra con dominio del hecho y, en el marco de esta teoría, solo puede ser autor. Pero esto obligaba a excluir a los inductores de la categoría de autor, pues los inductores, por definición, no tienen el dominio del hecho. Una prueba de ello es el ATS 363/2007, del 17 de septiembre de 2007, en el que se equipara la acción del instigador, que no tiene dominio del hecho, con la participación necesaria, considerando además que la inducción es una forma de autoría mediata, lo que es claramente erróneo. Bacigalupo (2009) aduce que si se quiere hablar de autoría de quien obra por detrás, entonces habría que considerar el supuesto de “autor detrás del autor”. (pág. 7).

CAPÍTULO VI

LA PARTICIPACIÓN EN CADENA

6.1. Concepciones desarrolladas acerca de la participación en cadena

¿Cómo responde el que auxilia al cómplice del autor principal? ¿y el que induce al cómplice? ¿Y el que convence (instiga) a otro para que este, a su vez, instigue al autor en sentido estricto a cometer el delito? ¿y el que es cómplice de una instigación?

En la doctrina pueden distinguirse tres distintas direcciones respecto de la participación en cadena:

- a) La doctrina dominante dice: La instigación a la instigación es, en realidad, instigación al hecho principal. Esto es, Si (A) induce a (B) para que este induzca a (C) a cometer un hurto, (A) responderá por instigación a un hurto. Del mismo modo se decide la complicitad de la complicitad. Si (A) entrega a (B) el tintero que éste entrega a (C) para que realice, materialmente, la falsedad, (A) es, se dice, cómplice (mediato) de la falsedad. La instigación a la complicitad se califica, por esta dirección, de complicitad al hecho principal. La complicitad a la instigación es entendida como complicitad al delito que comete el autor en sentido estricto.

Lo que caracteriza a esta tesis, es pues, lo siguiente: Entiende que los actos de participación en otros de participación, son actos de participación en el hecho principal. En este sentido se han declarado, tomando posición respecto de todas o de solo algunas de las variaciones que hemos construido: Fierro (2004) y Maurach (1971), entre otros.

De esta opinión es también el Tribunal Supremo español, para quien la instigación a la instigación es instigación al hecho principal. Así decidió en

un supuesto de hecho en que Ramón, para vengarse de sus hermanos Juan y Fernando, convenció a Antonio, para que éste, a su vez, indujese a Manuel a declarar -lo que era falso- de que había sido atacado por Juan y Fernando, haciéndose Manuel, con ello, culpable de una simulación de delito. Ramón, condenado como inductor de un delito, recurre en casación, alegando “que no tuvo con el autor material del delito la relación directa e inmediata que, según el núm. 2 del art. 14 del mismo cuerpo legal, era indispensable para considerarle autor por inducción”. El Tribunal Supremo español mantiene la sentencia de la audiencia argumentando así:

Procede rechazar el único motivo del recurso fundado en la falta de una relación directa e inmediata entre el recurrente y el autor material del delito, para los efectos del art. 14.2 del Código Penal, porque este requisito no debe tomarse... considerándolo de persona a persona, en un sentido material, sino en un sentido material, sino en un sentido jurídico, interpretando la proximidad o inmediatez requerida en su aspecto subjetivo, que la inducción recaiga sobre persona determinada, u objetiva, que se requiere a delito determinado, y en este sentido la proximidad o inmediatez puede darse en este caso, entre el recurrente como motor primario de la inducción y el autor material del hecho, porque lo cierto es que aquel es el principio de la cadena inductora y debe ser responsable del resultado, a tenor de los principios de causalidad de los hechos delictivos..., ya que admitir lo

contrario en el presente caso significaría un contrasentido, opuesto a normas de justicia, aceptar la impunidad del recurrente, primer motor de la inducción, conservando la del otro procesado con el que aquel celebró el concierto para la inducción (TS, 30 de noviembre de 1964, A. 5256).

- b) Frente a la doctrina de considerar al partícipe en cadena como partícipe del hecho principal, se alza otra concepción. El punto de partida es considerar que cuando el Código habla de inducir, cooperar o auxiliar al “hecho”, no solo se refiere al delito de la parte especial, sino que por “hecho” debe entenderse también la misma participación delictiva: pues la instigación o la complicidad son también hechos punibles. En consecuencia, el inductor del inductor del hecho principal, habrá de ser castigado por haber participado (como inductor) en el hecho punible: instigación. Y el cómplice del cómplice por haber auxiliado al hecho punible: complicidad. (Gimbernat Ordeig, 2007, pág. 290).

En España, defiende esta concepción Córdoba (cfr. Maurach, 1971, pág. 367): La aplicación de los artículos 49, 53 y 54, reguladores de la penalidad correspondiente a los partícipes en un delito, da lugar a que el régimen de la participación concatenada sea distinto en su legislación (como dice Maurach, representando la opinión dominante, que es en Derecho alemán). Por imperativo de los indicados preceptos, cada eslabón determinará una rebaja de la pena. Tal rebaja, por supuesto, no se producirá en los actos de

instigación y de cooperación necesaria, por hallarse equiparadas esas conductas en el art. 14 a la autoría. (Maurach, 1971, pág. 367).

- c) Finalmente, una última posición sostiene que el partícipe en cadena es impune.

En España defienden esta tesis Del Rosal (1986) y Rodríguez Mourullo (1972): Las normas de participación extienden la punibilidad a las hipótesis de instigación directa sobre la ejecución material y a la de quienes cooperan con actos necesarios, o no necesarios, anteriores o simultáneos a la ejecución del hecho (concreto tipo delictivo). De aquí se deduce, en vía de principio, que no son punibles la instigación de la instigación porque no se trataría ya de una instigación directa sobre el ejecutor material, ni tampoco el auxilio al auxilio (porque no es todavía una cooperación a la ejecución del núcleo del tipo, sino solo una cooperación a un acto que, a su vez, no es más que un acto de cooperación a la ejecución del hecho delictivo).

Prescindiendo de esta última teoría que aboga por la impunidad de la participación en cadena, las consecuencias prácticas de las dos primeras tesis se manifiestan únicamente en la complicidad a la complicidad, no así en la instigación de la instigación. En las otras formas de participación en cadena, ambas concepciones llegan a los mismos resultados, pues al inductor se le impone la pena del autor, tanto si se le considera inductor del hecho principal como si se le considera inductor de la instigación; el cómplice del inductor será castigado igual si se le califica de cómplice del autor principal que si se le califica de cómplice del inductor; y al inductor del cómplice le es lo mismo, a efectos de punibilidad, que se lo considere,

con la tesis dominante, de cómplice del hecho principal que, con la tesis minoritaria, inductor de la complicidad.

De las tres opiniones expuestas, se considera que cada una la lleva en parte. La teoría dominante tiene razón en todas sus tesis, en especial, la de calificar de inductor del hecho principal al inductor del inductor.

Los que afirman la impunidad en estos casos, tienen razón si nos mantenemos dentro de los principios de la teoría que sostiene que el “hecho principal” de quien ha de derivar la pena de un partícipe no puede ser, a su vez, un hecho de participación. Luego, si se demuestra que la instigación a la instigación no es instigación al delito definido en la parte especial, ese inductor en cadena quedaría impune, criterio que se ha venido aplicando en el sistema de justicia. Un claro ejemplo lo encontramos en los fundamentos de la Casación n.º 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2020.

La doctrina que apoya a favor de la punibilidad del partícipe en cadena como un partícipe al “acto de participación” no tiene su justificación únicamente como refiere Gimbernat Ordeig (2014) quien entiende que la punibilidad de la instigación de la instigación surge como reacción contra la insatisfactoria tesis de la doctrina que niega la viabilidad de hacer del inductor en cadena un inductor al hecho principal.

6.2. La instigación en cadena, la coinducción y la inducción accesoria

Como se sostuvo, la instigación en su forma clásica es una institución dogmática que ha logrado superar cualquier tipo de discrepancia en el moderno derecho penal,

sin embargo, la problemática, como se ha podido advertir, surge a partir de la llamada instigación en cadena.

Otro ejemplo de inducción en cadena podría ser el siguiente: (A) induce a (B) para que este induzca a (C) y mate a (D). A nuestro juicio, no hay problema alguno para admitir la inducción en estos supuestos y, así lo viene aceptando también la doctrina mayoritaria: Por ejemplo, como se mencionó, Bacigalupo (2004, pág. 237), Roxin (2007, pág. 36) y Jescheck (1993, pág. 957), autores reputados que son referentes no solo para el desarrollo doctrinal sino también jurisprudencial. A nivel nacional, se encuentran Hurtado Pozo (1987, pág. 541) y Villavicencio Terreros (2014, *pássim*).

Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que en nuestro derecho no cabe la inducción a la inducción como inducción al hecho principal, pues considera que el artículo 24 del Código Penal al exigir que la inducción sea directa impide toda posibilidad; ahora bien, ello no significa que estimen impune la inducción en cadena, sino que, a su juicio, debe castigarse como cooperación necesaria.

Razón tiene el autor Del Rosal Blasco (1986) cuando sostiene que el adverbio “directamente” que origina precisamente el criterio de la instigación directa solo al autor, tiene como función “poner de relieve la exigencia de que la inducción se dirija de una persona (el inductor) a otra (el inducido), sin intermediarios. Es decir, cumple “la misión de limitar la punición por inducción a las persuasiones denominadas interpersonales.

Como ya se ha sostenido, el instigador del instigador es un instigador al hecho principal, y es una forma de inducir consistente en utilizar a otra persona como medio para crear en otro la resolución criminal (cuya conducta también es punible), supuesto que es perfectamente incluíble en el concepto de instigación, más aún si de la lectura clara del art. 24, no se prevé expresamente la exigencia de una inducción directa. El empleo de una persona para provocar la inducción no impide que se trate de una inducción directa, y aquí no se habla de una inducción mediata pues resultan sancionables ambos sujetos. Aunque el referido articulado de instigación contenga este adverbio, tal y como está incorporado en la legislación penal española, este implicaría que la inducción se lleve a cabo en un delito concreto y en una persona (autor) determinada y, por consiguiente, no afectaría a la instigación en cadena.

Asimismo, si para la doctrina contraria no existen problemas a la hora de admitir la instigación mediata, y por ello niegan la instigación en cadena, bajo los mismos argumentos deberían tener reparos a la figura de la instigación mediata, pues también en esta se interpone una persona, y se la utiliza como medio entre el instigador y el autor principal, sin embargo; no obstante, este criterio es aceptado sin mayores inconvenientes (Cfr. Mir Puig, 2006, pág. 345).

La afirmación de que en la instigación mediata la instigación es directa porque se atribuye como obra propia al hombre de atrás, no resulta convincente, pues, necesariamente, no tiene que ser correlativo el hecho de que a quien se atribuya la obra. Con la cualidad de directa que caracteriza a la instigación.

Tampoco resulta problemática para este sector la admisión de una conistigación. Más discutible se presenta la instigación accesoria, dado que resulta difícil medir las influencias psíquicas.

CONCLUSIONES

1. La instigación se caracteriza por la falta de dominio del hecho del instigador, elemento exigido únicamente para los grados de autoría directa, coautoría y autoría mediata.
2. La instigación es aquella conducta activa de quien con dolo hace surgir en el autor la decisión de realizar un delito doloso concreto. No es admisible la instigación imprudente a un delito doloso o culposo.
3. Importante es que el instigador también sea culpable de la comisión del hecho punible por el autor. Es decir, que la ejecución del delito sea también ejecución propia del partícipe.
4. El instigador solo es responsable si el autor continúa o solo si lleva a cabo la determinación para cometer el delito que le ha hecho surgir el instigador. Lo que interesa, en definitiva, es que el instigador suministre el auténtico motivo por el cual se realiza el hecho.
5. El instigador no puede dar mayor aporte al participar de una manera más activa en el hecho criminal, pues lo dejaría fuera de las características de la instigación, pudiendo ser complicidad o inclusive coautoría, según sea el caso concreto.
6. A diferencia de la instigación, el autor mediato utiliza para la realización del hecho un instrumento, en este caso otra persona física, pero que por ello no

deja de ser instrumento. En tanto que el instigador, en primer lugar, no es autor, logrando determinar que este realice el hecho, con dominio de las circunstancias del ilícito.

7. A partir del estudio de la instigación como forma de participación delictiva, se encuentra la instigación de la instigación o también denominada instigación en cadena, esta construcción dogmática es la que mayores dificultades ha generado en la labor de atribución de responsabilidad penal de los intervinientes en el hecho delictivo.
8. La instigación en cadena es, en otras palabras, la sanción penal que se extiende a quien instiga al instigador del autor. Se habla así de una participación o determinación en cadena que debe estar siempre sujeta al hecho principal, conforme al principio de accesoriedad de la participación.
9. La instigación en cadena ha sido objeto de diversas críticas, siendo que, a nivel nacional, la principal objeción se relaciona con la extensión desmedida de la participación delictiva, así como que la participación siempre mantiene conexión directa con la autoría, y no a otra participación, conforme al principio de accesoriedad.
10. Sin embargo, la instigación en cadena tiene perfecto encaje en nuestro ordenamiento jurídico penal, pues resultaría punible en tanto dicha instigación contenga un carácter directo en clave de eficacia o suficiencia para causar la determinación del instigador que instiga, a su vez, al autor.

11. No es admisible argumentar que la instigación en cadena no tiene espacio en nuestra legislación por el principio de legalidad penal, por cuanto de la lectura del art. 24 del Código Penal, no se acoge el término “directamente” como sí lo acoge el Código Penal español. Legislación que, aunque la contenga, ha sido satisfactoriamente superada por la jurisprudencia uniforme del Supremo Tribunal.

12. Tampoco es de recibo desvirtuar la instigación de la instigación bajo el argumento de que la participación delictiva solo toma validez a partir del vínculo directo y de dependencia con el autor del hecho, pues la inducción en cadena no niega o desdibuja esta regla dogmática.

13. Bajo una interpretación normativa valorativa, la instigación de la instigación genera el mismo resultado perseguido en la participación delictiva, influir de manera determinante en la decisión de otro la ejecución del hecho punible, quien sí tiene el dominio del hecho (autor), manteniéndose así el sólido vínculo de la accesoriedad de la participación respecto de la autoría.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda poner especial atención a la discusión de la figura dogmática de la instigación en cadena como forma de intervención delictiva, pues al ser concebida como una forma de inducción al hecho principal puede también representar una vía de solución adecuada a supuestos comunes dentro de una estructura compleja, sea esta pública o privada, en atención a la teoría objetiva del dominio del hecho.
2. A partir de un mejor tratamiento de la autoría y participación, y en especial, la instigación en cadena por parte de los operadores jurídicos, se obtendría un mejor análisis de supuestos en que una aportación del instigador al hecho se propaga de manera horizontal para la realización del hecho delictivo.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

- Bacigalupo Saguesse, S. (2011). "Delitos de infracción de deber y accesoriedad en el Derecho Penal". En: Urquiza Olaechea, J., Abanto Vásquez, M. y Salazar Sánchez, N. (coords.). *Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política criminal*. (Volumen II). (págs. 997-1016). Lima: Fondo editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
- Baldo Lavilla, F. (1992). "Algunos aspectos conceptuales de la inducción. (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)". En: Mir Puig, S. et al. (Ed.). *Comentarios a la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo* (págs. 89-123). Barcelona: Bosch.
- Bustos Ramírez, J. (2004). *Obras completas*. (Tomo I). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.
- Chocano Rodríguez, R. (2006). *Instigación al delito e interrupción de la prescripción penal. A propósito del "caso Lucchetti" – Montesinos en la resolución de la Corte Suprema*. Lima: Grijley.
- Cury Urzúa, E. (1985). *Derecho Penal. Parte general*. (Tomo II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Del Rosal Blasco, B. (1986). *La provocación para cometer delito en el derecho penal español*. Madrid: Edersa.
- Fierro, G. (2004). *Teoría de la participación criminal*. (2ª ed. Actualizada y ampliada). Buenos Aires: Astrea.
- Gimbernat, E. (2006). *Autor y cómplice en derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

- Gimbernat, E. (2014). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. *Nuevo Foro Penal* (82), págs. 83-133.
- Gómez Rivero, M. C. (1995). *La instigación a cometer delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hurtado Pozo, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general I*. (3ª ed.). Lima: Grijley.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). En: J. Cuello Contreras y J. L. Serrano Gonzáles de Murillo (trads.). Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H.-H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general*. En: J. L. Manzanares Samaniego (trad.). Granada: Comares.
- López Barja de Quiroga, J. (1996). *Autoría y participación*. Madrid: Akal.
- López Peregrín, M. C. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mantovani, F. (2007). *Los principios del derecho penal*. Lima: Legales Ediciones.
- Mir Puig, S. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. (8ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2019). *Derecho Penal. Parte general*. (10ª ed.). Revisada y puesta al día con la colaboración de P. García Álvarez. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Olmedo Cardenete, M. (2017). *La instigación como forma de participación accesoria*. Lima: Instituto Pacífico.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Terragni, M. A. (2015). *El delito culposos*. (3ª ed.). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Velásquez Velásquez, F. (1995). *Derecho Penal. Parte general*. (2ª ed.). Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis.

Villavicencio Terreros, F. (2014). *Derecho Penal. Parte general*. Lima: Grijley.

- **Electrónicas**

Bacigalupo, E. (2008). *La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Recuperado de <https://bit.ly/3vYQKkd>

Bolea Bardon, C. (2015). *El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)*. Recuperado de <https://bit.ly/3mu04JG>

Cabrera Vega, M. T. (2018). *Efectos jurídicos de la instigación en ilícitos penales y sus implicancias en el establecimiento de la sanción penal*. (Tesis doctoral). Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Recuperado de <https://bit.ly/3EvsCsr>

Cardona Cardona, L. M. (2015). *La determinación como una forma de participación accesoria*. (Tesis de maestría). Medellín: Universidad EAFIT. Recuperado de <https://bit.ly/2XXEjbs>

Corcino Barrueta, F. E. (2017). *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas*. (tesis doctoral). Sevilla: Universidad de Sevilla. Recuperado de <https://bit.ly/31oeLTm>

Díaz y García Conlledo, M. (2008). *Autoría y participación*. *Revista de Estudios de la Justicia* (10). Recuperado de <https://bit.ly/3BnZL7G>

Escobar Vélez, S. (2019). *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*. (Tesis doctoral). León: Universidad de León. Recuperado de <https://bit.ly/3nKichQ>

Jiménez Martínez, C. (2015). *Domino del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de Educación a Distancia. Recuperado de <https://bit.ly/3pQPqyM>

- Lagos Chandía, G. C. (2012). *La inducción*. (Tesis de maestría). Concepción: Universidad de Sevilla. Recuperado de <https://bit.ly/3bnwCik>
- Lozano Maneiro, A. (1998). *La autoría y la participación en el delito. Análisis comparado de los ordenamientos español, francés e italiano desde la perspectiva de un derecho común europeo*. (Tesis doctoral). Madrid: Universidad Complutense. Recuperado de <https://bit.ly/3jRFscN>
- Mayta Peña, N. K. (2019). *Instigador extraneus como partícipe en los delitos especiales propios en la legislación penal peruana*. (Tesis de titulación). Huancayo: Universidad Peruana Los Andes. Recuperado de <https://bit.ly/3pya6eK>
- Medina Albornoz, C. C. (2018). *El "determinar a otro" en la instigación al delito*. (Tesis de maestría). Lima: Universidad de San Martín de Porres. Recuperado de <https://bit.ly/3rspGWC>
- Ruilova Santander, J. D. (2019). *Autoría mediata, inducción y dominio del hecho en el derecho penal ecuatoriano*. (Tesis de maestría). Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado de <https://bit.ly/3vWQqmf>
- Ruiz Antón, L. F. (1982). El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. (Tomo 35). Recuperado de <https://bit.ly/3Cvsed6>
- Puppe, I. (2008). El resultado y su explicación causal en derecho penal. *Revista para el análisis del derecho. InDret* 4(2008). Recuperado de <https://bit.ly/3vZewN8>

- **Jurisprudencial**

- **Nacional**

Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad n.º 1045-2019-Lima, del 22 de junio de 2021, Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad n.º 1626-2018-Ucayali, del 19 de agosto de 2020, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 911-2018-Lambayeque, del 18 de agosto de 2021, Sala Penal Permanente.

Corte Suprema de Justicia de la República. Casación n.º 842-2015-Lambayeque, del 21 de diciembre de 2016, de la Sala Penal Transitoria.

Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Nulidad n.º 301-2016-Lima, del 30 de mayo de 2017, de Sala Penal Permanente.

Internacional

Tribunal Supremo español. Sentencia del 30 de noviembre 1964.

ANEXOS

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 911-2018-LAMBAYEQUE**

Tráfico de influencias en cadena

Los temas propuestos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial carecen de objeto para el caso de autos y se sustentan en una indebida e innecesaria motivación de la Sala Superior. Por lo tanto, se debe declarar infundada la casación interpuesta por el titular de la acción penal.

-SENTENCIA DE CASACIÓN-

Lima, dieciocho de agosto de dos mil veinte

AUTOS y VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto (y concedido) por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del ocho de junio de dos mil dieciocho, que revocó la del dos de febrero de dos mil dieciocho, en el extremo en el que condenó a **Juan Martín Villanueva Velezmoro** como cómplice primario del delito contra la administración pública-tráfico de influencias, en perjuicio del Estado; y, reformándola, lo absolvió.

Intervino como ponente el señor juez supremo Castañeda Espinoza.

CONSIDERANDO

§ I. Antecedentes

Primero. Mediante la sentencia del dos de febrero de dos mil dieciocho (foja 128), el Juzgado Penal (entre otros) condenó al procesado Juan Martín Villanueva Velezmoro como cómplice primario del delito contra la administración pública-tráfico de influencias, en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena

suspendida condicionalmente por el periodo de dos años, dispuso su inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal (por el mismo tiempo que la pena principal), le impuso 425 días multa y fijó el pago solidario de S/ 80 000 (ochenta mil soles) por concepto de reparación civil.

Segundo. Formulado el recurso de apelación por dicho procesado, la Sala Superior emitió la sentencia de vista del ocho de junio de dos mil dieciocho (foja 259), con la que revocó la condena y absolvió de la acusación fiscal a Villanueva Velezmoro por el delito contra la administración pública-tráfico de influencias, en perjuicio del Estado.

Tercero. Por ello, el titular de la acción penal interpuso recurso de casación (foja 279) para el desarrollo jurisprudencial, el cual fue concedido por la Sala Superior (foja 302) y elevado a esta Suprema Instancia para su calificación respectiva.

§ II. Motivos de la concesión

Cuarto. Cumplidos los trámites de traslado a las partes procesales, este Supremo Tribunal, por auto de calificación del nueve de noviembre de dos mil dieciocho (foja 113 del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema), dio por bien concedido para el desarrollo jurisprudencial por la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal. Y precisó lo siguiente en sus fundamentos jurídicos quinto al séptimo:

Quinto. [...] La causal excepcional es un supuesto que solo se configura ante la presencia de un tema que, a entender del Supremo Tribunal, exige desarrollo; en el presente caso, el tema propuesto por el recurrente, el tráfico de influencias en cadena; así como el título de imputación del traficante en cadena, es un problema

jurídico en torno al cual resulta gravitante que esta Corte Suprema desarrolle y establezca doctrina jurisprudencial.

Sexto. En consecuencia, siendo que el caso permite, con toda claridad, desarrollar el tema del tráfico de influencias en cadena, este Supremo Tribunal debe uniformizar el criterio que los jueces tiene el deber de seguir respecto a una correcta interpretación de la norma penal – artículo 400 del Código Penal–. Así, corresponde definir dos puntos en concreto: primero, si el artículo 400 del Código Penal recoge la figura del tráfico de influencias en cadena y, segundo, cuál sería el título de imputación (intervención) del traficante en cadena, en mérito a su grado de participación y vinculación con el delito.

Séptimo. Cabe indicar que el supuesto de desarrollo de doctrina jurisprudencial de la presente Ejecutoria Suprema se encuentra vinculado estrictamente con la causal establecida en el numeral 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, pues el Colegiado Superior habría efectuado una errónea interpretación de la Ley Penal en su resolución [...].

De este modo, corresponde realizar el análisis del caso, conforme está habilitado por el auto de calificación antes referido.

§ III. Audiencia de casación

Quinto. Instruido el expediente por Secretaría, se señaló como fecha para la audiencia de casación el veintinueve de julio del presente año. Celebrada esta con intervención de la señora Fiscal Suprema Adjunta Dra. Gianina Tapia Vivas, así como del abogado defensor del procesado absuelto Dr. José Luis Quiroga Seclén, exponiendo sus argumentos respectivos; el estado de la causa quedó para expedir sentencia. Así, cerrado el debate y deliberada la causa en secreto el mismo día, de inmediato y sin interrupción se produjo la votación respectiva, en la que se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación y darle lectura en la audiencia programada en la fecha.

§ IV. Fundamentos de derecho

Sexto. Conforme se admitió el tema planteado para el desarrollo jurisprudencial, este se encuentra relacionado al tipo penal recogido en el primer párrafo del artículo 400 del Código Penal, que sanciona a quien, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que conocerá, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo. Del análisis de este tipo penal, los elementos constitutivos son:

a) El núcleo rector se encuentra expresado con la frase “invocando influencias con el ofrecimiento de interceder”, esta expresión marca la especificidad típica de esta modalidad de corrupción¹. **b)** Las frases “recibir, hacer dar o prometer” configuran modalidades delictivas, que no bastan para configurar el delito. **c)** “Donativo, promesa o cualquier ventaja”, son los medios corruptores. **d)** “Con el ofrecimiento de [...]” constituye el componente teleológico de la conducta, es el destino de la acción ilícita.

Séptimo. De otro lado, el último párrafo del fundamento jurídico 8 del Acuerdo Plenario número 03-2015 señala que:

[...] El cómplice es quien realiza un aporte material (o psicológico) orientado siempre a auxiliar al autor en la realización del tipo penal. A partir de esta premisa, se tiene que el delito de tráfico de influencias admite casos de complicidad [...]; sin embargo, el “comprador o solicitante de influencias” [...] nunca podrá ser considerado cómplice según los alcances del artículo 25 [del] Código Penal, como la persona que auxilia o colabora dolosamente con la realización del tipo penal, pues para ello tendría que ayudar al “vendedor de influencias” en la realización del verbo rector, esto es, en la invocación de influencias, cosa que es materialmente imposible bajo cualquier circunstancia.

¹ Rojas Vargas, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública* (4.^a edición). Lima: Grijley, p. 787.

Octavo. Ahora bien, respecto a los hechos materia de autos:

Se le imputó a Juan Martín Villanueva Velezmoro (asesor de alcaldía del Municipio de Chiclayo) haber tomado conocimiento de la propuesta dineraria hecha por Jorge Alfredo Vertiz Cellerini (representante de una empresa de construcción) a Carlos Alberto Mendoza Oleden (gerente de Infraestructura de la Municipalidad de Chiclayo), y contribuir en la decisión de este último para que acepte el dinero, lo que se acreditaría por el hecho de que el propio Villanueva Velezmoro acudió a la Gerencia de Urbanismo para interceder directamente con la abogada de dicha área, Maritza Carrillo Montalvo, y porque también mantuvo contacto (telefónico y vía mensajes) con su coprocesado Mendoza Oleden para la coordinación sobre el trámite de la licencia a favor de Vertiz Cellerini (foja 1 del cuaderno de casación)².

Noveno. Al respecto, luego del juicio oral pertinente y la valoración probatoria de Ley, el órgano de primera instancia condenó a Villanueva Velezmoro en virtud de los siguientes argumentos:

- 9.1.** Durante el examen en juicio oral al procesado Mendoza Oleden, este señaló que en un momento el alcalde Torres Gonzales no quería aceptar los S/ 80000 (ochenta mil soles) ofrecidos, por lo que recurrió a Villanueva Velezmoro, quien le dijo que aceptara dicho dinero y que este se encargaría de convencer al mencionado alcalde.
- 9.2.** Así, el autor en el tráfico de influencias es la persona que vende las influencias existentes o no a un tercero interesado en una decisión del funcionario o servidor público; mientras que el cómplice es quien, de cualquier forma, haya contribuido en la consumación del evento delictivo, así como en la formación de la decisión del inductor de comprar las influencias.

² Es decir, para la fiscalía la imputación contra Villanueva Velezmoro se sustentó: **a)** porque ayudó a determinar que Mendoza Oleden acepte el dinero y **b)** porque después de la consumación del delito se interesó en la averiguación de la solicitud del interesado en la Gerencia de Urbanismo. Empero, en ningún extremo de la acusación la fiscalía consideró las acciones de Villanueva

Velezmoro dentro del “tráfico de influencias en cadena” o de la “instigación en cadena”.

9.3. De este modo, la versión de Mendoza Oviden establece la vinculación y responsabilidad de Villanueva Velezmoro para que aquel acepte los S/ 80 000 (ochenta mil soles) de parte de Vertiz Cellerini; sindicación que se corroboraría con los hechos probados referidos a que Villanueva Velezmoro se contactó con la abogada Maritza Carrillo Montalvo para averiguar sobre el trámite de la ampliación de construcción, y este mantuvo una comunicación constante con Mendoza Oviden coordinando para averiguar sobre el trámite de la solicitud de Vertiz Cellerini.

De ello resulta claro que el órgano de primera instancia, al emitir la resolución, no desarrolló o hizo mención expresa del término de “instigación en cadena” o de “tráfico de influencias en cadena”, sino que sustentó la responsabilidad de Villanueva Velezmoro como cómplice primario por haber influenciado en Mendoza Oviden para que acepte el dinero de Veliz Cellerini y, posteriormente, ayudar también con el trámite (lo cual se encuentra perfectamente encuadrado en los alcances de la complicidad primaria para el delito de tráfico de influencias, según el Acuerdo Plenario número 03-2015)³.

Décimo. Recurrida la sentencia por Villanueva Velezmoro y realizada la audiencia de apelación, la Sala Superior se pronunció con la sentencia de vista (foja 259), que revocó la condena y lo absolvió en virtud de que:

10.1. Existe contradicción en la versión de Mendoza Oviden porque inicialmente indicó que la tratativa fue con el alcalde Torres Gonzales quien solicitó un departamento a cambio de su ayuda; luego, USD 100 000 (cien mil dólares estadounidenses); y, finalmente, quedaron en S/ 80 000 (ochenta mil soles). Empero, en un segundo momento este varió su versión y precisó que, ante la

³ En el fundamento jurídico 15 se desarrollaron los aspectos doctrinarios del delito materia de autos, y del apartado 15.7. al 15.10 específicamente se habló de la complicidad en este delito, de lo cual se concluyó que la participación debe darse necesariamente antes de la consumación del delito, siendo instigador quien busque al traficante para ofrecerle la prebenda,

mientras que cómplice primario quien refuerce la idea psicológica del vendedor de influencia para aceptar el trato.

negativa de recibir el dinero por parte de Torres Gonzales, buscó a VillanuevaVelezmoro para que intercediera y este le dijo que lo recibiera porque conversaría con Torres Gonzales.

- 10.2.** Al verificar el aporte material o psicológico respecto a la invocación de las influencias reales o simuladas, a tono con el ejemplo que se grafica en el Acuerdo Plenario número 03-2015, se concluye que del título de imputación contra Villanueva Velezmoro no aparece con nitidez que este haya prestado auxilio o apoyo en la invocación de influencias por parte de Mendoza Oleden y que, más allá de lo vertido por este último, no existen pruebas objetivas que ratifiquen la participación de Villanueva Velezmoro antes de que Mendoza Oleden aceptara el dinero de Vertiz Cellerini.
- 10.3.** Asimismo, aun cuando en autos obra la transcripción de audio de las comunicaciones (vía mensajes y llamadas telefónicas) sostenidas entre Mendoza Oleden y Villanueva Velezmoro, se aprecia que estas se produjeron en mayo y septiembre de dos mil catorce, esto es, con fecha posterior a la compra venta de influencia e incluso del depósito dinerario realizado en la cuenta bancaria de Mendoza Oleden (del veinticinco de marzo de dos mil catorce).
- 10.4.** Así, en el supuesto antes señalado que involucra las conversaciones entre Villanueva Velezmoro y Maritza Carillo Montalvo de la Gerencia de Urbanismo, estas serían actos de corrupción que, puntualmente, no se asimilarían al delito de tráfico de influencias, sino a otros a los que dicha Sala Superior se encuentra impedida de reconducir.

Por lo tanto, se concluye que la Sala Superior consideró que la vinculación de Villanueva Velezmoro para influenciar en Mendoza Oleden para que acepte el dinero ofrecido por Vertiz Cellerini no se encontró acreditada con ningún elemento de prueba; y, más bien, su única participación ocurrió con posterioridad a la consumación del delito de tráfico de influencias.

Undécimo. Sin embargo, el tema en cuestión surgió de lo expuesto en el considerando quinto de la sentencia de vista, en que el Colegiado Superior agregó: “Por otro lado, la sentencia condenatoria se sustenta en lo que

la doctrina denomina ‘el tráfico de influencias en cadena’ [...]”, criterio que usa para reforzar el hecho de que, aun cuando se hubieran probado las conversaciones entre Mendoza Oliden y Villanueva Velezmoro, y el interés de este último en el trámite del pedido, aquellas habrían ocurrido con posterioridad a la consumación del tráfico de influencias, y la redacción actual del artículo 400 del Código Penal no admite el tráfico en cadena. Es decir, la Sala Superior, de forma innecesaria, afirmó que la sentencia de primera instancia se habría sustentado en el tráfico en cadena cuando ello no fue invocado ni desarrollado por la sentencia de primera instancia o, mucho menos, en la acusación fiscal (como se detalló precedentemente).

Duodécimo. En ese sentido, resulta evidente que el error en la argumentación empleada se puede calificar como un exceso generado al momento de expedir la resolución de vista por los miembros de la Sala Superior, al incluir temas no invocados por el titular de la acción penal ni el órgano de primera instancia. Ello generó que el fiscal superior plantee la casación en busca de criterios de desarrollo doctrinario que no fueron debatidos ni discutidos en el juicio o aplicados en forma directa al caso de autos por no tratarse de la situación planteada (más aún si dicho representante del Ministerio Público no hizo ningún desarrollo o precisión necesarios en la audiencia de la vista de la presente causa, más allá de reiterar el pedido de su escrito).

Decimotercero. Esta Sala Suprema debe precisar como criterios doctrinarios dogmáticos que:

13.1. Las teorías doctrinarias que admiten la posibilidad del tráfico de influencias en cadena o, mejor dicho, la instigación en cadena se apoyan en la corriente funcionalista, que aún no se encuentra completamente incorporada a nuestro Código

Penal por tener una orientación de base finalista (salvo que está regulado en el Código Penal español⁴). Así, esta figura de instigación en cadena se entiende de la posibilidad de imputación de responsabilidad al instigador del instigador (*ad infinitum*) hasta llegar al vendedor de influencias.

- 13.2.** Empero, no debe olvidarse que el delito de tráfico de influencias es una figura que adelanta las barreras de punibilidad (pues en teoría sanciona los actos preparatorios de otros delitos de corrupción de funcionarios). Por ello, considerar la instigación en cadena para este tipo penal acarrearía una sanción aún más adelantada de los actos preparatorios, que en la doctrina actual no cuenta con el consenso mayoritario sobre si dichas conductas conllevan real lesividad o peligro al bien jurídico tutelado.

Decimocuarto. De tal manera que, en el caso de autos, existió una indebida apreciación del tema propuesto para la doctrina jurisprudencial que se pretende debido a que en la acusación fiscal y la sentencia de primera instancia nunca se postuló o hizo mención a la instigación en cadena o el tráfico de influencias en cadena. Por ello, el supuesto fáctico en el que se sustenta el pedido casacional no ha desarrollado en qué consiste ni cómo se produciría en dicha figura jurídica penal, puesto que el titular de la acción penal consideró que

⁴ Que en su artículo 429 señala que: *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por tiempo de seis a diez años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.*

la conducta desplegada por Villanueva Velezmoro se encuadraba como cómplice primario, sin diferenciar la función realizada con los demás procesados, sobre la base de la declaración ampliatoria de Mendoza Oliden (por las llamadas y los mensajes intercambiados, así como la comunicación con la abogada Maritza Carrillo Montalvo); además, sin tener en cuenta que la instigación en cadena debería manifestarse **antes** de la consumación del hecho que se materializa con el acuerdo ilegal (que, en este caso, se dio con la recepción de los S/ 80 000 –ochenta mil soles– el veinticinco de marzo de dos mil catorce).

Decimoquinto. Por los considerandos precedentes, se llega a la conclusión de que los temas propuestos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial carecen de objeto para el caso de autos y se sustentan en un exceso de argumentos innecesarios en la motivación de la Sala Superior, tras analizar detalladamente la documentación recabada, y se entiende que la absolución se basó en la falta de pruebas, mas no en criterios de interpretación jurídica. Por lo tanto, se debe declarar infundada la casación propuesta por el titular de la acción penal al no encontrar (en la actualidad y para el caso en concreto) temas para el interés casacional.

§ V. Costas procesales

Decimosexto. Finalmente, si bien el numeral 3 del artículo 497 del Código Procesal Penal establece que las costas están a cargo de la parte vencida, el numeral 1 del artículo 499 del aludido cuerpo normativo establece que se encuentran exentos del pago de costas, entre otros, los representantes del Ministerio Público. Por ello, considerando que el presente recurso fue motivado por el titular de la acción penal, no corresponde la imposición de las costas procesales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADA** la casación interpuesta por el representante del **Ministerio Público** y, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista del ocho de junio de dos mil dieciocho, que revocó la del dos de febrero de dos mil dieciocho, en el extremo en el que condenó a **Juan Martín Villanueva Velezmoro** como cómplice primario del delito contra la administración pública-tráfico de influencias, en perjuicio del Estado; y, reformándola, lo absolvió.
- II. **EXONERARON** a la parte recurrente del pago de las costas procesales, de conformidad con el numeral 1 del artículo 499 del Código Procesal Penal.
- III. **DISPUSIERON** que se archive el cuaderno de casación, con transcripción de esta ejecutoria al Tribunal Superior. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CE/ran



**CORTÉ SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 301-2016
LIMA**

Proscripción de responsabilidad objetiva

Sumilla. De conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, *“la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”*. En otras palabras, la responsabilidad penal únicamente por el mero resultado no tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico, se exige ineludiblemente que el agente lo haya provocado dolosa o culposamente y que ello se encuentre suficientemente probado. Asimismo, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo doce del mismo cuerpo normativo, *“el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”*; de lo cual se tiene que si se verifica que, como producto de una acción culposa, se produjo un resultado típico, solo podrá ser sancionada penalmente la misma si en el texto normativo correspondiente al tipo penal taxativamente se admite forma culposa.

Lima, treinta de mayo de dos mil diecisiete

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por las defensas técnicas de Aníbal Zapata Ávalos e Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, y el representante del Ministerio Público contra la sentencia expedida el diez de diciembre de dos mil quince por el Colegiado “B” de la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, que resolvió lo siguiente: i) declarar fundada la excepción de prescripción a favor de Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuéllar Cajahuaringa y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa, por el delito de omisión, rehusamiento y demora de actos funcionales, en agravio del Estado-INPE; ii) declarar infundada la excepción de prescripción planteada por el abogado de Víctor Valentín Maguiña Rengifo y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa en el proceso que se les sigue por delito de uso de documento público falso, en agravio del Estado-Poder Judicial, INPE y de los magistrados Robinson Ezequiel Lozada Rivera y César Augusto Tuya Jara; iii) declarar infundadas la excepciones de cosa juzgada y de naturaleza de acción planteadas por el abogado de Víctor Valentín Maguiña Rengifo, en el proceso que se le sigue por los delitos que se indican a continuación: a) uso de documento público falso, en agravio del Estado-Poder Judicial, INPE y de los magistrados Robinson Ezequiel Lozada Rivera y César Augusto Tuya Jara; b) encubrimiento personal en agravio del Estado; y c) asociación ilícita para delinquir en agravio también del Estado; iv) declarar infundada la excepción de naturaleza de acción, planteada por



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 301-2016
LIMA**

el abogado de Víctor Valentín Maguiña Rengifo en el proceso que se le sigue por el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, en agravio del Estado-INPE; v) absolver a Carla Erika María López Gonzales, Aníbal Zapata Ávalos, Christian Motte Ramírez Gastón, Walter Ruperto Avilés Villar, Luis Felipe Navascues Tello, Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuellar Cajahuaringa, y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa; todos respecto a la acusación fiscal formulada en contra de los referidos encausados por el delito de asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; vi) absolver a Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuéllar Cajahuaringa, Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa y Milder Francisca Linares Salas; todos respecto a la acusación fiscal formulada en contra de los referidos encausados por el delito de uso de documento público falso, en agravio del Estado-Poder Judicial, INPE, y los magistrados Robinson Ezequiel Lozada Rivera y César Augusto Tuya Jara; vii) absolver a Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuéllar Cajahuaringa y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa; todos respecto a la acusación fiscal formulada en contra de los referidos encausados por el delito de encubrimiento personal, en agravio del Estado-Poder Judicial; viii) condenar a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, como autora, y a Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés Villar, como instigadores, respecto al delito de uso de documento público falso, en agravio del Estado- Poder Judicial, INPE y de los magistrados Robinson Ezequiel Rivera y César Augusto Tuya Jara; y, asimismo, condenando a la referida encausada, adicionalmente, como autora del delito de encubrimiento personal, en agravio del Estado-Poder Judicial. E imponiéndoles por tales delitos las consecuencias jurídicas que a continuación se indican: a) Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés Villar: cinco años de pena privativa de libertad; b) Ysabel Betsabé Guerrero Portilla: cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta; pena de inhabilitación por el término de la condena, de conformidad con los numerales uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; y, por concepto de reparación civil por el delito de encubrimiento personal, la suma de quinientos soles, la cual deberá ser pagada por la referida encausada a favor del Estado-Poder Judicial; c) Aníbal Zapata Ávalos, Walter Ruperto Avilés Villar e Ysabel Betsabé Guerrero Portilla: ciento ochenta días multa a favor del Estado; y, asimismo, fijándose en cuatro mil quinientos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar dichos sentenciados, de manera solidaria, a favor del Estado-Poder



Judicial, INPE y los magistrados Robinson Ezequiel Lozada Rivera y César Augusto Tuya Jara, por el delito de uso de documento público falso.

Intervino como ponente el señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

1.1. DEFENSA TÉCNICA DE LA SENTENCIADA GUERRERO PORTILLO

Sostiene lo siguiente:

- 1.1.1. La sentencia impugnada adolece de insuficiencia probatoria.
- 1.1.2. El accionar de su patrocinada obedeció a que recibió órdenes de su superiora jerárquica Karina Cárdenas Vilcañaupa, a pesar de que le puso en conocimiento de que la secretaria judicial que firmaba los oficios de las libertades no se encontraba registrada como tal. Se debe aplicar la eximente de responsabilidad penal referida a la obediencia debida (numeral nueve del artículo veinte del Código Penal).
- 1.1.3. No existió dolo ni concurren los elementos configurativos de los delitos materia de impugnación.
- 1.1.4. No es responsabilidad de su patrocinada ir al Juzgado o la Sala para verificar las firmas de los magistrados o secretarios; tal verificación corresponde al Área de Libertades.
- 1.1.5. De los actuados no aparece que en el año dos mil ocho se le haya entregado a su patrocinada el Manual de Procedimientos de Libertades.
- 1.1.6. Se ha soslayado el principio de cosa juzgada y *non bis in idem*, en tanto que su patrocinada ya había sido sancionada administrativamente por el INPE con la medida disciplinaria de cese temporal por treinta y cinco días.

1.2. DEFENSA TÉCNICA DEL SENTENCIADO ZAPATA ÁVALOS

Sostiene lo siguiente:

- 1.2.1. En la sentencia impugnada no se ha tenido en cuenta que no puede instigarse a quien ya decidió cometer el delito. No se ha probado que su patrocinado realizó acciones de instigación con relación al delito que se le acusa, esto es, no se ha demostrado de qué manera influyó en sus coacusados, debiendo prevalecer el principio de presunción de inocencia.



1.3. REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Sostiene lo siguiente:

- 1.3.1. Existe suficiencia probatoria respecto a la responsabilidad penal de los encausados absueltos por los delitos de uso de documento público falso, encubrimiento personal y asociación ilícita.
- 1.3.2. Existió pluralidad de intervinientes en la tramitación de los oficios para la excarcelación cuestionada; de ahí que se tenga acreditado el delito de asociación ilícita.
- 1.3.3. Las penas privativas de libertad impuestas por la Sala Superior carecen de sustento, correspondiendo que sean incrementadas de conformidad con los términos de la acusación fiscal.

SEGUNDO. OPINIÓN FISCAL¹

Mediante Dictamen número mil doscientos setenta-dos mil dieciséis-MP-FN-1°FSP, el representante de la Primera Fiscalía Suprema Penal **OPINÓ** que se declare **HABER NULIDAD** en el extremo de la sentencia recurrida, que impone a Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés Villar la pena privativa de libertad de cinco años, por el delito de uso de documento público falso, en calidad de instigadores; y en el extremo que impone a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla la pena privativa de libertad de cuatro años, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, en calidad de autora de los delitos de uso de documento público falso y encubrimiento personal; y **REFORMÁNDOLA** se imponga a Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés Villar las penas privativas de libertad de siete y nueve años, respectivamente; y a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla la pena privativa de libertad de nueve años; asimismo, **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene.

TERCERO. CONTENIDO DE LA ACUSACIÓN²

3.1. HECHO IMPUTADO

En lo que resulta pertinente para la evaluación de los recursos de nulidad interpuestos, debe señalarse que se imputa a la procesada Guerrero Portilla que, en su condición de jefa de Mesa de Partes de la ORL-INPE, conjuntamente con otros servidores de dicha institución, omitieron observar el trámite regular establecido para la recepción y

¹ Fojas sesenta y siete a ochenta y seis del cuaderno de recurso de nulidad.

² Fojas dos mil ochenta y ocho a dos mil ciento diecisiete.



tramitación de las libertades, permitiendo que oficios fraudulentos continuaran su trámite administrativo hasta la excarcelación de internos –entre los cuales se encontraba el ciudadano colombiano Zapata Ávalos, el cual venía cumpliendo un mandato de detención–.

Asimismo, en lo que respecta al encausado Zapata Ávalos, es de señalar que, de conformidad con los términos de la acusación fiscal, con fecha seis de febrero de dos mil nueve, Carla Erika López Gonzales presentó un oficio suscrito supuestamente por el Juez César Augusto Tuya Jara, para la excarcelación del referido encausado –recluido en el establecimiento penitenciario Miguel Castro Castro por delito de tráfico ilícito de drogas–; siendo que dicho documento era falso y fue consignado en el Libro de Libertades Secretarios–Junio del año 2008 y 2009, en el mismo que aparece la firma, sello e impresión dactilar de supuesta secretaria judicial; suplantación que ha sido acreditada con el Informe técnico IP-AFIS número trescientos sesenta y seis-dos mil nueve/DDG/DGR/RENIEC y conclusiones del Informe pericial dactiloscópico número trescientos veintiséis-dos mil nueve/DDG/CRI/RENIEC³.

3.2. CALIFICACIÓN JURÍDICA

Por los hechos materia de imputación, el representante del Ministerio Público imputó a los procesados los delitos de asociación ilícita para delinquir, tipificado en el artículo trescientos diecisiete; omisión o retardo de actos de función, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete; encubrimiento personal, tipificado en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos cuatro; uso de documento público falso, tipificado en el segundo párrafo del artículo cuatrocientos veintisiete; y falsedad genérica, tipificado en el artículo cuatrocientos treinta y ocho del Código Penal.

Art. 404. Encubrimiento personal

El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley Nº 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley Nº 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

³ Para un mayor detalle de los hechos materia de imputación, véase el texto íntegro de la acusación fiscal.



Art. 427. Uso de documento público falso

El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido; si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado.

El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas.

3.3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS SOLICITADAS

De conformidad con la acusación fiscal, el representante del Ministerio Público solicitó que se imponga a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés, entre otros acusados, en lo que respecta a pena privativa de libertad, quince años.

CONSIDERANDO

PRIMERO. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En la sentencia materia de impugnación, en lo que respecta a la condena de la encausada Guerrero Portilla, se sustentó fundamentalmente en lo siguiente:

- 1.1. Respecto al delito uso de documento público falso, su condena obedeció a que: i) en su condición de jefa de Mesa de Partes de la Dirección Regional de Lima del INPE, recepcionó los cuatro oficios de libertad fraudulentos, sin haber cumplido con verificar la identidad de la persona que los presentó y que estuviera autorizada para tramitarlos, pese a lo cual colocó al reverso el sello de libertad en color rojo, tramitándolos directamente al Área de Libertades de la Oficina de Procesamiento de la ORL INPE; de ese modo, permitió que los mencionados oficios siguieran su trámite administrativo; ii) de sus declaraciones se advierte que conocía los pasos que debía cumplir para los referidos trámites; iii) para el trámite de los oficios de libertad ante el INPE existía un Manual de Procedimientos a seguir, en el cual se establecen las obligaciones de cada uno de los servidores y funcionarios del INPE a cumplir de la presentación hasta la culminación y ejecución de la excarcelación; iv) el primer filtro era la jefa de Mesa de Partes, sin que ella apreciara si se habían cumplido los requisitos no podía procederse a la libertad; v) si bien sindicó a su coacusada Cárdenas Vilcañaupa de haberla obligado a recibir los oficios de libertad, ello no es coherente, dado que ningún funcionario o servidor público está obligado a ejecutar



acciones no ajustadas a la ley menos alegar el desconocimiento de la misma como argumento de defensa, por lo que existió dolo en su accionar, el cual estuvo ligado a la excarcelación de los cuatro internos.

1.2. En lo atinente al delito de encubrimiento personal, su condena obedeció a que el accionar estuvo orientado a lograr la excarcelación de los reos en cárcel, siendo así, el despliegue de la actividad solo podía haber sido desarrollado por quien conocía la ilicitud de los documentos falsos quien era la referida encausada, cuyo dolo era lograr la libertad de los cuatro internos.

1.3. En cuanto a la condena del sentenciado Zapata Ávalos como instigador del delito de uso de documento público falso, la misma se sustentó fundamentalmente en que: i) el seis de febrero de dos mil nueve se encontraba en calidad de interno por el delito de tráfico ilícito de drogas; ii) si bien negó haber tenido conocimiento de que se tramitó un proceso de *habeas corpus* a su nombre y conocer a sus coacusados, lo cierto es que ello constituye un natural medio de defensa, en tanto que a la fecha de la ilegal excarcelación venía cumpliendo su condena y no se encontraba en giro trámite alguno de beneficio penitenciario ni de cumplimiento de pena; y iii) de forma inmediata a su excarcelación abandonó el país con destino a su país natal, Colombia, todo lo cual evidencia que conocía la ilegalidad de su liberación, no siendo para ello necesario que haya conocido a la totalidad de sus coacusados.

SEGUNDO. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO

El pronunciamiento de esta Sala Suprema se circunscribe a determinar si las absoluciones resueltas en la sentencia impugnada, la pena privativa de libertad de cinco años impuesta a Walter Ruperto Avilés Villar como instigador del delito de uso de documento público falso, la responsabilidad penal de Ysabel Betsabé Guerrero Portilla por los delitos de uso de documento público falso y encubrimiento personal, y la responsabilidad penal y condena del sentenciado Anibal Zapata Ávalos son conformes a derecho.



TERCERO. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO

SOBRE LAS ABSOLUCIONES RESUELTAS EN LA SENTENCIA IMPUGNADA

3.1. Como se indicó antes, el representante del Ministerio Público ha impugnado la sentencia de primera instancia en la totalidad de sus extremos absolutorios.

3.2. Una nota esencial del principio acusatorio consiste en que por su imperio corresponde a la Fiscalía no solo acusar, sino también sostener la acusación; y, en su caso, interponer el recurso para el respectivo pronunciamiento del Tribunal revisor⁴.

3.3. De manera que, en caso de que el representante del Ministerio Público interponga el recurso correspondiente contra una sentencia absolutoria y su superior jerárquico exprese conformidad con la absolución; se tendrá un símil al desistimiento de la persecución del delito o, lo que es lo mismo, la imputación penal se habrá difuido, no pudiendo el órgano jurisdiccional seguir con el proceso por no existir carga en contra de quien fuera encausado/a. Debe tenerse presente que, por el principio institucional de jerarquía al interior del Ministerio Público –en el cual se encuentra implicado el de unidad–, la posición del superior en grado prima sobre la expuesta en sede anterior por el Fiscal inferior⁵.

3.4. En tal sentido, en virtud del principio acusatorio y de los principios de unidad y jerarquía que rigen en el Ministerio Público, una vez formulada la acusación, si luego se emite una sentencia de primera instancia de contenido absolutorio; en caso de que la misma sea impugnada por el Fiscal correspondiente y el representante del Ministerio Público superior en grado se pronuncie a favor de la absolución justificándola y, consecuentemente, de forma contraria a la impugnación de su inferior jerárquico, corresponde al órgano jurisdiccional revisor confirmar la absolución.

⁴ Cfr. entre otras, Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. número mil trescientos cuarenta y siete-dos mil trece-Lima, de fecha primero de abril de dos mil catorce, fundamento jurídico cuarto.

⁵ Cfr. entre otras, Ejecutorias Supremas recaídas en el R. N. número mil trescientos cuarenta y siete-dos mil trece-Lima, de fecha primero de abril de dos mil catorce, fundamento jurídico quinto; en el R. N. número cuatrocientos noventa y uno-dos mil trece-Huánuco, de fecha nueve de mayo de dos mil catorce, fundamento jurídico séptimo; en el R. N. número dos mil cuatrocientos sesenta y nueve-dos mil quince-Puno, de fecha primero de agosto de dos mil dieciséis, fundamento jurídico dos punto tres; y en el R. N. número dos mil doscientos treinta y dos-dos mil catorce-Áncash, de fecha primero de agosto de dos mil dieciséis, fundamento jurídico sexto.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 301-2016
LIMA**

3.5. En el presente caso, tal y como se tiene indicado en la presente Ejecutoria, la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, en su dictamen, ha opinado en el sentido de que se declare haber nulidad únicamente en el extremo de la sentencia recurrida en que se impone a Aníbal Zapata Ávalos y Walter Ruperto Avilés Villar la pena privativa de libertad de cinco años, por el delito de uso de documento público falso, en calidad de instigadores; y en el extremo que impone a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla la pena privativa de libertad de cuatro años, suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años, en calidad de autora de los delitos de uso de documento público falso y encubrimiento personal. En los demás extremos de la sentencia impugnada, incluidos los referidos a las absoluciones, la opinión del Fiscal Supremo es que los mismos sean confirmados, es decir, está de acuerdo con dichas absoluciones. La posición del indicado representante del Ministerio Público se sustenta, principalmente, en que, si bien el accionar de los mismos fue indispensable para la consumación de los ilícitos penales, este se dio en pleno ejercicio de sus funciones conforme al Manual de Procedimiento y Actividades de Registro Penitenciario del INPE, no existiendo elementos de prueba que los vinculen con la comisión dolosa de los ilícitos penales materia de acusación. No se encontraban obligados a realizar un nuevo control sobre la identidad y registro autorizado del secretario que ejecuta la entrega del oficio ordenando la libertad de los internos. Respecto al delito de asociación ilícita para delinquir, precisó que, si bien se trató de un accionar conjunto desplegado por varias personas, no se advierte la existencia del elemento de la permanencia como vínculo estable y duradero, tanto más si tampoco se ha acreditado la estructura jerárquica de la presunta organización; de ahí que no se haya configurado el referido ilícito penal.

3.6. Como se advierte, la opinión del Fiscal Supremo es contraria al parecer del Fiscal Superior, el cual interpuso el recurso de nulidad contra los extremos absolutorios de la sentencia de primera instancia. De manera que el Fiscal Supremo, por ser tal, expresa la posición institucional del Ministerio Público, que en el presente caso resulta ser no inculpativa respecto a los sentenciados absueltos, la misma que justifica adecuadamente. En tal sentido, dicha pretensión penal que, en su momento, fuera planteada por la Fiscalía al formular acusación, dejó de existir. De ahí que corresponda



a este Supremo Tribunal confirmar los referidos extremos absolutorios de la sentencia impugnada. Son de aplicación el principio acusatorio, y los de unidad y jerarquía que rigen en el Ministerio Público.

SOBRE LA PENA IMPUESTA A WALTER RUPERTO AVILÉS VILLAR

3.7. Conforme se expresó en la sección "Fundamentos de la impugnación" de la presente Ejecutoria, el representante del Ministerio Público cuestionó las penas privativas de libertad impuestas a los condenados. Respecto al sentenciado Zapata Ávalos y a la encausada Guerrero Portilla el pronunciamiento se hará en las siguientes secciones.

3.8. En cuanto a la pena privativa de libertad de cinco años impuesta al sentenciado Avilés Villar como instigador del delito de uso de documento público falso, esta Sala Suprema estima acorde a los fines de la pena y proporcional la pena privativa de libertad efectiva impuesta al referido encausado. Por lo que corresponde que la sentencia de primera instancia sea confirmada en tal extremo.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA ENCAUSADA GUERRERO PORTILLA

3.9. De conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal "*la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*". En otras palabras, la responsabilidad penal únicamente por el mero resultado no tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico, se exige ineludiblemente que el agente lo haya provocado dolosa o culposamente y que ello se encuentre suficientemente probado. Asimismo, según lo establecido en el segundo párrafo del artículo doce del mismo cuerpo normativo, "*el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley*"; de lo cual se tiene que si se verifica que, como producto de una acción culposa, se produjo un resultado típico solo podrá ser sancionada penalmente la misma si en el texto normativo correspondiente al tipo penal taxativamente se admite forma culposa. Finalmente, del artículo dieciséis del Código Penal, según el cual "*en la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer [...]*", se desprende que el delito doloso requiere no solo conocimiento sino también voluntad de resultado.



3.10. Del análisis de la sentencia impugnada, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica de la encausada Guerrero Portilla y otros actuados, se advierte que solo se tiene como acreditado que dicha encausada, en el ejercicio de su función como Jefa de Mesa de Partes de la Dirección Regional de Lima del INPE, recepcionó cuatro oficios de libertad fraudulentos, incumpliendo su deber de verificar la identidad de la persona que los presentó y su autorización para tramitarlos. La encausada justifica su accionar o bien aduciendo que desconocía los alcances del Manual de Procedimientos y Actividades del Registro Penitenciario⁶ o bien sindicando a la encausada Karina Cárdenas Vilcañaupa, subdirectora de la Oficina de Registro Penitenciario (superior jerárquica de la encausada)⁷, haberle ordenado expresamente la tramitación de los dos oficios de libertad del quince de diciembre de dos mil ocho (con lo cual cumplió), pese a que ella (Guerrero Portilla) se dio cuenta de que no se seguía el trámite respectivo.

3.11. En cualquier caso, a lo más, solamente se puede afirmar que la encausada Guerrero Portilla obró de forma negligente o sin el cuidado debido. Desde que ingresó a laborar al INPE tenía el deber de observar las normas reglamentarias aplicables al ejercicio de su función y, asimismo, asumiendo que recibió la referida orden de su superior jerárquica, no estaba obligada a acatarla al ser evidente que la misma no se encontraba revestida de las formalidades de ley o de jurisdicción necesarias. Los elementos probatorios obrantes en autos al respecto⁸ únicamente redundan en que incumplió con su deber funcional de verificar la identidad de la persona que los presentó y su autorización para tramitarlos.

3.12. Sin embargo, al no existir forma culposa en los delitos de uso de documento público falso y encubrimiento personal, necesariamente debe verificarse que la encausada Guerrero Portilla actuó voluntariamente o que se decidió a cometer los delitos que se le imputan y, consecuentemente, a beneficiar a los internos cuya libertad ambulatoria resultó favorecida, lo cual no aparece. En efecto, no existe dato probatorio alguno en el sentido de que, a manera de ejemplo, se haya comunicado por algún medio con los

⁶ Fojas trescientos treinta y uno a trescientos cuarenta y cuatro.

⁷ Fojas mil setecientos quince a mil setecientos veintitrés.

⁸ Fojas mil setecientos noventa y tres a mil setecientos noventa y ocho, mil setecientos ochenta y cinco a mil setecientos noventa y dos, entre otros.



internos favorecidos o sus abogados, o que haya realizado alguna diligencia intercediendo ante otros funcionarios del INPE a efectos de coadyuvar a la eficacia del trámite de las libertades; elementos probatorios que sí darían cuenta de un accionar doloso. Consecuentemente, habiéndose acreditado únicamente la falta de cuidado de la encausada Guerrero Portilla en el desempeño de sus funciones como jefa de Mesa de Partes de la Dirección Regional de Lima del INPE, corresponde absolverla de los cargos materia de acusación. Es de aplicación el principio de proscripción de responsabilidad objetiva.

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CONDENA DEL SENTENCIADO ANÍBAL ZAPATA ÁVALOS

3.13. Primeramente, atendiendo a que Aníbal Zapata Ávalos fue sentenciado como instigador del delito de uso de documento público falso, conviene tener en cuenta que la instigación constituye una forma de participación delictiva regulada en el artículo veinticuatro del Código Penal, el cual la conceptualiza normativamente así: *"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor"*. El instigador hace surgir en un tercero una idea delictiva específica en el autor del hecho, si este tiene una predisposición general a cometer delitos, ello no es óbice para que sea instigado a cometer un nuevo y distinto delito en lo que respecta a los sujetos comprendidos en el mismo (ilícito penal singular). Para Hurtado Pozo, el instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero, persuade a este para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, la instigación se produce en forma mediata (semejante a la autoría mediata). La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, sin necesidad de que las conozca personalmente⁹.

⁹ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Cuarta Edición, Lima, 2011. p. 171.



3.14. Del análisis de la sentencia impugnada, el recurso de nulidad interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Zavala Ávalos y otros actuados, se advierte que su condena es conforme a derecho.

3.15. Para arribar a la conclusión señalada precedentemente, resulta pertinente la utilización de prueba indiciaria. El hecho inferido (principal) a probar es el comprendido en el objeto del proceso penal correspondiente, de forma específica, al sentenciado Zavala Ávalos, esto es, esclarecer si determinó a un tercero a falsificar su oficio de libertad a efectos de resultar favorecido con el egreso del centro penitenciario en el cual se encontraba.

3.16. Como indicios o datos fácticos periféricos probados respecto al hecho principal a probar, se tienen los siguientes: i) el Oficio número cero noventa y cuatro-cero nueve-décimo cuarto JPL-GNAQ.HC, de fojas quinientos sesenta y siete, dirigido al director de la Oficina de Ingresos y Egresos de Lima y Callao, mediante el cual se consigna que el Juez del Décimo Cuarto Juzgado Penal de Lima comunica y solicita a dicho director que se sirva a disponer la inmediata libertad del procesado Aníbal Zapata Ávalos, en virtud de haberse declarado procedente una acción de *habeas corpus*; ii) el Informe pericial dactiloscópico número doscientos treinta y seis-dos mil nueve/DDG/GRI/RENIEC, de fojas novecientos treinta y cinco a novecientos treinta y siete, en el cual se concluye que las impresiones dactilares registradas a lado del sello pos firma y rúbrica a nombre de la trabajadora judicial Graciela Nieves Ayestas Quicaño en el original del Oficio número cero noventa y cuatro-cero nueve-décimo cuarto JPL-GNAQ.HC, de fecha seis de febrero de dos mil nueve, dactiloscópicamente corresponde a la impresión dactilar del dedo índice derecho de la ciudadana Carla Erika María López Gonzales, para quien al momento actual, al ser reo ausente, se encuentra reservado el proceso que se le sigue por los delitos de uso de documento público falso, encubrimiento personal, entre otros, de conformidad con la parte resolutive de la sentencia impugnada; iii) el documento expedido por la Subdirección de Registro Penitenciario del INPE, de fojas dos mil doscientos cincuenta y ocho, expedido el catorce de agosto de dos mil quince, el cual da cuenta de que el encausado Zapata Ávalos estuvo privado de su libertad en virtud de un proceso por



tráfico ilícito de drogas desde el once de febrero de dos mil ocho hasta el siete de febrero de dos mil nueve, egresó del centro penitenciario dicho día en razón de un proceso favorable de *habeas corpus*; iv) la verificación de los actuados en el sentido de que a la fecha de la excarcelación del sentenciado Zavala Ávalos no existía trámite alguno de beneficio penitenciario; y v) su viaje al país de Colombia el mismo día de su excarcelación, pese a que –según afirmó– desconocía que a su nombre se tramitó un *habeas corpus*, conforme se corrobora con su propia declaración brindada en juicio oral en la sesión de audiencia del siete de septiembre de dos mil quince –fojas dos mil trescientos cuarenta y cuatro a dos mil trescientos cuarenta y seis–.

3.17. De lo expresado en el primer párrafo del considerando precedente, se tiene que los indicios existentes no solo se encuentran probados, sino que también son plurales, concuerdan y convergen en que el sentenciado Zapata Ávalos instigó a una tercera persona a emplear específicamente el falso oficio de su libertad, tenía conocimiento de que liberación era irregular. Si bien no se ha determinado jurisdiccionalmente la autoría del delito, lo cierto es que, tal y como se desprende fácilmente del hecho imputado y de los indicios a los que se ha hecho referencia, la misma recaería en la persona de Carla Erika María López Gonzales, cuya situación jurídica –como también se indicó– es de reo ausente y se le ha reservado el proceso, y se encuentra implicada en la tramitación de otros oficios de libertad falsos¹⁰. Es de aplicación la máxima de la experiencia según la cual es remoto que alguien realice un trámite en el que se beneficiará considerablemente a una tercera persona utilizando un documento falso, y que esta tercera persona lo desconozca; es lo más probable y lógico que si haya tenido no solo conocimiento, sino que también especial interés e incluso que haya impulsado o promovido de algún modo el respectivo trámite. De ahí que la responsabilidad penal del sentenciado Zapata Ávalos como instigador del delito de uso de documento público falso se encuentre probada de modo suficiente, y se haya desvirtuado legítimamente su presunción de inocencia.

¹⁰ Fojas novecientos treinta y cinco a novecientos treinta y siete.



3.18. En cuanto a la pena privativa de libertad de cinco años que se le impuso como tal, esta Sala Suprema estima acorde a los fines de la pena y proporcional la pena privativa de libertad efectiva impuesta al referido encausado. Por lo que corresponde que la sentencia de primera instancia sea confirmada en tal extremo.

DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, los Jueces de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo:

I. DECLARARON HABER NULIDAD en la sentencia expedida el diez de diciembre de dos mil quince por la Primera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel, en el extremo que resolvió condenar a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla como autora del delito contra la fe pública-uso de documento público falso, en agravio del Estado-Poder Judicial, INPE y de los magistrados Robinson Ezequiel Rivera y César Augusto Tuya Jara, y, asimismo, como autora del delito contra la administración de justicia-encubrimiento personal, en agravio del Estado-Poder Judicial; y que le impuso como tal, entre otras consecuencias jurídicas, cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de determinadas reglas de conducta. **REFORMÁNDOLA**, absolvieron a la referida encausada de la acusación formulada en su contra por los mencionados delitos.

II. ORDENARON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado a Ysabel Betsabé Guerrero Portilla como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de su causa.

III. DECLARARON NO HABER NULIDAD en la sentencia impugnada en los extremos que absuelve a i) Carla Erika María López Gonzales, Aníbal Zapata Ávalos, Christian Motte Ramírez Gastón, Walter Ruperto Avilés Villar, Luis Felipe Navascues Tello, Ysabel Betsabé Guerrero Portilla, Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuellar Cajahuaringa y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa, de la acusación formulada en contra de los mismos



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N.º 301-2016
LIMA**

por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado; ii) Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Elvis Cuéllar Cajahuaringa, Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa y Milder Francisca Linares Salas, de la acusación formulada en contra de los mismos por el delito contra la fe pública-uso de documento público falso, en agravio del Estado-Poder Judicial, INPE y de los magistrados Robinson Ezequiel Rivera y César Augusto Tuya Jara; y iii) Víctor Valentín Maguiña Rengifo, Hernán Cuéllar Cajahuaringa y Karina Margot Cárdenas Vilcañaupa, de la acusación formulada en contra de los mismos por el delito contra la administración de justicia-encubrimiento personal, en agravio del Estado-Poder Judicial.

IV. DECLARARON NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene la referida sentencia.

V. MANDARON que se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

IASV/JIQA

19 ABR 2016

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA