



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

EL «DETERMINAR A OTRO» EN LA INSTIGACIÓN AL DELITO

**PRESENTADA POR
CHRISTIAN CHARLES MEDINA ALBORNOZ**

**ASESOR:
FELIPE ANDRÉS VILLAVICENCIO TERREROS**

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

LIMA – PERÚ

2018



**Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada
CC BY-NC-ND**

El autor 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/>



U N I V E R S I D A D D E
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

SECCIÓN DE POSGRADO

“EL «DETERMINAR A OTRO» EN LA INSTIGACIÓN AL DELITO”

TESIS PARA OPTAR

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

PRESENTADO POR:

CHRISTIAN CHARLES MEDINA ALBORNOZ

ASESOR:

DR. FELIPE ANDRÉS VILLAVICENCIO TERREROS

LIMA - PERÚ

2018

ÍNDICE

RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	viii
CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS METODOLÓGICOS	1
I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	4
1.2.1. Problema general	4
1.2.2. Problemas específicos	4
1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	4
1.3.1. Objetivo general	4
1.3.2. Objetivos específicos	4
1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS	5
1.4.1. Hipótesis general	5
1.4.2. Hipótesis específicas	5
II. DISEÑO METODOLÓGICO	5
2.1. Diseño de la investigación	5
2.1.1. Tipo de investigación	5
2.1.2. Niveles de Investigación	5
2.2. Aspectos éticos	6
CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO TEÓRICO	7

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y TEÓRICOS DE	
“DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL DELITO	7
I. LA INSTIGACIÓN A TRAVÉS DE LA HISTORIA JURÍDICA	7
1.1. Instigación en la época romana	7
1.2. Instigación en la época medieval	9
1.3. Instigación en la época moderna	13
II. INSTIGACIÓN EN LOS CODIGOS PENALES PERUANOS.....	18
2.1. Código penal de Vidaurre	18
2.2. Código penal de Santa Cruz	19
2.3. Código penal de 1863.....	20
2.4. Código penal de 1924.....	21
III. LA INSTIGACIÓN EN LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA AUTORÍA	
Y PARTICIPACIÓN	23
3.1. Teoría Unitaria.....	23
3.2. Teorías Diferenciadoras.....	24
3.2.1. Concepto restrictivo de autor y las teorías objetivas	24
3.2.1.1. Teoría formal objetiva.....	25
3.2.1.2. Teoría material objetiva	26
3.2.1.2.1. Doctrina del aporte necesario.....	28
3.2.1.2.2. Doctrina del momento de la intervención.....	28
3.2.1.2.3. Doctrina de supremacía del autor	29
3.2.2. Concepto extensivo de autor y las teorías subjetivas	30

3.2.2.1. Teorías del dolo.....	31
3.2.2.2. Teoría de interés	32
3.2.3. La teoría del dominio del hecho.....	33
SEGUNDA PARTE: DISCUSIÓN ENTORNO A LA VINCULACIÓN DEL FINALISMO CON EL “DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL DELITO.....	39
I. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA	39
1.1. Consideraciones previas	39
1.2. Fundamentos teóricos	40
1.3. La psicología y el finalismo	44
1.4. El finalismo en la teoría de la participación	45
1.5. La instigación en la teoría de la acción finalista.....	47
II. POSICIONES DOCTRINARIAS RESPECTO AL FUNDAMENTO DE “DETERMINAR A OTRO” EN LA INSTIGACIÓN	49
2.1. Posturas subjetivas	49
2.1.1. La postura de Beling.....	49
2.1.2. La postura de Liszt.....	50
2.1.3. La postura de Mezger.....	51
2.1.4. La postura de Merkel.....	52
2.1.5. La postura de M. E Mayer	53
2.1.6. La postura de Maurach	54
2.1.7. La postura de Jeschek.....	56

2.1.8.	La postura de Stratenwerth	57
2.1.9.	La postura de Roxin	58
2.1.10.	La postura de Gómez Rivero	59
2.2.	Posturas objetivas	61
2.2.1.	La postura de Hruschka	61
2.2.2.	La postura de Jakobs	62
2.2.3.	La postura de Frisch	64
2.2.4.	La postura de Olmedo Cardenete	65
2.2.5.	La postura de G. P. Fletcher	66
CAPÍTULO TERCERO: PROPUESTA DE DESARROLLO DEL CONCEPTO		
DE “DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL DELITO		68
I.	BASES TEÓRICAS DEL “DETERMINAR A OTRO”	68
1.1.	Antecedentes filosóficos	68
1.2.	El «determinar a otro» en la ciencia jurídico penal	79
II.	EL DETERMINAR A OTRO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE	82
2.1.	Posturas que fundamentan el “determinar a otro” con la teoría final de la acción.....	82
2.2.	Posturas que se alejan de la teoría final de acción como fundamento del “determinar a otro”	84
2.3.	Críticas a las posturas expuestas	85
2.4.	Propuesta conceptual de la conducta «determinar a otro»	87
2.5.	Aplicación práctica	90

2.6. Diferencia entre la conducta “determinar a otro” y la complicidad en el delito.....	92
III. EL DETERMINAR A OTRO EN LA JURISPRUDENCIA	94
3.1. Precisiones preliminares	94
3.2. Análisis de sentencias emitidas por la Corte Suprema.....	95
3.2.1. Casación 13-2011 Arequipa, de fecha 13 de marzo de 2012. Sala penal permanente de la Corte Suprema	95
3.2.2. R. N N° 4158-2011 Junín, de fecha 8 de mayo de 2012. Sala penal transitoria de la Corte Suprema	100
3.2.3. R. N N° 2966-2012 Lima, de fecha 21 de noviembre de 2013. Sala penal transitoria de la Corte Suprema.....	104
3.2.4. R. N N° 2966-2012 Lima, de fecha 21 de noviembre de 2013. Sala penal transitoria de la Corte Suprema.....	107
CONCLUSIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	123

RESUMEN

Esta investigación desarrolla la conducta “determinar a otro” inserta dentro del artículo 24 de nuestro código penal. Para ello se analiza, en base a teorías jurídicas, si es correcto seguir manteniendo el argumento sustentado en la “teoría de la acción finalista”. Comienzo explicando el avance histórico jurídico de la instigación en diferentes épocas y códigos penales, seguidamente se analiza la “teoría de la acción finalista”, las posturas que trataron la conducta “determinar a otro” y, finalmente, a modo de respuesta al problema planteado, se elabora una propuesta de desarrollo conceptual del mismo; todo ello no sin antes haber analizado la postura de la Corte Suprema respecto a la problemática planteada. Esta investigación es un intento de reelaboración conceptual de la conducta “determinar a otro”, contaminada desde hace más de un siglo con el argumento subjetivo: “influencia psicológica en otra persona para que delinca”.

ABSTRACT

This investigation develops the conduct "determine another" inserted within article 24 of our penal code. To do this, it is analyzed, based on legal theories, whether it is correct to continue maintaining the argument based on the "theory of finalist action". I begin explaining the legal historical advance of the instigation in different periods and penal codes, then the "finalist action theory" is analyzed, the positions that treated the behavior "determine another" and, finally, as a response to the problem posed, a conceptual development proposal is elaborated; all this not without first having analyzed the position of the Supreme Court regarding the issues raised.

This research is an attempt to re-conceptualize the conduct "determine another", contaminated for more than a century with the subjective argument: "psychological influence on another person to commit crimes".

INTRODUCCIÓN

Nuestro código penal nunca estableció límites para entender alguna institución jurídica vinculada a alguna norma que allí se describe. En la regulación de la participación en el delito es donde se puede comprobar aquello. Sin embargo, el desarrollo conceptual de algunas regulaciones del código penal referidas a la participación delictiva fue limitado por teorías que en gran medida estaban equivocadas. Por ello, la presente investigación busca explicar y demostrar que la forma de participación en el delito regulado en el artículo 24 de nuestro vigente código penal, adolece del defecto de haber sido conceptualizado como un proceso mental transmisible entre dos personas para cometer el delito.

La presente investigación inicia precisando los aspectos metodológicos que sirvieron de guía para el desarrollo del presente trabajo. En el segundo capítulo se desarrollan y evalúan cada una de las teorías y posturas que en alguna medida contribuyeron a elaborar el actual concepto de la conducta “determinar a otro” de la instigación al delito. Empezando por un análisis de la instigación en cada época de la historia jurídica y en cada uno de nuestros códigos penales anteriores al actual, la presente investigación cumple con presentar una primera parte donde se analiza qué es lo que las teorías de la participación en el delito aportaron al problema de investigación planteado. Seguidamente, en la segunda parte del mismo capítulo de este trabajo de investigación se realiza una explicación de la teoría de la acción finalista, precisando sus fundamentos, postulados y su vinculación con la instigación como forma de participación en el delito.

En el tercer y último capítulo, luego de analizar qué es lo que entiende nuestra doctrina por la conducta “determinar a otro” de la instigación al delito, he

elaborado una propuesta de conceptual respecto a qué es lo que debe entenderse por aquella conducta, qué la diferencia de las otras formas de participación delictiva, y cómo debe aplicarse. Finalmente, a modo de comprobación de la problemática planteada, se analizan algunas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia de acuerdo al tema de investigación planteado.

Sabiendo que la presente es una minúscula aportación al estudio de una de las formas de participación delictiva, espero que la misma sirva para encender el debate jurídico que por tanto tiempo ha esperado la instigación como forma de participación en el delito.

CAPÍTULO PRIMERO: ASPECTOS METODOLÓGICOS

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Las normas jurídicas que sirven para atribuir responsabilidad deben estar basadas en teorías verificables en la realidad. La instigación descrita en el artículo 24 del código penal debería tener como substrato tal consideración. Negar lo anterior conllevaría a sancionar en base a normas que tienen como concepto suposiciones respecto a la realización de una conducta delictiva: no se condena en base a suposiciones, por lo menos no en esta época ni en la sociedad peruana.

En la actualidad se viene utilizando un concepto de instigación construido en base a aspectos psíquicos que, según dicen, determinan la forma final del actuar del instigado. Esto último no es sino un enfoque equivocado de lo que se entiende por el comportamiento “determinar a otro”. Un ejemplo de esto último lo advertimos en las ejecutorias: Recurso de Nulidad N° 4158-2011 Junín, de fecha 8 de mayo de 2012 y en la Casación N° 13-2011 Arequipa, de fecha 13 de marzo de 2012; en donde se observa que el operador jurídico no ha logrado explicar cómo es que el comportamiento “determinar a otro” del artículo 24 del código penal se comprobó en la realidad. Cualquiera podría decir que la solución pasa por afinar el acervo probatorio respecto a esta forma de participación delictiva; sin embargo, ello resulta errado ya que el concepto que se otorgue a la institución jurídica es la que direcciona su tema *probandum*, y no viceversa. Al margen de

la cuestión probatoria, lo cierto es que el concepto que la doctrina mayoritaria (1) da al comportamiento “determinar a otro” de la instigación al delito, contribuye a que el operador jurídico aplique la norma –muchas veces emitiendo condenas– teniendo en cuenta datos psíquicos y estados mentales de la persona. Ello a todas luces irracional.

En la actualidad aquella definición equivocada viene siendo utilizada, generando en la práctica sentencias carentes de fundamento, pues no es posible condenar basándose en situaciones psicológicas del ser humano. Situaciones psicológicas como “influencias o presiones psicológicas a otra persona” forman parte del concepto de instigación que los operadores jurídicos asumen como válido para imputar responsabilidad de un hecho cometido por otro. Esto, lejos de dar resultados satisfactorios, a la fecha no ha sido revisado y se mantiene así desde hace 90 años (2).

Buscando la raíz de esta situación problemática, encontramos que al elaborarse el concepto de instigación a inicios del siglo XX, esta tuvo como fundamento a la teoría de la acción finalista. Si bien en sus inicios la teoría de la participación no tenía al finalismo como base, a la fecha es posible afirmar que ello ha cambiado, pues el comportamiento “determinar a otro” de la instigación al delito tiene como soporte al finalismo.

En la actualidad, varios autores, argumentando que el finalismo no puede seguir siendo fundamento de instituciones jurídicas debido a lo irrealizable y subjetivo de esta teoría, creen poder encontrar la solución a la problemática de la participación en el delito recurriendo al criterio de “infracción de deber” en el

(1) Autores como Roxin, Welzel, Jescheck, Maurach, Mir Puig, entre otros.

(2) La instigación tiene esa descripción desde el Código penal de 1924.

comportamiento; sin embargo, los mismos no han tratado con mayor desarrollo el fundamento del comportamiento “determinar a otro” de la instigación al delito. Entonces, si se mantienen instituciones penales que tiene como base lo psicológico subjetivo, la cientificidad del derecho penal se vería mermada y en la práctica sería irrealizable la aplicación de normas, pues estas no serían verificables en la realidad. Asimismo, seguir argumentando sentencias utilizando normas con fundamento en lo “psicológico subjetivo”, como lo es –hasta ahora– la instigación al delito, genera condenas no argumentan cómo una persona “determina a otra” a cometer el delito; ello a todas luces irracional y atentatorio a los derechos fundamentales.

Algunos podrían decir que la solución está en alejar a la ciencia penal de la teoría de acción finalista, sin embargo, no es el alejamiento infundado lo que se pretende, sino, por el contrario, es la explicación razonada de cómo una parte de la teoría de la participación viene generando desaciertos en la práctica penal lo que nos conduce a la reelaboración conceptual del comportamiento “determinar a otro”. Considero que la instigación, como otros conceptos jurídicos, se debe sustentar en bases teóricas que las hagan utilizables teniendo en cuenta aspectos científicos desarrollados a la fecha. La moderna concepción de la sociedad, por ejemplo.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

¿Es adecuado que la conducta “determinar a otro” del art. 24 del código penal tenga como fundamento a la teoría de la acción finalista?

1.2.2. Problemas específicos

- ¿Influye el fundamento de la teoría de la acción finalista en la comprobación de la imputación por el art. 24 del código penal?
- ¿Es correcta la postura que ha adoptado la Corte Suprema respecto al fundamento de la conducta típica “determinar a otro” del art. 24 del código penal?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. Objetivo general

Evaluar si la conducta “determinar a otro” del art. 24 del código penal tiene como fundamento a la teoría de la acción finalista.

1.3.2. Objetivos específicos

- Determinar si el fundamento de la teoría de la acción finalista influye en la comprobación de la imputación por el art. 24 del código penal.
- Analizar si es correcta la postura que ha adoptado la Corte Suprema respecto al fundamento de la conducta típica “determinar a otro” del art. 24 del código penal.

1.4. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

1.4.1. Hipótesis general

La conducta “determinar a otro” del art. 24 del código penal tiene como fundamento a la teoría de la acción finalista.

1.4.2. Hipótesis específicas

- El fundamento de la teoría de la acción finalista influye en la comprobación de la imputación por el art. 24 del código penal.
- La Corte Suprema tiene una postura equivocada respecto al fundamento de la conducta típica “determinar a otro” del art. 24 del código penal.

II. DISEÑO METODOLÓGICO

2.1. Diseño de la investigación

2.1.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación es esencialmente teórica no experimental, pues se realizará sobre la base de conceptos teórico-dogmáticos.

2.1.2. Niveles de Investigación

Las pautas de la presente investigación son: descripción, explicación y construcción. Descriptiva, porque en ella se expondrá detalladamente las teorías que sirvieron de sustento a la investigación como forma de participación. Explicativa, porque se formulará un análisis crítico del fundamento teórico que sirvió para construir el concepto del comportamiento “determinar a otro” en la investigación. Constructiva, porque se propondrán planteamientos que servirán

para fundamentar que la instigación al delito debe tener una nueva fundamentación teórica.

2.2. Aspectos éticos

En lo que se refiere al tema de la presente investigación, la información obtenida y la que se obtendrá de las distintas fuentes, como son documentos, revistas e Internet, que sirvan como sustento para su desarrollo, serán debidamente consignadas como fuentes bibliográficas y/o electrónicas, respetando en todo momento la autoría de sus creadores; esto ayudará a verificar la autenticidad del trabajo, puesto que bajo ningún concepto, podría ser copia parcial o total de otra investigación, y, si bien alguna parte del tema de investigación ha sido materia de análisis en algunos artículos y publicaciones, el enfoque que se le da en esta investigación es y continuará siendo original del autor.

CAPÍTULO SEGUNDO: MARCO TEÓRICO

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y TEÓRICOS DE “DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL DELITO

I. LA INSTIGACIÓN A TRAVÉS DE LA HISTORIA JURÍDICA

1.1. Instigación en la época romana

Estando a que un gran número de la doctrina considera a la instigación como una forma de participación, corresponde verificar si en la época romana se desarrolló la participación delictiva como la conocemos actualmente. De entrada debemos admitir que para la legislación romana la diferencia entre las formas de participación no era posible, pues como dice Carrara: “«*Complex*» es frase de baja latinidad, ideada para dar nombre al complicado ó implicado en un delito que otro consumó. Esta palabra fue desconocida entre los romanos” (Carrara, 1877, pág. 138). El derecho romano no apreciaba las diferentes clases de cooperación para el delito (Mommsen, 1898, pág. 69); sin embargo, en los hechos era posible verificar las formas de participación, las cuales sí eran tenidas en cuenta al momento de imponer la sanción. Así, respecto al instigador, este era sancionado como autor por el delito ejecutado por otro; esto era posible ya que ambos, ejecutor e instigador, tenían una vinculación: el ejecutor (instigado) lo realizaba en interés de otro (instigador). Peñaranda Ramos llama a esto último «*autoria per interpretatiomen*», y explica que la instigación deriva de la figura civil «mandato» de la época romana (Peñaranda Ramos, 1990, pág. 49); por ejemplo, si un esclavo hubiera cometido el delito por mandato de su señor, ambos eran considerados como autores (Mommsen, 1898, pág. 463). Al analizar la figura

civil «mandato» de los romanos, Savigny explica que aquella consistía en la administración gratuita de los negocios de otro (Savigny, 1879, pág. 23). En efecto, el mandato (*mandatum*) es un contrato consensual por el cual alguno se encarga gratuitamente de hacer una cosa por otro; el primero se llama *mandatario (mandatarius)*, el segundo *mandante (mandans)*. El mandante no debe prometer al mandatario salario alguno aunque sí puede darle honorarios en remuneración de los servicios que le presta, sin embargo, no es condición esencial del contrato (Navarro Zamorano, Joaquín de Lara, & Álvaro de Zafra, 1842, págs. 306-307). Del mismo parecer es Petit, cuando menciona: “El mandato es un contrato por el cual una persona da encargo a otra, que acepta, de realizar gratuitamente un acto determinado o un conjunto de operaciones” (Petit, 1892, pág. 412). Como consecuencia de la aplicación al ámbito del derecho penal de un modelo teórico elaborado en la esfera de la doctrina del negocio jurídico, al mandante se le imputaba la conducta del mandatario y, con ella, el delito puesto por éste en existencia como si aquel lo hubiera cometido por sí mismo, al igual que se le imputaría, como si hubiese sido personalmente concluido, un contrato celebrado en su nombre por su representante (Peñaranda Ramos, 1990, págs. 53-54). Esto último es verificable cuando leemos el § 11 del Título I del libro IV las Institutas de Justiniano: “A veces se obliga por la acción de hurto el que no lo cometió por sí mismo, cual es aquel con cuya cooperación y consejo se verifico el hurto (...)” (García del Corral, 1889, pág. 126). De todas formas, la instigación en el derecho romano, como norma que pertenece a la participación en el delito, no existió; sin embargo, existía una equivalencia punitiva de la instigación con la autoría que sí se verificaba en la práctica jurídica de aquel entonces.

1.2. Instigación en la época medieval

«*Quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*» (Cerezo Mir, 1979, pág. 333), que traducido quiere decir «Quien actúa por medio de otro actúa como si lo estuviera haciendo sí mismo», constituye la base para entender el concepto de inducción. Esta fórmula en latín proviene de los juristas italianos de la baja edad media y tuvo gran difusión en toda Europa en esa época. Un punto de referencia respecto a la legislación de la época nos puede dar Las Siete Partidas. Así, en la partida séptima, Ley 1 y Ley 2, ambas del Título 2 “De las traiciones”, la instigación era asemejada al «consejo», y ésta se sancionaba cuando se cometía delito de “Traición contra el Rey”, esto es, si alguna persona ayuda de hecho o de consejo a alzarse contra las tierras del Rey o alzarse contra el reino (Real Academia de Historia, 1807, pág. 538). Lo mismo pasaba cuando por Ley 18 del título 14 “De los hurtos y de los siervos que se hurtan a si mismo huyendo; de los aconsejan y refuerzan a otros para cometan delito; y de los hurtos realizados moviendo los límites de terreno”, se sancionaba a todo aquel que aconsejaba al ladrón a hurtar (Real Academia de Historia, 1807, pág. 607). Como podemos ver, si bien en esta época no existía la instigación al delito como la conocemos actualmente, era posible entenderla como una forma de «consejo» para realizar el mal; esto último entendido como delito.

Pese a lo anterior, la distinción entre autor e instigador aún estaba lejos de ser concretada, pues hacia el s. XVIII sólo se había distinguido exclusivamente entre “*auctor delicti*” y “*socius delicti*” (Hruschka, 2009, pág. 235). Sin embargo, la ciencia jurídica medieval de Italia ya distinguía entre el *consilium* (consejo), el *auxilium* (acción) y el *mandatum* (instigación), de los actos del autor (Von Liszt, 1917, pág. 73). Según Fierro: “Esto fue así porque a través del derecho canónico

perduró en el tiempo el derecho romano; como consecuencia de lo anterior, en el derecho canónico se produce una valoración de los elementos subjetivos del delito –valoración ya desarrollada por romanos- y que fue rotundamente rechazada por el concepto germánico de delito, de carácter eminentemente objetivista. Con referencia a la participación de varios individuos en la comisión del delito (...) el exceso previsible en la instigación al delito estaba siempre a cargo del mandante, término éste que nos señala la figura jurídica a la cual era equiparada la instigación y los principios que en consecuencia la regían” (Fierro, 1964, págs. 127-128). Siguiendo las investigaciones de Engelmenn y Schaffstein, se puede decir que los criminalistas italianos entendían por mandato (*mandatum*) la provocación en el ejecutor (*mandatarius*) de la voluntad de cometer el delito en interés del mandante o, como otros prefieren decir, una inducción en interés del inductor; y por consejo (*consilium*), aquellas formas de participación psíquicas dirigidas a provocar la decisión de delinquir o a reforzar la decisión ya tomada por el autor pero, en todo caso, en interés de éste (Peñaranda Ramos, 1990, pág. 31). Esto último, según Olmedo Cardenete, podía revestir dos modalidades: a) la promoción o determinación de la voluntad delictiva de otro a través de la influencia o convencimiento (*persuasio*) o bien mediante la incitación o sugerencia (*instigatio, suggestio*); y b) simple fortalecimiento (*auxilium*) de una voluntad delictiva ya existente (*alias facturus*) (Olmedo Cardenete, 1999, pág. 37).

Como se observa, para los juristas medievales la instigación incluía conceptualmente al “consejo” o la “persuasión”, sin embargo, estas últimas, además de no tener un asidero jurídico civil romano como si lo tenía la institución del mandato, y al no ser un acto con autonomía propia, sino una cooperación al

hecho de interés del ejecutor, en la mayoría de los casos quedaba impune si el ejecutor era absuelto; se seguía la regla de que lo accesorio sigue la suerte del principal.

En lo referido el mandato, Peñaranda Ramos señala que si bien la función del «mandatario» se entendía parangonable a la de un simple instrumento mecánico, los propios criminalistas italianos del medioevo manejaron, aun sin darle un nombre específico, una categoría casi punto por punto coincidente con lo que hoy se acostumbra a denominar autoría mediata y la distinguieron, a algunos efectos prácticos, de aquellos otros supuestos, los más ordinarios, del «mandato», en los que tanto el mandante o *fieri faciens* –la propia terminología era ya reveladora- como el mandatario hubiesen actuado de forma plenamente responsable. En estos últimos casos se sancionaba a ambos intervinientes por un delito que, *prima facie*, se consideraba cometido únicamente por el mandatario y que sólo en una segunda instancia y en virtud de una construcción teórica *ad hoc* (una “ficción” o “interpretación” en la terminología de la época) se imputaba también al mandante, hasta cierto punto, como si él mismo lo hubiese realizado (Peñaranda Ramos, 1990, pág. 49).

Queda claro entonces que la instigación en esta época de la historia era un aspecto práctico que fue desarrollado por los comentaristas italianos de las glosas romanas y que, pese a lograr desligar la autoría de la participación, su desarrollo aún se encontraba ligado al «mandato» de la legislación civil romana. Ahora bien, en lo que se refiere al «mandato», el avance interpretativo penal fue notable: por un lado, se admitió –como también lo había sido en la época romana- que era posible sancionar sólo al mandante por haber utilizado como

instrumento al mandatario; y, por otro lado, mandante y mandatario, ambos, eran pasibles de ser sancionados si éste cometía delito en interés de aquel.

Finalmente, respecto a los intentos de apartar al derecho penal de la hegemonía del subjetivismo teológico imperante en esta época, no podemos dejar de mencionar a Covarrubias y Leiva. Este autor en 1592, con su célebre doctrina de la voluntad indirecta, pretendía superar una tradición (teológica) que exigía, para que exista delito, la intención de violar el derecho (Cuello Contreras, 1996, pág. 242). Según él: “Actúa con voluntad indirecta, quien sabe que se expone a violar el derecho; este actuar, sin bien no debía ser sancionado con pena ordinaria (pasible solo a aquellos que actuaron con intención), debía ser sancionado con pena extraordinaria”. La crítica de teólogos de su tiempo a la doctrina de Covarrubias y Leiva, no se hizo esperar. Así, según el padre Julián Pereda “la voluntad indirecta no es voluntariedad; esta exige intención de violar el derecho”. Si vemos esta crítica sin dejar de lado los intereses de la teología reinante en esta época, advertimos que el derecho penal teológico no podía aceptar la “doctrina de la voluntad indirecta”, pues si para la culpabilidad bastara con el conocimiento de la norma infringida, no exigiendo voluntad intencional, no sería la conciencia moral la «fuente» del delito, sino el ordenamiento jurídico «externo». De ahí a afirmar que los órdenes teológico y jurídico son independientes, pudiendo el derecho del Estado vincular al margen, o en contra, del orden teológico. Desde luego esto no lo podía consentir el derecho penal teológico, que no renunciaría fácilmente a su papel hegemónico en la conciencia individual (Cuello Contreras, 1996, pág. 242). En otras palabras, la iglesia no iba a dejar el poder que ostentaba, al someter la conciencia individual con sus dogmas subjetivistas, en manos del derecho.

1.3. Instigación en la época moderna

Conforme lo expresa Quintano Ripollés, puede decirse, en términos generales, que la más firme tradición en el enjuiciamiento de las responsabilidades criminales dimanantes de la codelincuencia, es la de apreciarla «*in solidum*», en atención a la gravedad única del delito y de la única voluntad que lo motivó. Este fue el criterio del derecho romano, de la legislación canónica medieval y del código napoleónico (Quintano Ripollés, 1946, pág. 246). Esto último fue objeto de diferentes cuestionamientos por quienes veían en el “libre albedrío” la diferencia de responsabilidad y la medida de la participación, el nuevo fundamento de las penas. Así nació la escuela clásica de la codelincuencia, siendo sus representantes Beccaria, Carmignani y Carrara. Para esta escuela el fundamento del castigo por medio de la pena se encuentra en la imputabilidad moral, en el libre albedrío con que aparece adornado el hombre como ser inteligente y libre para elegir entre el bien y el mal (Cuello Contreras, 1996, pág. 246).

Como muestra de la diferencia de responsabilidad en esta época, respecto a la instigación, Carrara prefería dividirla en varias acciones, así, según él: “Al parecer, este concepto [instigación] se ofrece como caso único, más no es así ciertamente. Contiene cinco fases, que pertenecientes todas á la misma familia, son, sin embargo, muy diversas: el mandante, el que obliga, el que ordena, el consejero y el sócio. Notas características de las más señaladas distinguen estas cinco figuras, pues el mandato, la coacción, la orden, el consejo y la sociedad son entes jurídicos sustancialmente distintos. Mantengo esta nomenclatura de la antigua escuela, porque si la palabra instigadores puede sostenerse en un Código, que después de haber identificado en sus efectos penales posiciones

naturalmente diversas, quiso comprenderlas bajo un solo vocablo, esta unificación no sirve en la ciencia, que ha de conocer con distinción de nombres los objetos sobre los cuales versan sus investigaciones. Se instiga encargando, aconsejando, ordenando, obligando y asociándose; la palabra instigador expresa una materialidad común á diversas condiciones jurídicas, y la ciencia necesita de nombres que señalen distintamente esas varias condiciones” (Carrara, 1877, págs. 182-183). De lo expresado por Carrara, advertimos que instigación es descendiente del “mandato” y que esa seguía siendo la idea aún en esta época de la historia.

Hay que tener en cuenta, siguiendo a Hruschka, que así como en el s. XVIII ya se había distinguido entre “*auco delicti*” y “*socius delicti*”, también a comienzos del s. XIX se empleaba los sustantivos “*Urheber* y *Gehilge*” para referirse al autor y cómplice del delito, respectivamente. También habría que tener en cuenta que era usual distinguir dentro del concepto de “*Urheber*”, entre el *Urheber* físico y el intelectual. Esta última diferenciación fue dada por Pufendorf en su obra “*De Jure Naturae et Gentium*”, donde expresa que existe “*causa physica*” y “*causa moralis*” (Hruschka, 2009, pág. 235). En su momento, Pufendorf ya había intentado diferenciar la instigación de cualquier otra forma de autoría. Él decía que hay supuestos en donde la acción no se puede imputar claramente a quien la realizó de manera inmediata, sino a otro que ha sido utilizado como instrumento. Pero es más frecuente que se les impute a la vez a quien ha realizado la acción y a otro que ha tenido parte en que se realice o se suspenda. Esto sucede sobre todo de tres maneras: bien que uno sea el principal causante de la acción, y el que la realiza se considere menos principal; que uno y otro vayan a la par; o que uno sea menos principal y el que lo realiza sea el causante principal. En la

primera forma estarían aquellos que por su autoridad incitan a otro a hacer algo, quienes han dado el consentimiento requerido sin el cual el otro no podía actuar, quienes podían y debían prohibirlo y no lo han hecho. En la segunda forma están quienes encargan o dirigen la realización del acto; y, finalmente, en la tercera posibilidad están quienes dan un consejo especial, quienes alaban y aprueban el acto antes de su realización, quienes con su ejemplo incitan a delinquir (Pufendorf, 1673, pág. 26). Como vemos, en esta época de la historia se equiparaba el acto de autoría mediata con la instigación; sobre todo es más evidente la instigación en el tercer supuesto que propone Pufendorf, en donde precisa que el acto de “incitar” se da antes de la realización del hecho. Con este intento quedaría dibujada la imputación por instigación al delito y se mantendría así por casi dos siglos, luego del cual los penalistas de inicios del s. XIX harían de lo expresado por Pufendorf la base de sus explicaciones que servirán para diferenciar la instigación de la autoría mediata.

A mi modo de ver, fue Feuerbach quien inició el camino hacia aquella diferenciación al ser el primero en incluir al autor físico y autor moral dentro de la participación delictiva; según él: “La persona en cuya voluntad y acción se halla la causa eficiente que produjo el crimen como efecto, se llama autor (*autor delicti*). Estos pueden ser causa mediata o inmediata del mismo: los primeros, cuando hayan cometido la acción que constituye el concepto del crimen por sí mismos (autor físico); los segundos, cuando el crimen de otro haya tenido como causa su actividad intencionalmente dirigida a darle origen. Esto último es posible mediante determinación intencional de la voluntad de otro para la comisión (autor mediato, autor intelectual)” (Feuerbach, 1828, pág. 67). Como se observa, ya a inicios del s. XIX se utilizaba el término “determinar” para

establecer, aún de manera confusa, la situación delictiva que se daba cuando una persona utilizaba a otro para cometer un delito.

Ahora bien, en lo que se refiere al término “inducir”, Hruschka considera que fue Mittermaier el que en 1820 utilizó por primera vez la palabra “Anstifter” (instigador) como sinónimo de “autor intelectual” (Hruschka, 2009, pág. 236). Con aquellos avances, y después de mantenerse así varios años, la diferenciación entre autor e instigador empezó a ponerse en duda por el positivismo en aras de la defensa de la sociedad. A decir de Cuello Contreras, el clasicismo penal y su huida de la realidad hacia un planteamiento falsamente moral, lógicamente tenía que provocar una reacción que obligara de nuevo a abrir los ojos ante la realidad del delito y del delincuente. Esta reacción es la positivista, mucho más fuerte ahora que la reacción ilustrada, al acentuar de tal manera el determinismo biológico y social que llega a negar el libre albedrío, entre otras razones, para herir de muerte al derecho penal clásico, fundado desmesuradamente en él (Cuello Contreras, 1996, pág. 248). Así, según Ferri, la diversidad de los actos de participación en el delito no sólo tienen un valor objetivo o causal, sino también un valor sintomático, y, por tanto, debe ser siempre destacada, ya que concurre con los motivos determinantes y la personalidad del delincuente a precisar el grado de peligrosidad. Consumar el acto homicida directamente sobre la víctima o limitarse a instigar o suministrar el arma o abrir la puerta, indican de ordinario una diversa potencia ofensiva derivada de una diferente repugnancia al delito (Ferri, 1933, pág. 517).

En suma, puedo afirmar que fue a fines de la edad media cuando comenzó a vislumbrarse cierta distinción entre los intervinientes en el delito, aunque la delimitación más clara y esencial entre autor y partícipe (instigador) procede del

código penal francés de 1810, del que pasó al código penal prusiano de 1851, en donde, como dice Liszt, la confusión alcanzó su apogeo (Von Liszt, 1917, pág. 73). Por otra parte, el código de Napoleón también influyó en el código penal español de 1822 y, más tarde, en el de 1848 (López Barja de Quiroja, 2004, pág. 255); estos últimos códigos españoles serían los referentes de nuestros códigos penales: el de Santa Cruz y el de 1863, respectivamente.

II. INSTIGACIÓN EN LOS CODIGOS PENALES PERUANOS

2.1. Código penal de Vidaurre

Si bien la instigación no estaba descrita de forma precisa en el código Vidaurre, su aplicación sí fue posible, pues la participación delictiva estaba planteada como regla general; así, en el «*acsioma nono*» se describe: “*El delito puede ser cometido por un solo individuo ó por muchos*” (Vidaurre, 1828, pág. 39). El planteamiento de la posibilidad que varias personas pueden cometer el delito tiene correlato con la exposición previa que hizo Vidaurre antes de redactar los «*acsiomas*». Una parte de esa exposición previa es la denominada «*primera disertación*» (Vidaurre, 1828, pág. 7). Es allí donde Vidaurre expone lo referido a la participación en el delito y desarrolla la instigación, señalando: “Entre la complicidad suma y la carencia absoluta de ella, descubro una asociación (...) esta es la de aquellos que constituidos bajo la potestad de otros, apenas pueden resistir á sus decretos. El ejemplo lo prestan la muger, el hijo y el esclavo. La primera por su sexo, por la subordinación, por el amor excesivo, apenas puede resistir á los mandatos de su consorte; aunque haciendo los esfuerzos que no le son negados podría salir del lance. El hijo cuando está en patria potestad, y reconoce en el padre, el primer magistrado por la naturaleza; el esclavo por su educación, por el respeto á su señor, por la costumbre de obedecer; con mucha dificultad se opondrían á la determinación dél que veneran” (Vidaurre, 1828, pág. 34).

Como se observa del ejemplo propuesto por Vidaurre, el primer código penal peruano describía la conducta de instigación y establecía el supuesto que podía darse la instigación de parte del padre de familia hacia su esposa, sus hijos y su esclavo. Asimismo, ya se había previsto la existencia del mandato y la

determinación al delito por parte de una persona hacia otra como forma de instigación.

Si seguimos analizando el código Vidaurre encontraremos que también en su «Ley 3» se menciona al cómplice. Si bien esta mención se hace con referencia a una regla procesal, ello no quiere decir que la complicidad fue dejada de lado por el primer código penal peruano. Asimismo, en la «Ley 14» del título 1 “Delitos de majestad en primer grado”, de la parte «*Penas*», el código ya hablaba de autor y cómplice. Respecto a la instigación, la «Ley 2» y la «Ley 3», ambas del título 5 “Delitos contra la población”, de la parte «*Penas*», ya establecían que era punible la “influencia sobre otras personas”; lo mismo cabe decir cuando una persona que tenga autoridad sobre otra, la “induzca” a cometer delito (Vidaurre, 1828, pág. 214).

2.2. Código penal de Santa Cruz

La mejor sistemática de este código, pese a ser una copia del código penal español de 1822, permitió que la instigación sea descrita de modo más precisa y en un artículo aparte. En el numeral 3° del artículo 10, del capítulo II. “De los delincuentes y Culpables”, del libro Primero del Código Penal Santa Cruz, se detalla: «Son cómplices: Los que a sabiendas y voluntariamente por sus discursos, sugestiones, consejos o instrucciones, provocan o incitan directamente a cometer una culpa o un delito, o enseñan o facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa o delito de resulta de dichos discursos, sugestiones, consejos o instrucciones» (Santa Cruz, 1836, pág. 3). Al ser copia del artículo 14 del código penal español de 1822 (Las Córtes y el rey Fernando VII, 1822, pág. 3), podemos decir, siguiendo a García Goyena, que los

artículos respecto a la autoría y complicidad se hicieron con el laudable objeto de señalar penas diferentes a cada uno de los cuatro grados de delito, sin embargo las circunstancias que se detallan en dichos artículos, sólo llevaron a la confusión (García Goyena, 1843, pág. 121). Algo notorio es el hecho de que en el Código de Santa Cruz la instigación era punible no sólo cuando el instigado actuaba de forma dolosa, sino también cuando realizaba un acto imprudente producto de la influencia del instigador. Asimismo, en este código se observa una tendencia subjetiva psicológica respecto a algunos medios que utiliza el instigador, como es el caso de las «sugestiones».

2.3. Código penal de 1863

La inexistencia de los términos inducir, provocar, incitar, mandato, determinar e influir al momento de describir la instigación es evidente en este código. Pero, de alguna forma, parece que el legislador al momento de redactar el numeral 2 del artículo 12 buscó resumir todos aquellos supuestos de la instigación, señalando: «Son autores: Los que deciden a su ejecución y la efectúan por medio de otros» (Código penal del Perú. Edición Oficial, 1863). Al respecto, Viterbo Arias menciona: “El que presta un consejo para decidir a otro a cometer un crimen e influye en su ánimo hasta llevarlo a la ejecución (...) son autores morales de aquello que por su consejo, promesa o mandato se ha ejecutado; y tienen por ello responsabilidad criminal de la misma manera que los ejecutores o autores materiales (...). No obstante lo antes señalado, habría que admitir que los consejos, el mandato, la promesa y los hechos pueden no tener decisiva influencia para la realización del acto punible, que han podido ser omitidos sin que este dejara de ejecutarse” (Viterbo Arias, 1900, págs. 141-142). De lo

expresado por Viterbo Arias, nos damos cuenta que es uno de los primeros doctrinarios peruanos que pone en duda el acto de instigar a otro, ya sea porque instigar tiene un contenido moral, ya sea porque no destruye por completo la libertad del instigado, pues, como él dice: “un consejo puede seguirse o despreciarse” (Viterbo Arias, 1900, pág. 143). En todo caso, dice Pacheco, la participación que puede verificarse hasta en la ejecución, pero que ordinariamente se contrae a la resolución del crimen, se realiza por estos tres únicos medios: el precepto, el pacto y el consejo; la palabra inducción que abarca la ley, los abarca a todos y no abarca nada más (Francisco Pacheco, 1881, pág. 261). Respecto a esto el legislador peruano del código de 1863 optó por no enumerar los medios por los cuales se puede dar la instigación, dada la confusión que generaban.

2.4. Código penal de 1924

En el código de Maúrtua la instigación estaba regulada en el primer párrafo del artículo 100, que prescribía: «Serán reprimidos como autores (...) los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo» (Taramona Hernández, 1981, págs. 138-139). Comentando este artículo, Hurtado Pozo considera que en la instigación una persona debe persuadir a otra para que esta última tome la decisión de cometer el delito, en donde el instigador se limita a ejercer una influencia psicológica sobre otro (Hurtado Pozo, 1987, págs. 535-536). Del mismo parecer es Bramont Arias, cuando explica que la instigación hace referencia a una conducta positiva de índole moral, consistente en influir en la voluntad ajena, sin superponerse a ella y, sobre todo, sin desplazarla; de índole moral, y no material quiere decir que la instigación ha de limitarse a actividades

ideales (Bramont Arias, 1981, pág. 10). Por su parte, Peña Cabrera enseña que instigar es crear en el ánimo de otra persona la voluntad de cometer el delito. Es generar en otro el propósito de delinquir (Peña Cabrera, 1987, pág. 325).

Como se observa, al redactar este código el legislador utiliza una mejor técnica para describir la instigación, sin embargo, mantiene la fórmula «decidir a otro» del código anterior. Habría entonces que preguntarnos qué llevo a la doctrina de esa época a utilizar la expresión “determinar” al momento de analizar la instigación, si el código no dice nada al respecto. Para resolver dicha cuestión debemos empezar diciendo que la fuente de la expresión «decidir a otro» no es de ninguno de los proyectos suizos de inicio del s. XX, sino, como ya dijimos, del código penal de 1863. Ahora bien, si revisamos las fuentes del código penal de 1924, nos daremos con la sorpresa que, en lo que se refiere a la instigación, no existe correspondencia entre este y el código penal español de 1848 que le sirvió de modelo. Entonces la pregunta retrocede aún más en el tiempo: ¿Qué modelo se usó en el código penal de 1863 para redactar la expresión «decidir a otro»? No nos detendremos en este punto dado que excedería los límites de esta investigación; sin embargo, es válido mencionar que «decidir a otro» proviene, analizando lo señalado por Hurtado Pozo, de la legislación penal suiza (Hurtado Pozo, 1987, pág. 541); aunque no se pueda precisar la fecha del código penal helvético que sirvió de modelo.

III. LA INSTIGACIÓN EN LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Desde antes de la codificación de normas en el mundo en la doctrina ya se discutía respecto a cómo es que se debía proceder contra varias personas que había cometido un delito, cómo establecer la sanción a dichas personas y, mejor aún, cuáles serían los criterios que servirían para diferenciar entre ejecutores del delito y las demás personas que no lo eran pero que de alguna forma habían contribuido a que el delito se ejecutara. Para resolver tal problemática se plantearon diferentes teorías, las cuales, en alguna medida, se refirieron a la instigación al momento de ser diseñadas:

3.1. Teoría Unitaria

Para esta teoría no debe existir diferencia alguna entre autores y partícipes del delito. Todo aquel que ejecute y de cualquier forma intervenga en el delito, debe ser considerado autor. Esta anulación a la diferenciación entre autores y partícipes se sustenta en que todas las condiciones anteriores al suceso delictivo son equivalentes. Conforme a lo anterior, Liszt señala: “Del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar un condición del resultado producido, participa en éste, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado; y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal” (Von Liszt, 1917, pág. 71). Como vemos, la consecuencia inmediata de esta concepción se

encuentra en que no admite distinción alguna entre autores y partícipes, pues todos son autores (López Barja de Quiroja, 2004, pág. 256).

Si no existe diferencia conceptual entre los que intervienen en el delito, entonces la instigación se ubica como una forma de autoría junto a la coautoría y la autoría mediata. Esta teoría no es adoptada por los doctrinarios ya que, como dice Jescheck, el concepto unitario de autor excluye la posibilidad de los marcos penales atenuados para inducción y la complicidad (Jescheck, 1993, pág. 587). Pese a lo anterior, nuestro código vigente parece haber asumido esta teoría ya que la pena a imponerse por instigación es la misma del delito cometido por el ejecutor material del delito (autor).

3.2. Teorías Diferenciadoras

En contraposición a la teoría anterior, los doctrinarios elaboraron diferentes posturas que intentan fundamentar la diferenciación entre autor y partícipe. Ya sea dejando de lado la equivalencia de condiciones como criterio rector y manteniendo como base el método causalista, o viceversa, las posturas diferenciadoras no se ocuparon de dotar de contenido a la instigación, sino que solamente buscaron fundamentar el concepto de autor, y, de forma secundaria, la diferencia entre este y los partícipes.

3.2.1. Concepto restrictivo de autor y las teorías objetivas

Esta teoría considera autor a aquel que realiza por sí mismo el acto típico conforme a lo descrito en la ley penal; así, el concepto de autor queda restringido ya que aquel que realiza una contribución a la realización del acto típico mediante acciones diferentes que no se encuentran descritas en el tipo penal, no puede

ser considerado autor. Es de advertir que esta postura abandona a la equivalencia de condiciones como sustento. Esta es la postura adoptada por Díaz y García Conlledo/Luzón Peña, quienes a su vez propugnan que la misma sea utilizada no sólo para los delitos dolosos, sino también para los delitos imprudentes (Díaz y García Conlledo & Luzón Peña, 2003, pág. 91). Sin embargo, en lo que se refiere a los delitos imprudentes, la mayoría de los doctrinarios –así también los peruanos- están a favor del concepto unitario de autor en los delitos imprudentes. Respecto a la instigación y de acuerdo a esta teoría, según Jescheck, el que determina a otro a realizar el hecho tendría que quedar impune si no fuera porque existe la instigación como precepto especial (Jescheck, 1993, pág. 590). En todo caso la instigación junto a la complicidad serían causas que permiten extender la pena, pues aquellas no serían, por sí mismas, punibles como autoría (Mezger, 1958, pág. 305).

En tal sentido, si la autoría se determina estableciendo el correlato objetivo entre el suceso delictivo y el tipo penal, la participación también se obtiene en base a criterios objetivos; así:

3.2.1.1. Teoría formal objetiva

Para esta concepción, será autor aquel que ejecutó por sí mismo la acción descrita en el tipo penal de la parte especial; todos los demás serán partícipes. Aquí la división entre autor y partícipe emana, según Beling, simplemente del contenido de delito-tipo, pues el jurista debe orientarse de conformidad a la causalidad típica (Beling, 1944, pág. 115). Respecto a la instigación, esta se obtiene de forma residual, pues si no se considera autor al sujeto, queda por verificar si su conducta calza como instigador o cómplice; algo así como

descartar una u otra posibilidad de participación. Desde luego aquello no implica que se haya desarrollado un fundamento de la instigación; y es que, si es el instigado quien realiza el hecho, lo cual se verifica objetivamente, cómo verificar objetivamente que este ha sido instigado por otro, si instigar es un concepto psicológico no objetivo. Quizás sea por ello que, respecto a la instigación, Roxin mencione: “Para los partidarios consecuentes de la teoría objetivo formal el fenómeno de la comisión mediata del delito no ha pasado de ser un caso de autoría impropia o ficticia, de la que se esperaba, introduciendo la accesoriedad limitada, poder volver a encuadrarla en el ámbito de la inducción” (Roxin, 2000, pág. 165). El problema evidente de esta teoría se advierte cuando resulta inaplicable a los supuestos de autoría mediata ya que el “hombre de atrás” no ejecuta la acción descrita en el tipo penal. Respecto a esto último, Zimmerl, ante la imposibilidad de adaptar la teoría objetivo formal al autor mediato, cree que lo mejor es excluir totalmente la autoría mediata y concebir tales casos como supuestos de inducción (Gimbernat Ordeig, 2012, pág. 22). Desde luego no resulta acertado la postura de Zimmerl, por la sencilla razón de que en la inducción el ejecutor es sancionado como autor por realizar el tipo legal, mientras que la autoría mediata el ejecutor realiza el tipo legal pero no es sancionado (excepto en la autoría mediata por aparato jerarquizado).

3.2.1.2. Teoría material objetiva

Son varias las posturas que se ubican dentro de esta teoría. Estas posturas tiene en común que se alejan del método de remitirse a la descripción típica establecida por ley para diferenciar autoría de participación; en su lugar se enfocan en dar importancia a algún aspecto acaecido en los hechos para

cometer el delito. Las teorías materiales objetivas están ancladas en el fundamento causal de las ciencias naturales que, desde el punto de vista objetivo, creyeron diferenciar al autor del partícipe de acuerdo a la distinción entre causa y condición, respectivamente. Si bien las teorías objetivas materiales resultan verificables en la realidad, no debemos asumirlas como verdaderas, ya que, por el defecto de su punto de partida, no fueron correctamente fundamentadas; quizá sea esa la razón por la que Mayer en su momento señaló que la causalidad y accesoria han dominado y maltratado como tiranos la doctrina de la participación (Mayer, 2007, pág. 481). Esto último se puede sostener argumentando que, respecto a la autoría, no es posible establecer qué causas o qué condiciones han influido en mayor medida para que se dé el resultado. En todo caso, a pesar de su insuficiencia, sus imprecisiones y otras cuestiones discutibles, esta teoría tiene un núcleo de verdad: la idea de que no toda condición del resultado puede ser jurídicamente autoría (Luzón Peña, 1989, pág. 892). Para Muñoz Conde, esta teoría, además de ser defendida por los finalistas, considera autor a quien domina finalmente la realización del mismo, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización (Muñoz Conde, 2008, pág. 155). La posición de este doctrinario no resulta atendible en razón de que el finalismo no solo se sustentaba en aspectos verificables en la realidad, sino también en aspectos internos y subjetivos del actuar del autor; esto último no tenía nada que ver con el punto de partida objetivista de esta teoría que, en su desarrollo, logró establecer diferentes doctrinas; como:

3.2.1.2.1. Doctrina del aporte necesario

De acuerdo a esta postura, la distinción entre autor y partícipe consistía en que será considerado autor aquel que realiza una aportación necesaria al hecho delictivo, sin el cual no se habría dado la ejecución del delito. De la misma idea es Díaz y García Conlledo, cuando menciona: “autor sería quien hubiera interpuesto con su actuación una condición necesaria, imprescindible, esencial, indispensable, etc. del resultado, es decir, aquel que aporta una contribución sin la cual el resultado no se habría producido. Esta teoría, que arranca de la vieja doctrina del *socius principalis* o cómplice (o cooperador) necesario, se encuentra, aunque casi siempre combinada con otros criterios, en autores antiguos bastante importantes, como Feuerbach, Stubel o Grolman, ejerciendo influencia en los defensores de otras teorías” (Díaz y García Conlledo, 1991, págs. 536-537). Desde el punto de vista naturalístico esta postura es viable porque permite agregar un criterio más para establecer quien debe ser considerado autor; empero, además de no aportar nada a la distinción entre autor y partícipe, de ningún modo sustenta el fundamento de la instigación como forma de participación. Así, si una persona persuade a otra a cometer un delito, lo que no hubiera sucedido por propia iniciativa del ejecutor, debería ser considerado autor y no instigador, ya que este aportó una condición necesaria –instigó- sin lo cual el delito no se hubiera dado.

3.2.1.2.2. Doctrina del momento de la intervención

Aquí la doctrina intenta establecer la diferencia entre autor y partícipe basándose en el momento de la intervención de una persona en el delito. La actuación de una persona en el delito puede ser antecedente, simultánea o posterior. Según

Roxin, esta forma de distinción fue puesta de relieve por los juristas del medioevo y aplicada profusamente (Roxin, 2000, pág. 61). Lo anterior es confirmado por Carrara, cuando menciona: “La consideración del tiempo al cual se refiere la participación (...) influye grandemente: porque el tiempo se relaciona con la imputación de la acción (...) Debemos aquí distinguir los actos en tres series: *precedentes* al momento de la *consumación* del delito; *concomitantes* con los actos de *consumación*; *subsiguientes* á la *perfección* del maleficio” (Carrara, 1877, pág. 209). De los tres momentos posibles de actuación en el delito, el “momento posterior” ha dejado de tener acogida en las legislaciones actuales; respecto a los demás momentos, esta doctrina enseña que se debe considerar autor a aquel que contribuye simultáneamente en la ejecución del delito (*concursum concomitans*) y partícipe al que contribuye en los momentos previos a la ejecución del delito. Como vemos, la doctrina del momento simultáneo de la intervención contribuyó a desarrollar el criterio para fundamentar la coautoría; asimismo, la doctrina del momento anterior a la ejecución del hecho, permitió establecer que la instigación sea considerada complicidad, pues el acto de instigar es un suceso previo a la ejecución del delito por parte del instigado.

3.2.1.2.3. Doctrina de supremacía del autor

Según Roxin, fue Dahm uno de los que desarrolló esta teoría: “quien toma parte con otro en la lesión de un bien jurídico –dice Dahm- es coautor si su comportamiento, con arreglo a la situación objetiva completa, verificando todas la circunstancias del caso particular, se [presenta] como equivalente (coordinado) al otro comportamiento, con vistas a la lesión del bien jurídico; cómplice, si su comportamiento, en las mismas circunstancias, parece como

subordinado” (Roxin, 2000, pág. 70). Pese a lo señalado, esta postura sólo enseña un camino específico, aplicable a un reducido grupo de casos, de cómo diferenciar al autor del partícipe; en definitiva, no contribuye a fundamentar el contenido de alguna forma de participación. Respecto a la instigación es claro que tampoco puede fundamentar su concepto; sin embargo, esta teoría puede haber servido para ubicar a la instigación dentro de la participación, pues parecer ser que en la instigación el ejecutor (instigado) tiene cierta prevalencia sobre el instigador, ya que la ejecución del delito por parte de aquel servirá para evaluar si es posible imputarle la conducta instigadora a este.

3.2.2. Concepto extensivo de autor y las teorías subjetivas

Según la postura extensiva, será autor todo aquel que ha contribuido a causar el resultado típico, sin que su aportación al hecho tenga que [necesariamente] consistir en una acción típica (Jescheck, 1993, pág. 591). Si lo anterior es así, habría que admitir que el instigador debe ser considerado autor, pero como la ley regula la forma de actuar del instigador, este debe ser tratado de manera diferente al autor; por esa razón la instigación vendría a ser una causa de restricción de la pena de autor. Pese a ello, en la actualidad nuestro código penal vigente establece igualdad de punición para autor e instigador.

Al tomar como fundamento la teoría de la equivalencia de condiciones, el concepto extensivo de autor parece coincidir con la teoría unitaria de autor, pues, según Mezger, se puede determinar el concepto de autor "extensivamente", puesto que en él se incluye toda cooperación en el hecho punible (Mezger, 1958, pág. 305). Sin embargo, la imposibilidad de distinguir materialmente a los partícipes no los lleva a exigir un tratamiento igual para todos, sino que tratan de

establecer la distinción recurriendo a un criterio subjetivo (Hurtado Pozo, 1987, págs. 265-266). Es decir, como era imposible realizar la distinción entre autores y partícipes sobre la base de datos objetivos y causales del resultado, no había otra alternativa que recurrir al aspecto subjetivo para diferenciarlos. Se trasladaba el problema de buscar la distinción entre autor y partícipe a terrenos de lo subjetivo del ser humano.

Siendo ello así, el concepto extensivo de autor se vincula a las teorías subjetivas que le sirven de sustento para buscar fundamentar la diferencia entre autor y partícipe. Ahora bien, para lograr tal propósito, estas teorías se basan no según criterios situados en el mundo exterior, sino sólo intrapsíquicos, como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes (Roxin, 2000, pág. 71). Veamos:

3.2.2.1. Teorías del dolo

Esta teoría basa la diferencia entre autor y partícipe en que este último actúa con voluntad dependiente y subordinada, y aquel con voluntad independiente. En su momento, Mezger adoptó esta posición cuando expresó: “más acertadas son las llamadas *teorías del dolo*, con arreglo a las cuales lo que interesa es, en principio, la dirección y la intensidad de la voluntad de autor. El autor quiere el hecho «*como propio*», y no, como ocurre en el caso del instigador y del cómplice, «*como de otro*»; actúa con «*animus auctoris*» y no con mero «*animus socii*»; quiere «realizar», y no simplemente, como el cómplice, «auxiliar» a otro y, en consecuencia, «subordinar» su voluntad a la de otro” (Mezger, 1958, pág. 307). Los criterios para el *animus auctoris* son el querer el hecho como propio y el interés en el resultado del hecho. Los criterios para el *animus socii* son el querer

el hecho como ajeno y la falta de interés en el resultado del hecho (Kindhäuser, 2011, pág. 42).

3.2.2.2. Teoría de interés

La diferencia entre autor y partícipe tiene como sustento el hecho de que el autor conduce su actuar movido por un interés propio en el delito, mientras que el partícipe no tiene tal interés. Respecto a lo anterior y analizando el derecho penal de su tiempo, Welzel señaló: “El Tribunal Supremo del Reich volvió últimamente a la *teoría de los intereses*, abandonada ya en el siglo XIX, en lugar de la fórmula del *animus*. Si alguien quiere el hecho como propio, lo dirige de acuerdo con el grado del propio interés en el resultado” (Welzel H. , 1956, pág. 116). La muestra de la aplicación equivocada de esta teoría se advierte en el “caso de la bañera” de la jurisprudencia alemana. En interés y a ruego de la madre natural, la hermana de esta da muerte por inmersión, por propia mano y sin colaboración de terceros, al niño de la primera, en su tina de baño. El tribunal de jurados había sancionado correctamente a la hermana como autora y a la madre como instigadora. Sin embargo, el Tribunal Imperial [Aleman] revocó la sentencia con el fundamento de que: “Dado que el interés en el resultado representaría el indicio “principal, si no exclusivo” de la voluntad de autor, interés que sólo habría existido en la madre, sería necesario examinar si no debería considerarse a la madre como autora (mediata) y a su hermana como cómplice del delito” (Maurach, 1995, págs. 304-305). Esta fórmula de los tribunales alemanes – según Bacigalupo- choca frente a la imposibilidad de que el querer interno del sujeto pueda determinar realmente, por una pura volición, qué hecho es propio de él y cuales no (Bacigalupo, 2009, págs. 824-825).

3.2.3. La teoría del dominio del hecho

Quizás esta teoría constituye el intento mejor elaborado de fundamentar la diferencia entre autoría y participación; por su muy bien elaborada sistemática, mas no por su fundamentación, es que me atrevo a decir que esta teoría es el intento mejor elaborado. Ello es así porque, como veremos más adelante, es aplicable a la teoría del “dominio del hecho” de Roxin, la crítica que él, en el pasado, había dirigido contra Welzel en el sentido de que el “dominio final del hecho es confuso en la medida que da la impresión de que la finalidad sería una particularidad del dominio del hecho, mientras que en realidad tanto el inductor como los cómplices actúan finalmente” (Roxin, 2004, pág. 54).

Siguiendo la línea de desarrollo de esta tesis, aquí se va prescindir del análisis de cada uno de los elementos que componen la teoría del dominio del hecho, en su lugar me centrare en establecer y verificar qué es lo que se desprende de esta teoría respecto a la instigación.

De entrada podemos decir que Roxin no le dedica ni siquiera media página al tema del fundamento de la instigación como forma de participación; sólo comparativamente y marginalmente le dedica contadas líneas a la instigación al relacionarla con las formas de “dominio de la voluntad”. Al empezar la explicación de la teoría del dominio del hecho, Roxin puntualiza que su principio metodológico de la “figura central” (autor) que utiliza a un coaccionado o alguien que está en error, sirve para delimitar la autoría mediata de la instigación; pues éste sólo se limita a determinar o aconsejar (Roxin, 2000, pág. 166). De lo anterior deducimos que el instigador ocupa el segundo lugar en importancia respecto al ejecutor (instigado) del delito, contrario a lo que sucede en la autoría mediata donde el principal actor es el sujeto de detrás; este último tiene dominio

de la voluntad del ejecutor, aquel sólo influyó en la voluntad del instigado que al momento de ejecutar el delito tiene el dominio del hecho. Por tanto, se puede decir que la “figura central” es el autor y la “figura no central” es partícipe; esto último no lo dice Roxin, ya que su teoría busca construir el fundamento de la autoría, coautoría y autoría mediata. Respecto a la participación, sólo cabe inferir que tendrá esa condición aquel que no tenga el dominio del hecho. Sin embargo, esto último contiene un error de razonamiento al decir que el “dominio del hecho” sólo lo tiene autor, cuando en realidad también el partícipe tiene su propio dominio del hecho –fácticamente hablando-. En otras palabras: cómo es posible que el dominio del hecho sirva para distinguir entre autoría e instigación, si tanto autor como partícipe tienen cada uno su propio dominio del hecho.

La instigación como forma de participación, entonces, tenía que sostenerse sobre otro fundamento. Roxin, al intentar desarrollar el fundamento de la punición del partícipe, intenta corregir la omisión en la que incurrió su teoría del “dominio del hecho” respecto a la participación. Así, él cree que el injusto de la participación es en parte autónomo y en parte derivado del hecho principal del autor. Derivado porque cada participación es una causación accesoria, a través del autor, de una lesión mediata y típica del bien jurídico. También el Tribunal Federal Alemán – dice Roxin- enfatiza «que la ley penal no pena al inductor porque sea culpable de que otro se haga punible, sino porque coopera como autor lejano de que un hecho punible sea cometido. La causación de una conducta antijurídica importaría la esencia de la inducción» (Roxin, 2013, págs. 490-491). Respecto a la autonomía de la participación, Roxin menciona que existen elementos que no se deducen del hecho principal, no son accesorios y por ende independizan al injusto de la participación; uno de esos elementos es: el “dolo” que por sí mismo

tenga el partícipe. Se debe reconocer –dice Roxin- que el dolo es un elemento no accesorio. Esto quiere decir que no basta para la pena del partícipe que el autor tenga el dolo y que el partícipe lo sepa. Antes bien, el partícipe tiene que tener su propio dolo que sea independiente de aquél del autor y que represente una pieza de injusto independiente de participación (Roxin, 2013, pág. 496).

Hasta aquí, de lo expresado por Roxin, debemos de reconocerle el intento de fundamentar la participación como un suceso independiente de lo realizado por el autor del delito; ello, desde luego, no por el hecho de reafirmar lo expresado una década atrás por teoría de la accesoriedad de la participación, sino por el intento de fundamentar la diferencia y autonomía de la participación en el “dolo” vinculado a la intención de lesión del bien jurídico por parte del partícipe. En cambio, es criticable la ausencia de fundamentación respecto a cuál debe ser el criterio que permita diferenciar entre el “dolo” del autor y el “dolo” del partícipe, pues ambos pueden atacar un mismo bien jurídico. Si aplicamos la independencia del “dolo” del partícipe en la instigación, diríamos que el instigador, como tiene su propio “dolo” de hurtar que a su vez es transmitido el instigado, debe ser sancionado por su actitud interna: su dolo, su intención de lesionar el bien jurídico patrimonio. Con ello nos metemos en el problema de condenar por las ideas. En suma, el dolo “propio del partícipe”, además de sustentarse en un aspecto subjetivo del ser humano, no es un fundamento adecuado para dotar de contenido a la participación, pues hace inconstitucional el sentido interpretativo de la instigación.

Como vemos, el dominio del hecho no fundamenta de ningún modo la instigación, ya que Roxin, en su afán de fundamentar los supuestos de autoría,

sólo busca desligar a aquella de la confusión existente con la autoría mediata, asumiendo para ello el concepto psicológico de instigación.

Ahora bien, respecto a la teoría de la “autoría mediata por aparato jerarquizado de poder” creada por Roxin, algunos doctrinarios asumen que dicha teoría debe ser dejada de lado y en su lugar debe recurrirse a la instigación para sancionar al “sujeto de detrás”. Gimbernat Ordeig sigue dicha postura cuando señala que la actividad de Hitler y de aquellos de quienes surgió la idea de genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción (Gimbernat Ordeig, 2012, pág. 163). Inductor es, según Gimbernat, quien despierta en el autor material la decisión de cometer un delito (Gimbernat Ordeig, 2013, pág. 78). Del mismo parecer es Gil Gil, al señalar que todo miembro de la cadena de mando que a su vez ejerce autoridad al transmitir la orden debe ser considerado inductor (Gil Gil, 2008, pág. 68). En la mayoría de los casos el ejecutor no será un *omnimodo facturus* decidido a la comisión del delito ya antes de recibir la orden, sino que, por el contrario, podrá decirse que está dispuesto a obedecer y a delinquir si se le ordena, pero no que sea él quien decide el delito concreto que va a cometer antes y con independencia de que se le dé la orden. Por ello la orden sí que hará nacer la resolución al concreto delito y podrá ser calificada de inducción (Gil Gil, 2008, págs. 70-71).

Como se observa, ambos doctrinarios dan por aceptado el hecho de que instigar es “despertar la decisión” o “hacer nacer” la resolución al delito; sin embargo, no dicen nada respecto a qué se debe entender por “despertar la decisión” o “hacer nacer”, por el contrario, dan por concluido que así debe entenderse a la instigación y que debe ser usada en lugar de la teoría de la “autoría mediata por

aparato jerarquizado de poder”. Asimismo, resulta sorprendente la contradicción expuesta en la teoría de Roxin cuando por un lado señala que: “el no ejecutor sólo puede ser señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor; pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que este no abarque el sentido concreto de la acción. No es imaginable en absoluto otra posibilidad” (Roxin, 2000, pág. 282); y por otro lado, contradictoriamente, señala: “en este tercer grupo de casos [se refiere al supuesto de utilizar a un no coaccionado ni engañado] no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano” (Roxin, 2000, pág. 273). Si la premisa básica de la autoría mediata es que el instrumento actúa sin libertad (coaccionado o engañado) y por ende no es sancionado, cómo conciliar esta idea con el otro supuesto (autoría mediata por aparato jerarquizado de poder) en donde el ejecutor actúa libremente, pero sí es sancionado. Quizá sea la excepcionalidad, justificada por política criminal, de este último supuesto lo que anula la premisa mayor de la autoría mediata. En todo caso, el dominio de la voluntad encuentra en la “libertad de actuar” del ejecutor un límite infranqueable. Esto último, aunque indemostrable desde datos objetivos, deja ver que entre dominio de la voluntad y dominio de hecho, no hay conciliación. Una vez más, lo subjetivo deja sin vida a esta teoría. De esto último ya se había dado cuenta Roxin cuando trató el tema del “dominio de voluntad en instrumentos dolosos no cualificado”, en donde intento reconducir la inexistencia del dominio de la voluntad hacia la instigación. En el instrumento doloso no cualificado, dice Roxin, existe un supuesto de hecho que, sobre la base de la teoría del dominio del hecho (dándose los demás requisitos), podría entrañar simplemente inducción, pues se trata de suscitar una

decisión del hecho (Roxin, 2000, pág. 282). Al respecto, inferimos que “el dominio del hecho” debe darse tanto en la autoría mediata como en la instigación, en cambio, dominio de la voluntad solo hay en la aquella, mientras que en esta no: el “hombre de detrás” sólo suscita la decisión al hecho en el ejecutor. Entonces, la diferencia entre ambas queda trazada desde lo subjetivo, lo cual, como punto de partida, no significa un avance para la ciencia jurídico penal.

**SEGUNDA PARTE: DISCUSIÓN ENTORNO A LA VINCULACIÓN DEL
FINALISMO CON EL “DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL
DELITO.**

I. LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

1.1. Consideraciones previas

Cuando en octubre de 1971 Welzel explicaba que no es dable pensar que a futuro la evolución de la dogmática conserve los conocimientos de los últimos cien años (Welzel H., 2014, pág. 51), no hacía sino dejar abierta la posibilidad de que, en aras de nuevas construcciones teóricas, es posible dejar de lado conocimientos de antaño. Esta posibilidad está condicionada a que algún concepto de la dogmática penal vigente no otorgue seguridad jurídica al momento de ser aplicada. Para verificar lo anterior es necesario identificar el fundamento raíz de donde deriva el concepto que no otorga seguridad jurídica. Siguiendo la línea de investigación propuesta, partimos de la premisa que la instigación, como actualmente lo entiende la doctrina, enraizada en la teoría de la acción finalista, no otorga seguridad jurídica que haga viable su aplicación. Para sustentar esto último es necesario explicar la teoría de la acción finalista desde su origen. En tal sentido, el desarrollo y análisis que aquí se hará viene delimitado por los aspectos básicos que le sirven de fundamento a la referida teoría, y, dentro de todo, el análisis incidirá en su sustento psicológico. La razón de lo anterior estriba en dos aspectos: *i)* porque fue el creador de la teoría de acción finalista quien admitió que usó a la psicología como sustento teórico; y, *ii)* porque en lo referido a la instigación, lo psicológico viene a ser el fundamento vigente ampliamente aceptado por la doctrina.

1.2. Fundamentos teóricos

Luego de que el régimen nazi utilizara al positivismo jurídico y a la filosofía de los valores de la escuela sudoccidental alemana como instrumentos para la creación y aprobación de leyes inconstitucionales, dictatoriales y que vulneraban derechos fundamentales, hubo que revisar los contenidos filosóficos de esas dos corrientes y evaluar si debían seguir siendo utilizadas por los legisladores aún después de la segunda guerra mundial. Luego de tal evaluación, la gran mayoría de teóricos de la posguerra concluyó que se debía abandonar el método del positivismo jurídico; se buscó entonces un nuevo pensamiento filosófico que sirviera de límite al legislador y evitar así el desastre positivista del nacionalsocialismo. Es producto de esa búsqueda que surge como opción filosófica el renacimiento del “derecho natural”.

Partiendo del análisis de las palabras “derecho” y “natural”, Welzel cree lograr responder la pregunta inserta en la última parte de la frase de Kant: “Todo pasa ante nosotros como en un río, y el gusto cambiante y las diferentes formas del hombre transforman todo el juego en incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza, que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo fijar indicaciones que señalen la ribera en que ha de detenerse?” (Welzel H. , 2014, pág. 115).

Para el desarrollo de la construcción de su sistema de teoría del delito, el pensamiento de Aristóteles será la fuente principal de donde Welzel extraerá ideas para consolidar aquel propósito. Así, a pesar de admitir que la debilidad del derecho natural se advierte en la praxis, Welzel menciona que “por derivar el derecho natural de la reflexión filosófica y al ser teoría en sentido eminente, el derecho natural es hijo del espíritu griego. La forma del derecho natural en la

cual pensamos por lo general en primer lugar, es decir, el derecho natural idealista, es el producto de las ideas de platónicas y de la teoría aristotélica de la entelequia. En ambas teorías tiene lo general una clara preeminencia sobre lo particular. Ideas o formas inmutables configuran el verdadero ser, mientras que lo particular y único, es solo un fenómeno fugaz y pasajero que posee el ser en la medida en que participa de la forma o idea eterna. La misma relación vale para el derecho” (Welzel H. , 2014, pág. 183). Formas inmutables, lo general, lo vigente en todos los tiempos, la finalidad (entelequia), todos esos conceptos pasarán a formar parte del sistema que empezaría a ver la luz en los años treinta del s. XX en Alemania.

Según Welzel, fue Aristóteles, en su obra *Ética a Nicómaco*, quien demostró que la estructura de la acción humana está compuesta por la «finalidad» como elemento principal (Welzel H. , 1951, págs. 13-14). Al asumir que todo objeto es unidad inseparable de materia y forma, ambas inmanentes, pero que la forma en un inicio no es inmanente a la materia de aspecto definido, sino que sólo es forma como posibilidad que, posteriormente, en el proceso de desenvolvimiento real se hará realidad total, es decir forma actualizada, Welzel llega a la conclusión de que la materia es sustancia como potencia o posibilidad, y la forma es sustancia como realidad actual; por tanto, el devenir es el tránsito de la posibilidad a la realidad de la forma, y esta es, por eso, el objetivo y el fin del proceso del devenir; en otras palabras, todo devenir tiene lugar por razón de un fin, y por eso este es, en último término, causa actuante del devenir (Welzel H. , 1979, pág. 24). De igual manera que el ser futuro se halla preformado potencialmente en el germen, actualizándose teleológicamente en el proceso de su desarrollo, y de igual manera que en la acción humana el fin esta mentalmente previsto y dirige y guía

los movimientos corporales reales, así también todo el acontecer universal es un gran proceso determinado desde un fin, movido y guiado por él. Todo objeto en cada estadio del ser tiene su fin propio y específico (Welzel H. , 1979, pág. 25). También de Ética a Nicómaco, Welzel extrae el fundamento de que *hecho imputable* es designado con el concepto, procedente la tradición griega, llamado “hekusion”. Esto último, en sentido estricto, es todo aquello que se encuentra sometido al poder conformador de la razón (Welzel H. , 1979, pág. 31).

Una vez construida la premisa de que la “razón” es el presupuesto de la imputación, Welzel agrega: “en el concepto de la reflexión racional describe Aristóteles, con gran claridad y plasticidad, la función practico-teleológica de la premeditación en la ejecución de la acción: cómo retrocediendo desde el fin propuesto se procede a elegir los medios más adecuados, siguiéndolos y fijándolos hasta el origen de la acción, con lo cual el actor puede dominar teleológicamente el curso de acontecer (Welzel H. , 1979, pág. 31).

Con aquellos argumentos, Welzel iniciaba la edificación de un sistema de teoría del delito que se mantendría vigente casi toda la segunda mitad del s. XX en varios países de Europa.

Trasladando a la realidad las ideas de Aristóteles y en su afán por restablecer el carácter finalista de la acción que se perdió con el causalismo, Welzel explica que la «finalidad o la actividad finalista de acción» se sustenta en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder

causal exterior hacia el objetivo y lo sobredetermina así de modo finalista (Welzel H. , 1951, págs. 19-20).

De lo mencionado por Welzel es posible inferir que si el suceder causal exterior es sobredeterminado por el actuar final del hombre –ya que al actuar finalísticamente es posible cambiar el curso causal predeterminado-, el libre albedrio vendría a ser requisito para el actuar final. La negación de este requisito por parte del causalismo sería el error grave que haría impracticable el concepto de delito sustentado con el fundamento de las ciencias naturales, pues, como dice Liszt “los clásicos ya habían establecido al «libre albedrio» como piedra angular de su doctrina” (Von Liszt, 1916, pág. 28). Sin embargo, con los estudios de los criminólogos Lombroso, Ferri y Garófalo, enraizados en el determinismo de las ciencias naturales y que, por tanto, niegan el libre albedrio, se creyó encontrar el fundamento del derecho penal. A pesar de ello, el derecho penal de los años 70 del s. XIX no vio con buenos ojos la concepción de “criminal nato” dada la insuficiente sistematización de sus afirmaciones. En su lugar sustentaron que son “las condiciones sociales” lo que influye en la criminalidad y, manteniendo el determinismo postulado por la criminología italiana de la época, se dio un enfoque sociológico al delito. La mesa estaba servida para determinismo causal sustentado en “la razón suficiente”.

De todo lo anterior entendemos que el finalismo, oponiéndose al causalismo naturalista, apelaba al «indeterminismo no tradicional» como soporte de su teoría. Decimos «indeterminismo no tradicional» porque fue el mismo Welzel quien había expresado que el «indeterminismo tradicional» (libre albedrio) destruye al sujeto responsable (Welzel H. , 2011, pág. 140).

1.3. La psicología y el finalismo

Un último fundamento de la teoría de la acción finalista lo encontramos en los postulados psicologistas. Welzel, para la formulación de su teoría, recogió la sugerencia de la psicología del pensamiento de la obra “Fundamentos de la psicología del pensamiento” del filósofo Richard Honigswald; recibió también otras sugerencias de los trabajos de los psicólogos Karl Buhler, Theodor Erisman, Erich Jaensch, Wilhelm Peters y de los fenomenólogos P.F. Linke y Alexander Pfander, entre otros. Las obras de los autores antes mencionados llevaron a cabo la ruptura con la antigua psicología mecanicista, poniendo de manifiesto una forma de realización de los actos anímicos que no era causal mecánica (Welzel H. , 2011, pág. 28). Quien nos da cuenta de la instalación de la psicología en la teoría de la acción finalista es Cuello Contreras, cuando al hacer una defensa del finalismo frente al normativismo, explica que resulta a duras penas comprensible construir un bloque de imputación caracterizado por prescindir completamente de la parte subjetiva, con todo lo que se supone de acotación para la imputación; dicha construcción [se refiere al normativismo] sería una bofetada a la construcción científica, y auténtica piedra de escándalo para el psicólogo de buena fe que todavía confíe en el respeto de la ciencia jurídica a los presupuestos mínimos de las restantes ciencias (Cuello Contreras, 2006, pág. 74); o cuando explica que Welzel desarrolló el finalismo de manos de los conocimientos científicos y filosóficos de su época sobre el hombre: la incipiente psicología y la fenomenología entonces en boga. Hoy habría echado mano de nuevos conocimientos como los de la psicología social de G.M. Mead y Piaget, o de la filosofía analítica de lenguaje (Cuello Contreras, 1996, pág. 261); pues, como se sabe, recientes investigaciones psicológicas han demostrado que

la “conciencia existe en grados” y que la mayoría de la gente no planea conscientemente todos sus comportamientos (Ambos, 2010, pág. 47).

Cualquiera podría pensar que el anidamiento de la psicología en el derecho penal empezó con la teoría de Welzel, incluso hasta se podría pensar que fue él quien admitió que usó la psicología para fundamentar el finalismo; sin embargo, la psicología ya estaba inmersa dentro de la ciencia penal desde antes con Liszt, y antes de éste con Feuerbach. Pues según aquel, el autor del delito en cuanto individuo, tiene que ser entendido únicamente en términos científico-causales, o sea, desde el punto de vista biológico, psicológico y sociológico. Así, pues, el hombre que Liszt pretendió haber descubierto en el autor, era el abstracto tipo ideal de «hombre» propio de la ideología política del siglo XIX. No ya, por cierto, “l homme machine” de Lamettricc y del materialismo francés durante la alta ilustración, tampoco el hombre sin alma del atlas anatómico, pero sí, en el fondo, el hombre desventurado, la individualidad cualquiera de la novela psicológica y del diagnóstico psicoanalítico (Wolf, 2008, págs. 21-22).

1.4. El finalismo en la teoría de la participación

Una vez más sería Aristóteles la fuente de donde Welzel extraería la semilla para fundamentar su teoría de la participación. Así, según él: “El principio más general de la imputación es, en Aristóteles, el del «dominio del hecho». Una acción es solo imputable si se halla en nuestro poder, o si somos sus dueños, de tal manera que también podríamos obrar de otra suerte” (Welzel H. , 1979, pág. 31). Para usar el argumento de Aristóteles, Welzel empieza diferenciando entre el ejecutar un tipo penal doloso y un tipo de causación imprudente; luego, para explicar la autoría de los tipos penales dolosos, señala: “El autor final es señor y dueño de

su decisión y su ejecución, y con esto, dueño y señor de «su» hecho, al cual le da forma conscientemente en su existencia y en su forma. Instigador y cooperador tienen también un cierto dominio sobre el «hecho», pero solo sobre su contribución. El hecho en sí está sólo bajo el dominio final del autor. De acá que su participación es sólo contribución en un hecho ajeno” (Welzel H. , 2003, págs. 82-83). He citado con tal detalle y extensión lo escrito por Welzel, porque en ello se advierte el error respecto a la instigación.

Utilizando las mismas palabras de Welzel, nos preguntamos: ¿Podría influirse en el actuar decidido, consciente y existencial de una persona? Al igual que la doctrina actualmente aceptada, para establecer en qué consiste la participación en el delito, Welzel parte del concepto de autor final para de ahí, de forma residual, fundamentar su posición respecto a la participación en el delito. Así, Welzel, refiriéndose al autor del delito, menciona: “La «voluntad de autor» es una formulación exclusivamente subjetiva, no es práctica y es completamente superflua. Es decisiva para la realidad objetiva que el hecho sea realmente obra del autor. Esta realidad objetiva es de todas formas dependiente de elementos subjetivos, vale decir del dominio final, el cual es más que solamente subjetivo (Welzel H. , 2003, págs. 86-87).

Como vemos, es el “dominio final real” el principal soporte del concepto de autor doloso en Welzel. Ahora bien, respecto a la participación en el delito, Welzel escribe que: “sólo partiendo de un concepto final de acción, de la separación de la acción final y del tipo de causación imprudente y de la correspondiente diferenciación entre injusto y culpabilidad, se fundamenta una teoría de la participación” (Welzel H. , 2003, pág. 93). De acá se deduce por sí sola, dice Welzel, la esencia de la participación; es la preparación de acciones de apoyo

sin participación en la decisión del hecho y en el dominio del hecho final; es decir, la contribución en el hecho ajeno (no solo el hecho “como uno ajeno”) (Welzel H. , 2003, pág. 101).

Como se observa, al iniciar su explicación de la participación delictiva, Wezel asume que el partícipe sólo apoya al autor, pues le está vedado participar en la decisión del hecho y en el dominio final. Hasta aquí no cabría cuestionamiento alguno a lo formulado por Welzel; sin embargo, con aquella formulación, se estaría anulando, y por ende dejando inviable, al concepto de la conducta “determinar a otro” actualmente aceptado ampliamente por la doctrina mayoritaria.

Entonces, como se puede advertir de lo mencionado por Welzel, el método de construir el concepto de participación a partir de la definición de autor no necesariamente conlleva a una fundamentación correcta de todas las formas de participación.

1.5. La instigación en la teoría de la acción finalista

La validez del contenido de la instigación como forma de participación está condicionada al sistema del cual proviene; sólo un examen atento a las particularidades de dicho sistema nos permitirá evaluar la viabilidad práctica de sus postulados.

Sistemáticamente, el causalismo, representado por Von Liszt y Beling, fue el primer intento de fundamentar científicamente a la instigación al delito. En contraposición al causalismo, el finalismo fundamenta la instigación en base a la psicología. Así, según Welzel, instigar es determinar dolosamente a un hecho doloso (mediante influenciación psíquica). Es fundamental la producción de la

decisión del hecho en el autor; no es necesario, en cambio, haber inspirado el plan del hecho. Por eso, es instigador quien da el dinero pedido al asesino, que se había puesto a disposición, por sí mismo, para la comisión del delito por precio. El medio empleado para la instigación es indiferente: persuasión, consejo, hasta aparente disuasión. El instigador debe haber querido un hecho determinado; un mero impulsar o animar a actividades delictuosas no es suficiente (Welzel H. , 1956, págs. 121-122). Como vemos, al ser la psicología el contenido principal del comportamiento “determinar a otro” en la instigación, el finalismo continúa fundamentando la participación en un aspecto subjetivo.

II. POSICIONES DOCTRINARIAS RESPECTO AL FUNDAMENTO DE “DETERMINAR A OTRO” EN LA INSTIGACIÓN

Desde hace siglos y hasta la actualidad la doctrina ha intentado fundamentar la conducta “determinar a otro” de la instigación al delito, ello se advierte en algunas obras de la parte general y de teoría de la participación del derecho penal. De acuerdo a esta línea investigativa, resulta importante analizar algunas de las posturas más relevantes respecto a la instigación, dividiéndolas en posturas subjetivas y objetivas.

2.1. Posturas subjetivas

2.1.1. La postura de Beling

Enmarcado dentro de la teoría causal de la acción, para este doctrinario, “el hecho de que el instigador pone una causa, la más importante, para que el instigado ejecutara el delito, condujo a los estudiosos de la escuela clásica a la dificultad de tener que admitir que el instigador es autor. Para corregir aquello, los clásicos negaron la propiedad causal de la acción instigante y encontraron la solución en «el libre albedrío» del instigado. La resolución del instigado sería suya y autónoma, la instigación tendría el valor sólo de una proposición no determinante. Así se llegó al dogma de la «interrupción de la cadena causal» por el acto libre del *secundus*; nada impedía concebir la instigación como algo distinto de la autoría”. Instigar es, según Beling, determinar a otro a la acción punible por él cometida; esto significa generar la resolución de cometer un hecho posterior cometido (Beling, 1944, pág. 111). Como años más tarde lo harían Welzel, Roxin y otros doctrinarios, Beling llega a obtener el concepto de

instigación residualmente, es decir, luego de obtener el concepto de autor; en ese sentido menciona: “lo que regula la calidad de autor es el cuadro representativo central enunciado por el correspondiente delito tipo. Con lo cual se funda especialmente la diferencia entre instigador y autor mediato. Del instigador no puede decirse que él haya matado a X, mientras que es posible decirlo de los autores (aún de los mediatos) (Beling, 1944, pág. 112). Asimismo, Beling llamó “forma delictiva no independiente” a la instigación, ya que por sí sola es vacía y sólo cobra valor jurídico penal al unirse a un delito tipo; a su vez mencionó que la instigación tiene su propio esquema, donde su concepto tipificante sería “determinar a otro” (Beling, 1944, pág. 12).

2.1.2. La postura de Liszt

En la misma línea causalista de Beling, Liszt considera que la instigación es la determinación dolosa de otro a un acto punible, cometido dolosamente por el inducido (Von Liszt, 1917, pág. 87). En la instigación es esencial la determinación dolosa de otro, al acto cometido por él; es decir, el hecho de suscitar en otro la resolución de obrar (Von Liszt, 1917, pág. 88). El apogeo en la segunda mitad del s. XIX de la “teoría accesoria de la participación”, llevó a este autor a considerar a esa teoría como resultado de los diferentes intentos de fundamentar la instigación. En efecto, dice Liszt, el hecho de seguir considerando a la instigación como producción mediata del resultado, esto es, como una causación en la cual la influencia del agente sólo es anillo de la cadena de causa y efecto, implicaría asumir que el autor es un instrumento en manos del instigador; ello es incompatible con la hipótesis del libre albedrío (Von Liszt, 1917, pág. 74). Como se observa, la postura de este doctrinario es un intento de fundamentar la

instigación sin alejarse de la teoría de las ciencias naturales, esto con el propósito de no confundirla con la autoría mediata. Por ello se mantuvo la exigencia de un influjo sobre la voluntad del autor, determinada por si misma (libre albedrio relativo) (Von Liszt, 1917, pág. 74).

2.1.3. La postura de Mezger

Este autor, al sostener que la causalidad es el punto de arranque de la teoría de la participación (Mezger, 1958, pág. 298), se adhiere a una posición mixta al momento de fundamentar la instigación. Así, frente a la pregunta ¿cómo se diferencian, fundamentalmente, las distintas formas de participación en el hecho punible? (Mezger, 1958, pág. 301), Mezger, después de señalar la importancia de tal diferenciación y que la ley no proporciona al respecto información alguna, se decide por una postura subjetivista al responder: “El punto de partida decisivo para diferenciar las distintas formas de participación es la dirección subjetiva de la voluntad del partícipe: el autor actúa con voluntad de autor, el instigador con voluntad de instigador y el cómplice con voluntad de cómplice” (Mezger, 1958, pág. 302). Sin embargo, en lo que se refiere a la instigación, Mezger no es de la idea de fundamentar el “determinar a otro” desde el punto de vista psicológico pese a que se ubica en las filas del subjetivismo, pues, según él, “instigador de un hecho punible es el que hace surgir en otro, con voluntad de instigador, la resolución de cometer un hecho, y da lugar, de tal manera, a que cometa el hecho como autor. Para «determinar a otro a la acción», es suficiente hacer surgir en él la «resolución» de realizar el tipo del injusto” (Mezger, 1958, pág. 314).

Como vemos, si bien este doctrinario se aleja de la postura psicológica del finalismo, mantiene una postura subjetivista para sustentar el comportamiento “determinar a otro”; es por esa razón que para Mezger, respecto a los fines de la “resolución” que el instigador debe hacer surgir con arreglo al § 48 [artículo que regulaba la instigación al delito en el código penal alemán vigente el año que escribió su tratado. Actualmente la instigación está regulada en el § 26 del código penal alemán] es suficiente la voluntad finalista de la situación de hecho que fundamenta la antijuridicidad; puede *faltar*, en el instigado, una relación finalista respecto del homicidio. El § 48 es determinante. Existe solamente la instigación *dolosa* (Mezger, 1958, pág. 314). Nótese que en la utilización de la palabra “finalista” Mezger sólo incluye un criterio subjetivo, sustentado, como dijimos al inicio, en la voluntad de instigador, mas no en algún aspecto psicológico.

2.1.4. La postura de Merkel

En Merkel parece ser que la “motivación decisiva” sería el contenido de la conducta “determinar a otro”, ello, desde luego, en consonancia con el causalismo y la teoría objetivo formal de la participación que él defendía: “El instigador ha de haber dado a la persona instigada motivos decisivos para que esta tome su resolución antijurídica, y ha de habérselos dado dolosamente. Su dolo ha de abarcar el hecho concreto realizado por otra persona en todos sus caracteres esenciales según ley. Para resolver la cuestión sobre si ha habido o no instigación a un delito, hay que partir siempre del hecho ejecutado por el instigado y averiguar si este determinado hecho ha sido querido y dolosamente causado por el supuesto instigador” (Merkel, 2013, pág. 152).

Como se observa, en esta postura el punto de partida necesario al analizar la instigación lo constituye el dato objetivo que arrojan los hechos, luego, sólo después de comprobar aquello, se toma en cuenta lo subjetivo. Una explicación así conlleva a admitir la dependencia del acto “determinar a otro” respecto a lo fáctico.

En lo que se refiere a la preeminencia de lo objetivo en la instigación, Merkel describe al acto de “pedir” como aquel dato verificable por los sentidos que desencadena el suceso delictivo de esta forma de participación; se castiga los actos instigación bajo las siguientes condiciones: la acción debe revestir el carácter especial de una “petición”, y, por tanto, el deseo de que el otro cometa el crimen ha de ser manifestado en una forma inteligible para él. Las simples excitaciones no pueden ser consideradas como instigación. Basta la simple petición verbal, cuando a ella se une la seguridad de ciertas ventajas. Estas últimas deben consistir en algo que resida fuera del crimen mismo y que sea en sí independiente de éste. Basta, por lo demás, con que sea una promesa relativa a cualquier mejora en la posición o bienestar exterior del otro (Merkel, 2013, pág. 153).

2.1.5. La postura de M. E Mayer

La teoría objetivo formal de la participación es la vía que canaliza el entendimiento de la instigación para Mayer, ya que según él, el concepto de participación es por completo un producto de la ley (Mayer, 2007, pág. 481). Sin embargo, en esta postura también se observa una combinación con criterios subjetivos cuando señala: “Instigador es el que, dolosamente y con éxito motiva a otro a hacerse autor. La acción voluntaria del instigador consiste en que él

despierta en otro un motivo para cometer la acción punible” (Mayer, 2007, pág. 486).

Seguidamente, Mayer expresa: “Las acciones que, bajo el supuesto de un intermediario responsable, serían de instigación, son, si al intermediario no puede hacerse responsable por su actividad, de autoría mediata. Ese paralelo encuentra su fundamento en que la autoría mediata y la instigación coinciden en su estructura causal, ambas son impulsos para «determinar a la ejecución», ambas se conforman al concepto, no usado por la ley, de ocasionar” (Mayer, 2007, pág. 469). Desde su enfoque causal, y equivocándose al dar una condición común a una forma de autoría y a una forma de participación, Mayer entiende que la instigación y la autoría mediata son impulsos para que los ejecutores realicen el delito; ello desde luego no es admisible teóricamente, pues en la autoría mediata el ejecutor no es responsable penalmente, mientras que en la instigación sí. Asimismo, este doctrinario se aleja de cualquier planteamiento subjetivo para fundamentar la instigación, en lugar de ello cree que es el acto de “ocasionar” lo trascendente para que se dé la instigación y la autoría mediata.

2.1.6. La postura de Maurach

Plagado del subjetivismo propio del finalismo, para este doctrinario participar en el delito es colaborar en un hecho ajeno o motivar para su realización, pues en el partícipe está ausente el dominio final del hecho. Contrariamente a los postulados causalistas y reivindicando el libre albedrío del inducido basado en un deber, Maurach señala: “El rol del inductor se limita a lograr que el autor principal se incline hacia la comisión del hecho. No obstante, este último sigue siendo señor de la situación. En cuanto responsable puede discrecionalmente

hacer caso omiso del inductor desde el principio o bien alterar su sentido en forma posterior. Si comete el hecho al cual fue inducido, ello nada refleja acerca de una eventual determinación causal, sino simplemente significa que este autor principal, libre y responsable desde un comienzo, no movilizó sus facultades de resistencia frente al intento de corrupción, no obstante de haber estado en situación de hacerlo” (Maurach, 1995, pág. 411). El argumento de este doctrinario refleja el sustento del porqué debe ser responsable el instigado; refleja también que la base de su teoría de la autoría, para hacer responsable al inducido, está anclada en el “dominio del hecho”. Con todo ello, habría que preguntarse: ¿Debe sostenerse la teoría de la participación en el delito sobre el dominio del hecho, como lo hace la autoría?

Para resolver lo anterior debemos develar qué es lo que entiende el referido doctrinario por “determinar a otro” en la instigación. Así, según Maurach, 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 decisión de hacerlo, bajo su propia responsabilidad, es decir para actuar con dominio del hecho. Por ello se debe exigir 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”, no constituye un “determinar” (Maurach, 1995, pág. 437).

Como vemos, el aspecto que más resalta de lo expresado por Maurach es el requisito del “contacto espiritual” entre inductor e inducido para que se configure

la acción de “determinar a otro”. Ante tal explicación, considero que no es posible adherirse a tal planteamiento por tener como soporte un concepto vacío y carente de contenido epistemológico. Es, desde el punto de vista subjetivo, el más incierto de los planteamientos. En lo que aquí interesa, vemos que este doctrinario menciona que “determinar” es influenciar sobre la dirección de la conducta, menciona además que “invitar al hecho delictivo” no es “determinar” y, finalmente, menciona que la meta del inductor consiste en la lesión de un bien jurídico. De lo anterior se observa una línea de argumentación basada en lo subjetivo, hasta cierto punto místico, no psicológico, pero, aun así, indemostrable.

En otro extremo de su explicación, Maurach pretende establecer el requisito del “tiempo” para que se dé la instigación y que, durante ese espacio de tiempo, se pueda verificar, en algunos casos, que el acto de inducir no es una única condición del resultado delictivo. Así, al respecto, menciona: “El inductor debe haber dado el tiempo –al menos final- necesario para la adopción y realización de dicha resolución. Es decir, la acción de inducción no necesita haber sido la única condición para la resolución del autor, ni tampoco presupone que la acción de inducción se deba ejercer exitosamente sobre un autor originalmente indiferente al hecho o incluso contrario a este” (Maurach, 1995, pág. 438).

2.1.7. La postura de Jeschek

Los cimientos del subjetivismo psicológico serían tomados muy en cuenta por este doctrinario al explicar el concepto “determinar a otro”. Así, para él, además de admitir que el inductor tiene sólo voluntad de partícipe, inducción es una influencia espiritual del autor por convencimiento; para apreciar la inducción no

basta con crear una ocasión favorable; cualquier medio es idóneo para la inducción, en la medida en que implique una influencia psíquica (Jescheck, 1993, pág. 626). Como vemos, este doctrinario se adhiere a la postura subjetivista de la participación para explicar el contenido de “determinar a otro” de la instigación; sin embargo, si bien puede ser correcto sistemáticamente, no dice nada nuevo respecto al contenido de la instigación. Advertimos también que al utilizar el “aspecto espiritual” para explicar el contenido de “determinar a otro”, Jescheck se inclina por una tendencia carente de sustento epistemológico que, a la par de no fundamentarlo, le da poca importancia a los datos objetivos que se dan cuando el instigador crea la “ocasión favorable” al “determinar a otro”.

2.1.8. La postura de Stratenwerth

Para este doctrinario, el aporte al hecho que hace el instigador consiste, según el texto de la ley, en que determina al autor a cometerlo. “Determinar” significa provocar en el autor la decisión de cometer el hecho. La decisión abarca la totalidad de los elementos subjetivos del tipo (Stratenwerth, 2005, pág. 420). Como se observa, este autor no menciona cuál debe ser ese “medio que sirva para provocar” la decisión al hecho. Menciona, en cambio, que la doctrina preponderante, consciente de restringir los medios para provocar el delito, admite que la influencia psíquica o comunicativa sobre el autor sirve para restringir los medios para provocar. Sin embargo, se declara partidario de que una forma aún más restringida respecto a los medios para provocar sería la “influencia en el sentido de una incitación al hecho” (Stratenwerth, 2005, pág. 422). De la revisión de la postura de Stratenwerth observamos que no es posible entender a qué se refiere con “incitación al hecho”. Lo que sí es notorio es su

inclinación por el subjetivismo cuando menciona que “los límites del ilícito penalmente relevante se diluyen si uno cree poder dejar fuera de consideración el lado subjetivo de la conducta” (Stratenwerth, 2005, pág. 421); o cuando enseña el ejemplo de que quien incita a un paranoico a matar a su supuesto persecutor, lo conduce en virtud de su superioridad espiritual, mientras que el así influido, por su parte, domina el acontecer del hecho directamente (Stratenwerth, 2005, pág. 375).

2.1.9. La postura de Roxin

Según este doctrinario, “determinar” significa ser causa respecto a la resolución del autor al hecho, a cuyos efectos, igual que sucede en la causación, basta una cocausalidad (Roxin, 2014, pág. 228). Como vemos, el lugar de donde parten los causalistas para fundamentar la instigación es el punto de arranque de la posición de este doctrinario respecto al comportamiento “determinar a otro”. Asimismo, refiriéndose a la voluntad de cometer el delito, Roxin admite que es cierto que en concreto puede ser dudoso cuándo es tan firme la voluntad de cometer el hecho que se la pueda considerar como resolución. No se puede exigir una decisión “firme como las rocas” e irrevocable; ya que es indiscutible que una reserva de desistimiento no excluye que haya una resolución e incluso una tentativa punible, a pesar de que en tal caso el autor no está absolutamente seguro de la voluntad de ejecutar el hecho (Roxin, 2014, pág. 229). Dicha postura conlleva a admitir que “determinar a otro” no sería un acto objetivo pese a que Roxin, al inicio, le da sustento causalista, y que la consecuencia generada en el ejecutor del hecho, al no ser firme su resolución al hecho, sólo se discute desde un ámbito interno subjetivo. Quizás es por esa razón que Roxin extrae, en menor

medida, un aspecto ya mencionado por Welzel, cuando señala: “quien se siente desgarrado entre un extremo y otro y vacila sobre si debe cometer el hecho, aún no está resuelto y puede ser inducido por una persona externa, que le proporciona la preponderancia en la psique del autor a las tendencias a cometer el hecho” (Roxin, 2014, pág. 229).

Más acertada, pero sólo en un aspecto, me parece la posición de Roxin cuando, citando a Christmann, aplica la teoría de la imputación objetiva a la inducción; según este último, el inductor ha de haber creado un “peligro cualificado de causación de la resolución al hecho”, peligro que se realiza en la resolución al hecho como el “primer resultado” y que mediatamente conduce al segundo resultado de la realización del tipo (Roxin, 2014, pág. 231).

2.1.10. La postura de Gómez Rivero

Como precisión respecto a esta postura y respecto a cualquier autor (a) español que argumenta en base a la figura de instigación, debemos señalar que en la legislación penal del país ibérico, contrariamente a lo que sucede en Alemania, no existe el término “determinar”. Es decir, para referirse a la instigación utilizan el término “inducir”, el mismo que está inserto en el literal a) del artículo 28 de su código penal vigente.

Pues bien, la tesis de la que parte esta autora española es que el fundamento de la instigación al delito debe elaborarse a partir del desarrollo de la noción más amplia de riesgo en derecho penal. El traslado de la noción de riesgo, dice Gómez Rivero, a la actuación del inductor se traduce en la exigencia de que su conducta, desde una perspectiva ex ante y teniendo en cuenta sus conocimientos, aumente de un modo normativamente relevante el peligro de que

el inducido adopte y ejecute una resolución delictiva, de tal modo que su incitación se valore por el derecho como un riesgo no tolerado (Gómez Rivero, 1995, págs. 30-31).

Como se observa, esta postura resulta atendible en la medida que busca usar la noción de riesgo no permitido como soporte en la fundamentación de la instigación al delito; ello porque, a mi juicio, da un enfoque actualizado y acorde con el avance de la ciencia penal en lo que se refiere a la teoría de la participación delictiva. Sin embargo, y como veremos enseguida, para lograr aquel objetivo, Gómez Rivero adopta la posición subjetiva del “determinar a otro” cuando al explicar la “acción de inducir” menciona: “concluyendo, podemos decir que la acción de inducir, y por tanto su desvalor de acción, consiste en el ejercicio por el inductor de una incitación o actividad persuasiva a la que es inherente la noción de influjo psíquico que, desde una perspectiva abstracta y ex ante, representa un riesgo penalmente relevante de que el destinatario adopte y ejecute la resolución delictiva, peligrosidad que se traduce así en la capacidad potencial de incitación para vencer sus inhibiciones para la comisión del delito, y en definitiva, para inclinar su voluntad en el sentido del comportamiento que se le propone” (Gómez Rivero, 1995, págs. 169-170).

De la postura de esta doctrinaria advertimos, además de su inclinación subjetivista, la existencia de una contradicción entre lo que propone y su toma de postura cuando, por un lado, menciona que el fundamento de la instigación debería ser la noción de “riesgo no permitido”; y, por otro lado, asume que la “acción de instigar” se sustenta en el subjetivismo psicológico. Es decir, intenta objetivizar un concepto con fundamentos subjetivos.

2.2. Posturas objetivas

2.2.1. La postura de Hruschka

Para desarrollar su postura respecto a la instigación, este doctrinario usa como soporte la teoría “prohibición de regreso” del penalista Frank cuando dice: “Hay condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia, rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causas aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado” (Hruschka, pág. 217). Hruschka, haciendo suyas las palabras de Frank, entiende que “la libertad de actuar” del ser humano presupone el requisito de toda posibilidad de imputación, ello tiene que ser así porque –según él- debemos abandonar la contradicción en la que cayeron los que incorrectamente entendieron a Kant, quien, basándose en Pufendorf, había dicho que la acción humana está determinada por un fin. Ciertamente, si atendemos realmente a un proceso como acción –en el sentido actual de la palabra-, no es el aspecto final lo que más importa de la acción humana. Las acciones son consideradas tales, más que a través del *nexus finalis*, a través de la libertad del que actúa (Hruschka, 2009, pág. 220). Al ser la libertad el primer presupuesto de imputación, el ejecutor del delito que actúa libremente, es autor y, por ende, cualquier situación anterior a la ejecución del delito no podemos denominarlo causa. He aquí el fundamento de la autoría del instigado ejecutor: si el autor principal actúa libremente, entonces no hay nada más que haya de ser “causado” (Hruschka, 2009, pág. 225).

Hasta aquí estaba sustentado porqué debería ser considerado autor al instigado más no al instigador. Ahora bien, respecto al comportamiento “determinar a otro”, Hruschka inicia señalando que la causalidad sí es un componente de la instigación; sin embargo, no es cualquier postura “causal” lo que le sirve de sustento, por el contrario, se debe ser cuidadoso y no caer en el error naturalista de considerar al instigador como causa o, lo que es lo mismo, como autor. Así, para Hruschka el concepto de “causa” de las ciencias naturales es un primer concepto “fuerte”, el cual no está en armonía con la “libertad” del actuar humano; por ese motivo debe construirse un segundo concepto de “causa”: puede una determinada acción humana aislada, si pertenece a la suma de condiciones en cuestión, ser entresacada como “causa” de un efecto, esto es, si dicha condición es la última acción humana –libre- que produce la aparición del efecto. Lo será entonces aquella aislada acción humana (libre) que, cumpliéndose los restantes presupuestos, determina el efecto. Es este un segundo concepto de causa: una especialmente cualificada condición aislada, precisamente la última acción humanan (libre) que produce el efecto (Hruschka, pág. 228). Como vemos acertadamente en este doctrinario, no es posible admitir la psicología en el “determinar a otro” al resultado; mejor aún, la acción humana, junto con otros sucesos verificables objetivamente, es lo que constituye “determinar a otro” en la instigación al delito.

2.2.2. La postura de Jakobs

Resulta interesante que este doctrinario mencione que la interpretación de la expresión “determinar” es difícil y polémica, pues el cómplice necesario (p. ej., 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 en capaz de realizarlo, y así, sólo entonces, en dolo penalmente típico. Con mayor razón “determina” en sentido amplio quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito (alguien roba a un malhechor sabiendo que este se desquitará robando en otro sitio) (Jakobs, 1997, pág. 804). Como se observa, en este doctrinario el punto de referencia para entender la conducta “determinar a otro” se obtiene de los datos objetivos del hecho delictivo; sin embargo, una construcción así resulta incompleta, pues no dice nada respecto a cuál es el concepto de “determinar a otro”, y si la misma debe o no seguir en los cauces del subjetivismo.

Jakobs se da cuenta de esto último y después de mencionar que existe una corriente muy entendida que señala como requisito de la instigación una “influencia espiritual” sobre el inducido, menciona: “El influjo psíquico constituye inducción sólo si el autor –como en la antigua teoría subjetiva sobre la autoría– adopta su decisión, y persevera en ella, con dependencia de la voluntad del que influye. Pero si el autor, por sí solo, pone en práctica el saber que se le ha transmitido, sin que la voluntad del que influye haya llegado a ser causal, o si la voluntad del que influye, que antes a surtido efecto, se convierte en obsoleta antes de la ejecución del hecho (p. ej., porque el que influye comunica al ejecutor que ya no está interesado en el hecho), la inducción estará sólo intentada y únicamente consumada la complicidad (psíquica)” (Jakobs, 1997, pág. 805).

Considero que de la postura de Jakobs se advierte un contrasentido: por un lado, acertadamente, asume que el “determinar a otro” debe ser considerado como la causa para que el instigado ejecute el hecho; y por otro lado, de manera errada,

hacer ver una concordancia de conceptos entre “influjo psíquico” y “determinar a otro”, haciendo parecer que ambas se corresponden o, lo que es peor, que aquel es contenido de este.

2.2.3. La postura de Frisch

Este doctrinario en lugar de utilizar los términos “determinar a otro”, prefiere referirse a la inducción como “preconización del delito”. Por el elemento de preconización del delito, dice Frisch, que les es propio [a los casos de instigación], encarnan arquetípicamente la referencia funcional de la conducta a un suceso delictivo, mostrándose, en relación con este elemento, por su sentido, claramente como motivación a una conducta así (Frisch, 2004, pág. 359). Como se puede ver, en Frisch instigar es, además de una conducta con referencia de sentido, una conducta subjetiva dirigida a ocasionar una resolución delictiva.

Lo anterior deja ver la inconsistencia que tiene la postura de este doctrinario cuando, por un lado, desarrolla toda su teoría de la participación sobre la “imputación objetiva de resultado”; y, por otro lado, sostiene que lo subjetivo es –si bien no imprescindible- parte del concepto de “determinar a otro” en la instigación. Tal contrasentido en Frisch se advierte cuando menciona que: “idealmente, en estos casos [de instigación] ha de tratarse –como por lo demás en los supuestos intencionales paralelos- de comportamientos que ciertamente muestran referencia de sentido de la motivación a resoluciones delictivas, pero que al mismo tiempo, con respecto a su función motivadora, o de hecho, dependen de la existencia o inexistencia de ciertas condiciones. Estas condiciones pueden ser de índole externa, p. ej., depender de determinadas

situaciones o circunstancias (naturalmente, también en estas situaciones cabe intención). Pero pueden residir asimismo en la *psique* de la persona a la que eventualmente se motiva: así ocurre cuando la preconización de determinado delito (o la conducta de aprobar de hecho este obrar delictivo) tiene lugar frente a una persona con respecto a la que no está claro si está ya decidida o no al delito” (Frisch, 2004, pág. 360). Con todo, Frisch, pese a adherirse a la postura de la imputación objetiva cuando dice que la “referencia de sentido” no es un dato subjetivo, una voluntad determinada, o el esperar algo concreto, o una motivación personal del sujeto al obrar (Frisch, 2004, pág. 362); se mantiene en la línea subjetiva psicológica al fundamentar que el “determinar a otro” reside en la *psique* del que motiva.

2.2.4. La postura de Olmedo Cardenete

Admitiendo que la voluntad humana puede ser influida por múltiples factores, Olmedo Cardenete cree que las voces discrepantes respecto de aquellas que sostienen que debe mediar el influjo psicológico entre el instigador y el autor, resultan justificadas. Así pues, según este doctrinario español, en el ámbito de lo normativo podemos atribuir a la inducción una estructura morfológica que requiera la presencia de una invitación inequívoca a la comisión del delito, con independencia de que en el oscuro ámbito de lo psíquico pueda defenderse la existencia de un proceder motivado por las condiciones externas propiciadas por un tercero (Olmedo Cardenete, 1999, pág. 507). Asimismo, este autor menciona: “Debemos recordar que ya destacó H. Mayer que la visión objetivo-causal de la conducta instigadora establece una conexión «entre simples contenidos de la conciencia, que como tales no constituyen realidades físicas, con sucesos

corporales reales». Niega [haciendo referencia a H. Mayer] por tanto la posibilidad de que puedan incluirse dentro del nexo causal sucesos exteriores con simples fenómenos internos del conocimiento humano, puesto que estos últimos al carecer de realidad corpórea no pueden ser introducidos en la misma cadena causal. Con ello se priva pues del correspondiente carácter de necesidad característico de todo proceso causal. Se trata, como advierte el autor citado [refiriéndose a H. Mayer], de un problema de naturaleza filosófica y psicológica que nadie ha solucionado” (Olmedo Cardenete, 1999, págs. 131-132).

De todo lo mencionado por Olmedo Cardenete, nos queda claro su alejamiento de las tesis subjetivistas; es más, argumenta que no es conciliable reconducir la causalidad con datos que están en la cabeza del instigador y el ejecutor del delito. Respecto a esto último habría que hacer la observación de que, conforme se mencionará más adelante, la filosofía asume que si es posible una relación causal determinada del aspecto subjetivo, siempre y cuando sea posible entender la causalidad como una relación verificable en el mundo exterior.

2.2.5. La postura de G. P. Fletcher

Haciendo un análisis de las diferencias teóricas entre el pensamiento jurídico penal angloamericano y el alemán, este doctrinario menciona que en aquel existe una equivalencia entre autoría y participación; en tal sentido, menciona: “los teóricos americanos justifican esa «equivalencia» invocando la doctrina de «la responsabilidad vicaria o por sustitución». Esta doctrina implica que una persona puede ser responsable por los actos de otras personas como si fueran sus propios actos. La máxima que guía esta doctrina es “Qui facit per alium facit per

se” (el que actúa por medio de otro, actúa por sí mismo). El cómplice es en sentido metafísico, el alter ego del autor. De este modo las acciones del autor se transfieren, mágicamente, a los cómplices” (Fletcher, 1997, pág. 277). Seguidamente, Fletcher nos explica que la permanencia de la doctrina de la equivalencia entre autores y partícipes basada en la figura contractual de la “responsabilidad vicaria”, refleja la prevalencia de criterios utilitarios en el pensamiento jurídico penal americano. La base del pensamiento utilitario se encuentra en el análisis de los costes y beneficios. El castigo supone un coste para los acusados, pero genera un beneficio para la sociedad en tanto que evita futuros delitos (Fletcher, 1997, pág. 281).

Como se observa, en este doctrinario existe un alejamiento de cualquier postura subjetiva para establecer la diferencia entre autor y partícipe; asimismo, se advierte el razonamiento de que cuando varias personas libremente intervienen en la comisión del delito, todas estas se ponen en una situación de hecho que aumenta la probabilidad de lesionar algún bien jurídico ajeno, por ese motivo, todos responde por lo que otro haya hecho. Si ello es así, la diferencia conceptual entre autor e instigador no tiene cabida.

CAPÍTULO TERCERO: PROPUESTA DE DESARROLLO DEL CONCEPTO DE “DETERMINAR A OTRO” DE LA INSTIGACIÓN AL DELITO

I. BASES TEÓRICAS DEL “DETERMINAR A OTRO”

1.1. Antecedentes filosóficos

«Determinar» es, según nuestro código penal vigente, la única y principal conducta posible que debe realizar el sujeto en la instigación a delinquir. El análisis al contenido de tal conducta supone la necesidad de vincularlo a una corriente filosófica de larga data: el determinismo.

Ya en Aristóteles advertimos que el determinismo forma parte de las acciones humanas: “Cuando uno actúa a sabiendas, pero sin previa deliberación, se comete una injusticia, por ejemplo, aquellos que obran por ira u otras pasiones que son inevitables o naturales en el hombre. Cuando los hombres cometen estos daños y equivocaciones, obran injustamente y son injusticias, pero no por ello los autores son injustos ni malos, porque el daño no tiene por causa la maldad; pero cuando actúan con intención, son injustos y malos. De ahí que con razón las acciones que proceden de la ira no se juzguen intencionadas, porque no es el hombre irritado el que tiene la iniciativa, sino el que provoca la ira. Además, lo que se discute aquí no es si el hecho ocurrió o no, sino su justicia, ya que la ira es causada por lo que parece una injusticia” (1135b 20-25) (Aristóteles, 1985, pág. 257).

Al asumir que la “ira y otras pasiones” son inevitables en el hombre, lo que Aristóteles nos da a entender es que estas «subjetividades» determinan el actuar humano. Como todo ser humano tiene estas «subjetividades», es decir son “naturales en el hombre”, todo hombre está determinado. Incluso podemos

afirmar, como lo da a entender el Estagirita, que sería posible eximir a la persona que actúa determinado. En todo caso, si de acuerdo a la explicación Aristotélica se puede actuar “a sabiendas” pero sin antes haber “deliberado”, se estaría afirmando que existe una secuencia «determinada», aun en lo subjetivo, por donde necesariamente tiene que transcurrir el pensamiento (supuestamente libre) para que posteriormente sea exteriorizado mediante el actuar. Por tanto, existe una prevalencia del “determinismo” frente al libre albedrío en el actuar humano. Esto último no está ajeno a la discusión, sin embargo, en lo que aquí interesa no es posible desarrollar exhaustivamente el enfrentamiento de tales posturas, pues saldríamos del límite de esta investigación; solo diremos, siguiendo a Max Planck, que los protagonistas se han dividido principalmente en dos escuelas. Una de ellas se interesa especialmente en el problema desde el punto de vista del progreso del conocimiento, manteniendo que el principio de la estricta causalidad es un postulado indispensable en la investigación científica, incluso en la esfera de la actividad mental. Como una consecuencia lógica de esta actitud, sus partidarios declaran que no podemos exceptuar la actividad humana, en ninguna de sus formas, de la ley universal de la causalidad. La otra escuela se ocupa más de la conducta de los seres humanos y del sentido de dignidad humana, sintiendo que se trataría de una degradación inconcebible que los seres humanos, incluyendo los casos más elevados de mentalidad y de ética, fueran considerados como autómatas inanimados en las manos de una férrea ley de causalidad. Para esta escuela de pensadores, la libertad de la voluntad es el atributo más elevado del hombre. Por tanto, debemos afirmar, dicen estos pensadores, que la ley de causalidad no rige para la vida más elevada del alma o, al menos, no debe ser aplicada a los actos mentales conscientes de las figuras

más señaladas de la humanidad. Entre estas dos escuelas existe gran número de pensadores que se hallan más o menos equidistantes de ellas, pues se dan cuenta, en cierto sentido, de que ambas partes tienen razón. No quieren negar la validez lógica de una posición ni la validez ética de la otra. Reconocen que en las ciencias mentales, el principio de causalidad, como una base de investigación científica, ha sido ahora llevado con ventajosos resultados más allá de los límites de la naturaleza inanimada. En consecuencia, no quieren negar el juego de la causalidad en la esfera mental, aunque ellos podrían igualmente erigir una barrera en algún punto dentro de esa esfera y atrincherar la libertad de la volición humana tras de ella (Planck, 1941, págs. 119-120).

Desde este enfoque, asumimos que la noción de determinismo se observa durante todo el tramo de evolución del ser humano. Por ejemplo, en lo que se refiere a la formación del lenguaje, está demostrado que el determinismo resultó influyente en su formación, pues aquella, en palabras de V. V. Bouknak, no puede ser estudiada sin tener en cuenta las condiciones de vida de la sociedad primitiva y la necesidad; ambas determinaron la formación de palabras (Bouknak, 1969, pág. 99). En lo biológico también el determinismo es verificable; esto es, en la relación de dependencia de lo subjetivo psicológico respecto de lo fisiológico objetivo. Así, se ha comprobado que el ciclo de la menstruación actúa sobre el curso de los procesos psíquicos en el sentido de cierta inhibición; algunas veces el tiempo de reacción psíquica se alarga, la facultad de concentración se debilita y el trabajo intelectual baja en forma y en calidad. En la mayor parte de los casos, estos fenómenos se producen desde el comienzo del ciclo menstrual, para ir luego disminuyendo hacia el final (Bechterev, 1965, pág. 84).

A todo ello habría que agregar los aspectos sociales influyentes en cada individuo. Es decir, no es solo el aspecto biológico-químico lo que determina al hombre, sino también el ámbito social donde desarrolla su vivencia. En suma podemos decir que siempre se verifica el determinismo, es objetivamente perceptible; sin embargo, qué queda para el libre albedrío.

El libre albedrío, según lo que aquí se plantea, vendría a ser una ilusión inherente en lo subjetivo del ser humano. Se cree que la ausencia de limitación implica tener libre albedrío, como el hecho de asumir que uno es libre al elegir una vida desordenada cuando en realidad es una ilusión, pues toda la supuesta libertad para vivir desordenadamente se desarrolla dentro de parámetros preestablecido con anterioridad en la vida del actuante (lo psíquico, biológico y social). Existe, si se quiere, dependencia del libre albedrío respecto al determinismo. Si alguno decide suicidarse lanzándose desde lo alto de un edificio, siempre se tendrá que someter a la ley de la gravedad. Siendo ello así, debemos aceptar que la noción de libre albedrío se encuentra inserta dentro de lo subjetivo del ser humano y que, dada esa circunstancia, depende, en gran medida, del determinismo constitutivo del ser humano enmarcado siempre en la sociedad. Si el libre albedrío está en el subjetivismo psicológico del hombre, cómo es posible comprobarlo. La respuesta debe buscarse en los terrenos de casualismo determinista. Para explicarlo con un ejemplo: En 1924 la película "*Las manos de Orlac*", expuso la historia de un gran pianista que en un accidente de tren ha perdido sus manos. Un médico le implanta las manos de un asesino que acaba de ser decapitado. El pianista, Orlac, siente que las manos que le han sido implantadas lo dominan y lo impulsan a cometer crímenes. Su médico le explica

que gracias al poder de su voluntad podrá controlar los impulsos criminales que emanan de sus nuevas manos.

La película presenta con gran dramatismo la lucha entre el poder determinante que emana de una parte del cuerpo, las manos, y la fuerza de voluntad que debe regir la conciencia del pianista. Orlac siente que las manos han tomado el control de su conciencia. Cuando su padre, al que odia, es asesinado, el pianista está convencido de que él le ha clavado la puñalada letal, aunque no lo recuerda. Pareciera que el poder brutal de la carne implantada es capaz de dirigir la mente del pianista. Al final se descubre que es su propia mente la que provoca inconscientemente el extraño comportamiento de sus manos, ya que está convencido de que son las de un asesino. Sin embargo, cuando se entera de que la persona decapitada, y cuyas manos ahora le pertenecen, en realidad era inocente, sus miembros vuelven a obedecerle y la ilusión se esfuma (Bartra, 2013, págs. 7-8).

Cualquiera podría entender, equivocadamente, que son “las manos del asesino” las que “determinan” a Orlac a cometer el crimen, lo cual al ser una ilusión dejaría sin base al determinismo, empero, no es la presunta ilusión del determinismo lo que se evidencia, sino la ilusión de creer que él actuó con libre albedrío. Fue el odio a su padre lo que en algún momento empezó a darse en la realidad y que, luego de interiorizarlo, lo “determino” a asesinarlo. Con esto queremos decir que es el “determinismo causal” el que direcciona al subjetivismo en el ser humano, y no viceversa.

Asimismo, debemos convenir en que las expresiones subjetivas del ser humano atraviesan por una serie de procesos que, a su vez, son tomados de la realidad objetivamente verificable. Esta realidad está construida causalmente,

determinada por principios verificables que permiten saber la secuencia de un suceso. Es decir, se acepta el determinismo verificable, pero no en el aspecto subjetivo del ser humano: el “libre albedrío”.

Lo mismo se creía en la época donde dios era el centro de toda investigación; sin embargo, había algunos filósofos medievales del catolicismo que tomaban muy en cuenta el determinismo causal para explicar a dios. Así, Santo Tomas, al momento explicar cómo se puede comprobar la existencia de dios por los sentidos, señalaba que la prueba cosmológica deducida de la física y de la metafísica de Aristóteles es la «primera vía» que nos permite la comprobación de dios (Abbagnano, 1994, págs. 466-467). “La primera y más clara, dice Santo Tomas, es la que se deduce del movimiento (...). Todo lo que se mueve necesita ser movido por otro. Pero si lo que es movido por otro se mueve, necesita ser movido por otro, y éste por otro. Este proceder no se puede llevar indefinidamente, porque no se llegaría al primero que mueve, y así no habría motor alguno pues los motores intermedios no mueven más que por ser movidos por el primer motor. Ejemplo: Un bastón no mueve nada si no es movido por la mano. Por lo tanto, es necesario llegar a aquel primer motor al que nadie mueve. En este, todos reconocen a Dios”. Esto último se explica en concordancia con la «segunda vía»: “La segunda es la que se deduce de la causa eficiente (...). En las causas eficientes no es posible proceder indefinidamente porque en todas las causas eficientes hay orden: la primera es causa de la intermedia; y esta, sea una o múltiple, lo es de la última. Puesto que, si se quita la causa, desaparece el efecto, si en el orden de las causas eficientes no existiera la primera, no se daría tampoco ni la última ni la intermedia. Si en las causas eficientes llevásemos hasta el infinito este proceder, no existiría la primera causa eficiente; en

consecuencia no habría efecto último ni causa intermedia; y esto es absolutamente falso. Por lo tanto, es necesario admitir una causa eficiente primera. Todos la llaman Dios” (Aquino, 1888, págs. 111-112).

Estas premisas sirvieron de base para la explicación que da Santo Tomas respecto a la libertad: “El gobierno divino del mundo que ordena el mundo hacia su fin es la providencia. Cada cosa, incluso el hombre, está sometida a la providencia divina. Pero esto no quiere decir que todo suceda necesariamente y que el designio providencial excluya la libertad del hombre, ya que este designio no solo establece que las cosas suceden, sino también el modo como suceden. Por ello ordena previamente las causas necesarias para las cosas que han de suceder necesariamente, y las causas contingentes para las cosas que han de suceder contingentemente. De este modo, la libre acción del hombre forma parte de la providencia divina” (Abbagnano, 1994, pág. 471). Como observamos, aún para explicar la existencia de dios, el determinismo causal fue necesario. Santo Tomas advertía que la libertad era una parte del determinismo causal; esto último, llamado “dios” por la escolástica, empezaría a derrumbar su propia doctrina cuando Duns Scoto, en su intento por dotarlo de argumentos sólidos basándose en la demostración causal de “dios” a través de la “experiencia”, escribiría su “Tratado del primer principio” sin darse cuenta que lo que en realidad hacía era terminar de construir el arma, utilizado después por Guillermo de Ockham, Copérnico, Galileo y Descartes, que destruiría las bases de la explicación teológica del mundo.

Como vemos, el afán de demostrar la existencia de dios llevó a los estudiosos de la edad media a tener en cuenta la causalidad como método de demostración. En todo caso, el mundo de la física mecánica determinista aún se estaba

formando, no alcanzando plena autonomía, pues, como sabemos, en Galileo y en Descartes, el mecanicismo concebía a la materia como algo pasivo que debía ser movido por algo inicial, una causa exterior ajena a la materia y que ambos filósofos denominarían “dios”; empero, esta “intervención divina” se daría en la materia sólo en un primer y único momento, luego el acontecer físico causal continuaría su proceso independientemente de dios.

Pues bien, para terminar de desligar el minúsculo extremo que aún unía la ciencia a la teología, aparece la teoría de la gravedad de los cuerpos de Newton, que explicaba el movimiento de los cuerpos ya no en base al “dios” de Descartes y Galileo, sino como propiedad inherente a la materia: la dinámica de los cuerpos. Con esto último la causalidad se independizaba de la teología para dar paso al determinismo como lo conocemos hoy.

Siendo ello así, a la fecha podemos decir, junto a Laplace, que todos los acontecimientos, incluso aquellos que por su pequeñez parece que escapan a las grandes leyes naturales, forman un encadenamiento tan necesario como las revoluciones del Sol. Al ignorar los lazos que los unen al sistema total del universo, se los ha hecho depender de causas finales o del azar, según que ocurrieran o se sucedieran con regularidad o sin orden aparente, pero estas causas imaginarias han ido siendo descartadas a medida que se han ido ampliando las fronteras de nuestro conocimiento, y desaparecen por completo ante la sana filosofía que no ve en ella más que la expresión de nuestra ignorancia. Los acontecimientos actuales mantienen con los que le preceden una relación basada en el principio evidente de que una cosa no puede comenzar a existir sin una causa que la produzca. Este axioma, conocido con el nombre de principio de razón suficiente, se extiende incluso a las acciones más indiferentes.

La voluntad más libre no puede producirlas sin un motivo determinante, pues si, siendo absolutamente iguales todas las circunstancias de dos situaciones, actuara en una y dejara de hacerlo en otra, su elección sería un efecto sin causa y ella sería entonces, como dice Leibniz, el azar ciego de los epicúreos. La opinión contraria es una ilusión del espíritu que, perdiendo de vista las fugaces razones de la elección de la voluntad en las cosas diferentes, se persuade de que ella se ha determinado por sí misma y sin estar motivada por nada (Laplace, 1795, págs. 24-25).

De la misma idea es Gortari al señalar que, en su consideración clásica, el determinismo es una de las características fundamentales de la mecánica newtoniana, que se puede formular sencillamente de la siguiente manera: cuando se conocen con precisión las condiciones en que se encuentra un proceso físico en un instante cualquiera y, además, se conocen las leyes que gobiernan su comportamiento, entonces es posible prever rigurosamente las condiciones en que ese mismo proceso se encontrará en cualquier otro instante futuro, o en que se encontraba en cualquier instante pasado. Matemáticamente, este determinismo de los procesos físicos se expresa como una propiedad analítica de las ecuaciones de la mecánica clásica, ya que éstas tienen siempre soluciones enteramente definidas para todos los valores del tiempo. Desde luego, la vigencia del principio determinista en la física implica necesariamente el reconocimiento del orden y la regularidad existentes en el universo. A su vez, esta regularidad de la naturaleza se manifiesta en la existencia de las leyes naturales que gobiernan las distintas clases de procesos y que se expresan, de manera aproximada, en las leyes físicas (Gortari, 1960, págs. 22-23).

Como se observa, los teóricos están de acuerdo en que el determinismo parte de la premisa que todo tiene una causa que lo origina. Existen ciertas condiciones inmutables y vinculadas a leyes físicas que son el origen de todo acontecer, por ese motivo, hay sólo una única forma que los sucesos puedan darse en la realidad: todo suceder está determinado de antemano. La sucesión de los acontecimientos esta rígidamente determinada; los hechos se enlazan unos a otros como las piezas de una máquina y que a determinados antecedentes fijos deben corresponder siempre las mismas cadenas de consecuentes; si conocemos todos los factores de una situación dada en determinado momento, podemos predecir los resultados, porque el curso de los acontecimientos en ese sistema mecánico es fijo, determinado e inequívoco, y que los hechos se suceden en la misma forma que en cada eslabón de una cadena se enlaza con el que le precede (Wolff, 1947, págs. 7-8). Por ende, la causalidad vendría a ser el fenómeno que hace posible verificar el determinismo. Cuando dos sucesos están vinculados de manera que si uno de ellos acaece y la consecuencia es el acaecimiento del otro, estamos hablando de causalidad: causa efecto.

Algunos, de forma generalizada, creen que al no poder identificar cognoscitivamente, y de manera precisa, los sucesos como causas y efectos se deja sin sustento al determinismo; sin embargo, tal equivocación resulta de la deficiencia de lo que conocemos o de que asociamos la relación causa efecto en supuestos donde, por incorrecta asociación del pensante, no quedan vinculados. De ahí la postura de Bunge al mencionar que los sucesos se dan u ocurren de o una o más formas definidas (determinadas), tales formas de devenir no son arbitrarias sino legales y que los procesos a través de los cuales todo objeto

adquiere sus características se desarrollan a partir de condiciones preexistentes. Hasta el azar, que a primera vista es la negación de la determinación, tiene también sus leyes y los accidentes emergen de condiciones preexistentes. Así, la aparición de una “cara” al arrojar una moneda, lejos de ser un acontecimiento ilegal y lejos también de haber surgido de la nada, es el resultado determinado de una determinada operación. Sólo que no se trata de un único resultado posible, no es una consecuencia única de un proceso dado o –como bien puede decirse- no es un resultado bien definido (Bunge, 1997, págs. 30-31).

Es más, el determinismo no niega la existencia de la conducta humana. Rechaza como ilusión la convicción espontánea de que la conducta tiene su origen último en nosotros mismos. Lo que llamo «mi acción» es el conducto por el que pasa el torrente del proceso universal, por el que está destinado a pasar en un determinado tiempo y lugar. La distinción entre lo que llamamos movimientos «voluntarios» e «involuntarios» de nuestro cuerpo no se desvanece, pero no resulta ser, para esta teoría, exactamente la clase de diferencia que suponíamos. Los llamados movimientos «involuntarios» resultan necesariamente –y, si tenemos los conocimientos suficientes, se pueden predecir– de causas mecánicas exteriores a mi cuerpo o de procesos patológicos u orgánicos dentro de él. Los «voluntarios» resultan de factores psicológicos conscientes que derivan, por su parte, de factores psicológicos inconscientes que dependen de mi situación económica, mi experiencia infantil y prenatal, mi herencia, y así sucesivamente hasta los comienzos de la vida orgánica y más allá. Nosotros somos conductores, no fuentes. Nunca hacemos una contribución original al proceso del mundo (Lewis, 2001, págs. 50-51).

En suma, todo el desarrollo histórico del determinismo permite afirmar que el componente causal siempre estuvo vigente en el quehacer humano; es inherente a su desarrollo histórico, biológico y social; no queda en lo subjetivo ni es parte de una ilusión; y, he aquí lo más importante: es verificable.

1.2. El «determinar a otro» en la ciencia jurídico penal

Lo desarrollado hasta este apartado me permite asumir que en el artículo 46 del Código Penal para el Reino de Baviera de 1813, redactado por Feuerbach, está mencionado por primera vez el término “determinar” que hace referencia, aunque unido a la autoría mediata, a la instigación como forma de participación. Ya en su Tratado el autor alemán explica que “determinar” es usado para distinguir cuando varias personas concurren en la realización del crimen: “Se denominará concurrencia exclusiva o pura cuando los «autores intelectuales» deban ser considerados como «determinadores», y los autores físicos como «determinados» (mandato, orden, amenazas, promesas, consejo, provocación intelectual o aprovechamiento de un error)” (Feuerbach, 1828, pág. 68). La utilización de las variantes del término “determinar” obedece a que dicho autor entendía que el delito tiene su causa psicológica en la «sensualidad», en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual, dice Feuerbach, puede ser cancelado a condición de que cada uno sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho (Feuerbach, 1828, pág. 52).

Como vemos, para evitar que el hombre delinca, sea cual fuese la causa, había que determinar psicológicamente su actuar mediante la amenaza de un mal que es la pena. Con ello nos damos cuenta que Feuerbach estuvo de acuerdo con el postulado del “determinismo”, en el sentido que era posible direccionar la conducta del ser humano. Con esta premisa mayor se empezaría a edificar todo el sistema penal como lo conocemos. El determinismo, aunque desde una óptica subjetiva, estaba siendo utilizado como fundamento para detener y evitar el crimen. La disputa entre determinismo e indeterminismo (libre albedrío) en el derecho penal había empezado. Liszt, nos da cuenta de lo anterior al referirse que entre ambas posiciones todo acuerdo era imposible. Sin embargo, la disputa llevó al resultado de que gran parte de los representantes del libre albedrío hicieron profesión de un indeterminismo “relativo” o “templado”, y así se acercaron a los deterministas en todas las cuestiones prácticas. La pena, dice Liszt, no debe, de ningún modo, aceptar para su fundamentación un determinismo sin causa, como tampoco un libre albedrío que escaparía a la ley de la causalidad; basta más bien, el supuesto, por nadie puesto en duda, de que toda acción está causada psíquicamente (no mecánicamente) y, por tanto, decidida, determinada, motivada por las representaciones (Von Liszt, 1916, págs. 31-32).

En suma, queda confirmado que el ingreso del determinismo en la ciencia penal fue a través del subjetivismo psicológico imperante en aquellos tiempos. La relación de una acción punible como “efecto”, con una decisión volitiva contraria a la ley penal como “causa”, vendría a ser la definición de “imputación” que había dado Feuerbach, y como él la define la mayoría (Radbruch, 1904, pág. 115). Es por eso que “el determinar a otro” se empezó a construir, como casi todas las

instituciones jurídico penales de aquel entonces, teniendo a la psicología como fundamento. Esto último vendría a ser una forma subjetiva de tratar de fundamentar la imputación del delito, pues si entendemos como Feuerbach, que lo decisivo es el sujeto como sistema sico-físico, la imputación se limitará a un juicio psicológico, es decir, a la constatación de un “hecho en el ámbito de lo anímico y espiritual” o, dicho de forma precisa, de una relación psíquica y real de la voluntad con el hecho (Lesch, 2001, pág. 9). En otras palabras, se tendría que imputar un delito teniendo como sustento la relación entre lo que está en la mente del autor y la constatación del hecho; esto es, imputar subjetivamente. Como vemos, esta forma de imputar subjetivamente es resultado de la confusión existente de no saber definir cómo debemos entender al sujeto que delinque. Si suponemos de aquel un entendimiento naturalístico, será necesario vincularlo al libre albedrío; si, por el contrario, entendemos al sujeto del delito como un ente construido normativamente, habrá que valorar su comportamiento en base a reglas que configuran una sociedad donde impera el Estado de derecho. Con todo, podemos decir que gracias a que en el derecho se retomó el camino de la científicidad, a la fecha la mayor parte de instituciones jurídicas se han desprendido del subjetivismo psicológico. Lástima que con la “instigación” no haya pasado lo mismo; aún se la conceptualiza como si estuviéramos a inicios del s. XIX. Comprobar esto último es de fácil misión cuando revisamos la definición de instigar en la última edición del Tratado de Roxin y las recientes sentencias de la Corte Suprema.

II. EL DETERMINAR A OTRO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

2.1. Posturas que fundamentan el “determinar a otro” con la teoría final de la acción

En ninguna parte del código penal vigente encontramos la explicación de qué se entiende por “determinar a otro” del artículo 24. Asimismo, nuestro código en ningún extremo menciona que se adhiere a la teoría de la acción finalista para la interpretación de sus normas. No existiendo vinculación interpretativa con ninguna teoría jurídico penal, el comportamiento “determinar a otro” del artículo 24 –y cualquier otra norma- debe su desarrollo al sistema o teoría que argumente con mayor científicidad el derecho penal. Sin embargo, esto último no ha sido tomado en cuenta por la doctrina peruana hasta la fecha. Lo que hicieron muchos doctrinarios fue dejar bajo la sombra del subjetivismo a la instigación, retoño necesitado de argumentos científicos, a modo de rayos del sol, para su desarrollo.

Lo anterior se observa, por ejemplo, cuando Hurtado Pozo menciona que el instigador sólo ejerce una influencia psicológica sobre éste [el ejecutor del delito], con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. El instigador, como lo indica de modo explícito el artículo 25 (3), debe determinar con dolo al instigado; es decir, con conciencia y voluntad. Debe, en consecuencia, ser consciente de que influye [en] una determinada persona para decidirla a cometer un hecho punible concreto (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, pág. 168 y 170).

Por su parte, Villavicencio Terreros, aún sin establecer qué se entiende por la conducta “determinar a otro”, también asume que la instigación tiene lugar mediante el influjo psíquico o psicológico (Villavicencio Terreros, 2013, pág.

(3) Esto es un error, pues la instigación en el código penal vigente está redactada en el art. 24.

515). Esta misma posición es defendida por Villa Stein, cuando menciona que es necesario que el instigador mediante su intervención psicológica persuada o convenza al autor potencial a que realice determinado tipo “causando la resolución criminal”, lo que significa que el autor recién ahora resuelve actuar (Villa Stein, 1998, pág. 309). En la misma línea argumentativa que los anteriores doctrinarios, Peña Cabrera Freyre considera que la instigación supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica. La intervención psíquica del interesado, debe ser eficaz, idónea y lo suficientemente intensa para poder provocar una actitud delictiva en la persona del inductor (Peña Cabrera Freyre, 2013, pág. 642 y 644). Esto último contiene un error de razonamiento ya que el “interesado”, como lo denomina este autor, es el inductor y, en todo caso, este no puede provocar una actitud delictiva en otro inductor.

Por otro lado, pero enmarcado en el dogma psicológico finalista, Bramont Arias Torres señala que el “determinar a otro”, a pesar de que el código no dice cómo se puede realizar ello, puede darse en dos casos: i) cuando el instigador lo hace mediante palabras, es decir lo convence mediante argumentos; ii) cuando el instigador directamente utiliza la amenaza física –por ejemplo un arma- o moral –por ejemplo un despido del trabajo-. Lo que se debe examinar en general es la sujeción de la voluntad del instigador. Determinación de autor del delito, quiere decir que la instigación tiene que ser abierta, clara y no encubierta ni insidiosa, y también ha de haber una relación personal entre el instigador y el instigado. (Bramont Arias Torres, 2008, págs. 414-415).

Una postura donde el subjetivismo es el centro de toda su fundamentación, además de ser nombrada en reiteradas ocasiones, la vemos en Rojas Vargas.

Para este autor, una característica de la “determinación” en la inducción es su nucleó psicológico, esto es, el influjo psíquico que está representado por el proceso (lento o rápido atribuido al inductor) de ir creando en la voluntad y representatividad mental de un tercero efectos deseados o queridos por aquel, tendientes a la comisión de un delito específico. Inducir es así obtener respuestas esperadas mediante el empleo de mecanismo no violentos que actúan en el plano de la representación mental del inducido y en el de su voluntad (de poder y de querer hacer), vale decir, para moverle o conducir sus actos de conformidad con las exigencias ilícitas del inductor (Rojas Vargas, 2013, pág. 172). Finalmente, Reátegui Sánchez, siguiendo la tendencia subjetivista, señala que el influjo psicológico producido por el inductor se trata de un aporte en el evento delictivo, pero no significativo, porque si fuera así, sería autor (Sánchez Reátegui, 2014, pág. 211).

2.2. Posturas que se alejan de la teoría final de acción como fundamento del “determinar a otro”

Quiero precisar que al ubicar en este apartado aquellas posturas que a mi juicio se alejan de la teoría del finalismo al momento de fundamentar el “determinar a otro” de la instigación, no implica necesariamente que los doctrinarios aquí mencionados se hayan alejado de dicha teoría respecto a todas las categorías y elementos que conforman la teoría del delito. Sólo, como es objeto de la presente investigación, me refiero al concepto de “determinar a otro” inserto en el artículo 24 del código penal vigente, que exponen los autores que se van a nombrar.

Así, García Caverro, señala que la regulación legal de la inducción exige la presencia de dos elementos. En primer lugar, es necesario un elemento objetivo

que consiste en provocar la resolución criminal en otra persona. Obviamente no existe entre la conducta del inductor y la determinación del autor una relación de causalidad natural, sino una relación de imputación objetiva. En este sentido, a la conducta del inductor hay que imputarle objetivamente el hecho de que un sujeto penalmente responsable se determine a cometer un delito. En este orden de ideas, la conducta del inductor debe ser objetivamente idónea para generar en otra persona la decisión de cometer un delito, por lo que no habrá inducción si la conducta no tiene el sentido social de procurar convencer a otra persona de cometer un delito. Pero además la conducta del inductor debe crear directamente una idea inexistente de cometer un delito o favorecer de manera determinante la decisión aún no tomada, pero pensada (García Caveró, 2012, págs. 710-711).

De forma parecida a García Caveró, pero vinculado en mayor medida a la teoría de la imputación objetiva, tenemos lo señalado por Mazuelos Coello, quien entiende que la inducción ha de ser apreciada desde una perspectiva ex ante como la creación de un peligro para un determinado bien jurídico que se realiza en el resultado, sin que pierda su naturaleza de acto de comunicación entre inductor y autor, diferenciado de la complicidad psíquica en cuanto conlleva a que el autor comprenda su decisión de manera independiente de la voluntad del inductor (Mazuelos Coello, 2004, pág. 920).

2.3. Críticas a las posturas expuestas

Algo que no podemos negar al analizar las posturas antes expuestas, es que las mismas tienen como soporte a gran parte de la doctrina española de mediados del s. XX., en donde la teoría de la acción final había sembrado sus semillas.

Muchos de los manuales y tratados de derecho penal español de aquellos años daban por válido el dogma de finalismo, es por eso que la recepción teórica por parte de nuestros doctrinarios desde mediados del novecientos a la fecha, en lo que se refiere a conceptualizar el “determinar a otro”, aún se resiste al cambio.

Como ya lo habíamos adelantado, el “determinar a otro” conforme lo concibe la doctrina finalista tiene como soporte al subjetivismo psicológico, el cual, no sólo queda en la cabeza del autor, sino que también resulta de difícil comprobación, pues no tiene una sistematización en base a datos objetivos. Este defecto es notorio en la mayoría de los autores antes mencionados. Aquellos creen en la posibilidad de la existencia de un puente diseñado en la mente del ser humano por donde ha de transitar el influjo psicológico, siendo la otra persona –el ejecutor del delito- el otro extremo del puente. Es más, hasta se podría deducir de forma equivocada que el creador de dicho puente en la mente humana es otro hombre. Influencia psicológica, como la llama Hurtado Pozo, implicaría hacer depender al derecho penal de qué es lo que la psicología como ciencia entiende por ello; sin embargo, no observamos en ninguna parte de su Manual que se haya remitido a dicha ciencia. De modo más incierto resulta admitir que instigar implica “persuadir o convencer” como lo hace Villa Stein. Él menciona, además, la existencia de un “autor potencial” sobre quien recaerá aquellas formas de instigar; esto, desde luego, implicaría la creación de un requisito para la instigación y el problema de saber cuándo estamos ante un “autor potencial”. Esto último es el mismo error que se observa en lo señalado por Peña Cabrera Freyre cuando menciona que el influjo psíquico debe ser “lo suficientemente intenso”; pues, preguntémonos: cómo puede medirse el influjo psíquico, y así asumir que es intenso. Desde lo aquí desarrollado no es posible dicha medición,

no sólo por lo incalculable matemáticamente, sino porque para “lo subjetivo” no ha existido ciencia capaz de cuantificarla. Reátegui Sánchez, también asume cierta postura matemática respecto al influjo psicológico al mencionar que es un aporte; incluso menciona que éste no debe ser significativo. En este punto cabe hacerle la misma crítica que a Peña Cabrera Freyre, no sin agregar que aquella postura comete el gravísimo error de dar a entender que el “influjo psicológico” se realiza sobre el evento delictivo, lo cual es un absurdo jurídico. Finalmente, los términos “núcleo psicológico”, “influjo psíquico”, “deseo” y “representación mental”, utilizados por Rojas Vargas, no son sino muestras de una subjetividad latente en su postura, la cual es difícilmente conciliable con la sistematización científica que debe alcanzar el derecho penal. Lo peor de todo es que sostiene la idea de que el instigador, al realizar la acción de “determinar a otro”, espera obtener una respuesta; así, si se habla de un influjo psíquico, se podría pensar que se espera, también, un influjo psíquico como respuesta.

2.4. Propuesta conceptual de la conducta «determinar a otro»

Considero que para llenar de contenido cualquier institución jurídica se debe tener presente la realidad social en la que será utilizada y los avances de la ciencia jurídica en su conjunto. En lo que se refiere a la ciencia jurídica, en la actualidad el derecho penal viene siendo reelaborado tanto en su estructura como en su contenido. Respecto a la estructura un claro ejemplo lo constituyen las teorías que buscan independizar al injusto de la culpabilidad; y, respecto al contenido, el ejemplo más significativo sería la reformulación del concepto de tipo objetivo con, por ejemplo, la inclusión de la conducta de la víctima del delito.

La presente investigación se asemeja a esto último. Lo que haré es reelaborar el concepto de la conducta “determinar a otro” del artículo 24 del código penal.

Líneas arriba ya mostré mi alejamiento de la doctrina mayoritaria que fundamenta la conducta “determinar a otro” de la instigación con la teoría finalista: influencia psicológica en una persona para que delinca. Pues bien, mi parecer se sustenta en que el finalismo, al utilizar a la psicología de su tiempo, equívocamente creyó encontrar la definición de la conducta “determinar a otro” al conceptualizarla como un suceso que se da cuando dos personas están conectadas mediante sus procesos mentales. A mi modo de ver, esa fórmula de conexión entre procesos mentales de dos personas, llamada influencia psicológica por el finalismo, no puede servir para responsabilizar por un delito.

En tal sentido, siendo que la conducta “determinar a otro” proviene de la corriente filosófica “determinismo”, esta debe servirle como guía para responder, sólo con algunos aspectos del mismo, qué se entiende por esa conducta.

El principal postulado que se desprende del “determinismo” es la afirmación de que la conducta del ser humano es influenciada o determinada por la sociedad en que se desarrolla. La sociedad señala el camino para el actuar de sus ciudadanos. Las normas sociales son una forma de determinar el comportamiento, aquellas también evolucionan y hasta son sustituidas para dar paso a nuevas y mejores regulaciones. Entonces, considero que la conducta “determinar a otro”, en parte significa: orientación mediante el suministro de circunstancias sociales.

Otro aspecto que se desprende de la doctrina “determinista” es lo referido a la conexión causal. Esta conexión causal es un aspecto que conforma el contenido de la conducta “determinar a otro” en base a la relación de causa y efecto que

se da entre la conducta del instigador y el instigado (ejecutor del delito). Sin embargo, esta conexión causal debe ser revestida de un componente normativo que haga viable su aplicación, pues por si sola la causalidad naturalista no sirve de mucho. En tal sentido, la conexión causal debe ser entendida como una relación normativa entre sujetos; esto es, como todos los integrantes de la sociedad están en constante contacto, la conexión de personas debe realizarse teniendo en cuenta los roles normativizados que existe entre las personas. Esta vinculación de personas en base a conductas normativizadas, debe ser llevada a cabo por los sujetos cuidando de que al hacer conexiones de comportamientos no se vaya poner en riesgo el derecho de otros. Si existe la probabilidad del riesgo, los sujetos deberán desistirse de realizar tales conductas; este desistimiento no debe ser entendido como un no hacer, sino como una actividad positiva de volver el comportamiento al cauce del rol que no genera riesgo para terceros.

Entonces, para elaborar el contenido de la conducta “determinar a otro” debemos partir de la idea que tanto instigador como ejecutor realizan comportamientos separados. Si bien esta separación puede realizarse fenomenológicamente, ello no significa que la vinculación entre ambas quede descartada. Así, pese a existir separación de conductas, el instigador queda vinculado (conexión normativa) al contexto construido posteriormente por el ejecutor. Tal contexto, entendido como la puesta en riesgo del derecho, tiene como soporte dos prestaciones llevadas a cabo progresivamente: la del instigador, que mediante su conducta aporta un potencial riesgo al derecho de un tercero; y la del ejecutor, que concretiza el aporte potencial del instigador. En caso del instigador su conducta debe estar dirigida a posibilitar objetivamente la realización de la conducta del ejecutor.

Mediante su conducta el instigador condiciona la orientación y el desarrollo de la conducta posterior del ejecutor para con la creación del contexto que pone en riesgo el derecho.

En suma, “determinar a otro” 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.

Como se puede inferir, aquí estoy adhiriéndome –en parte- a la doctrina del “determinismo no tradicional”, la cual, en palabras de Welzel, significa reconocer no una, sino varias formas de determinación (Welzel H. , 2011, pág. 140).

2.5. Aplicación práctica

Con la definición dada del comportamiento “determinar a otro”, corresponde ahora realizar un análisis respecto a su aplicación de acuerdo al proceso de adecuación de los hechos al tipo penal. Como punto de partida debo señalar que, conforme he conceptualizado la conducta “determinar a otro”, para verificar si un comportamiento encaja o no en el artículo 24 del código penal, el análisis debe quedar delimitado en el tipo objetivo. Es decir, la conducta “determinar a otro” se analiza dentro de la tipicidad objetiva; esto vendría a ser la premisa que guía toda la secuencia de aplicación práctica. Asimismo, debo mencionar que la aplicación del concepto “determinar a otro” es única y exclusivamente para el momento anterior al suceso delictivo ejecutado por el instigado.

Pues bien, el primer paso a realizar es la delimitación del comportamiento de cada uno de los intervinientes, previo al suceso delictivo. Para tal delimitación es necesario tener en cuenta el rol normativo e institucionalizado socialmente de las conductas de cada interviniente; ello con la finalidad de confrontar la conducta realizada por los intervinientes con lo que, previamente, se ha establecido normativa o social/institucionalmente. Esto último se deberá realizar de manera separada, antes; y de manera conjunta, después.

Una vez realizado aquello, es imprescindible ubicar cuál fue la conducta que vincula el contexto creado por el instigador con el hecho ejecutado por el instigado. Esta vinculación, o conexión de conductas, debe ser valorada normativamente. Asimismo, la conexión a la que se hace referencia debe ser entendida como un comportamiento comunicativo.

Lo mencionado hasta aquí vendría a ser el asentamiento de aspectos inamovibles que servirán de soporte para evaluar la “circunstancia concreta que potencialmente pone el riesgo el derecho” y que “queda vinculado al contexto delictivo a realizar por el instigado”.

Finalmente, como se podrá advertir, la construcción diseñada sólo será aplicable cuando, luego de realizado el comportamiento “determinar a otro” por parte del instigador, el instigado ejecuta un delito. No entran en este rubro las faltas ni las controversias administrativas.

Lo recién mencionado es una precisión a tener en cuenta ya que, como se sabe, en nuestra norma penal sustantiva existen los delitos de “inducción a fuga de menor” e “inducción al voto”. Considero que en ambos tipos penales no es aplicable la construcción aquí elaborada, ello por la simple razón de que este último tipo penal no debe ser considerado delito, sino como falta administrativa;

y, respecto a aquella, debe ser reelaborado para que se denomine “ayuda a fuga de menor” en lugar de instigación.

2.6. Diferencia entre la conducta “determinar a otro” y la complicidad en el delito.

Antes de explicar la diferenciación entre ambas formas de participación hay que admitir la problemática existente en la doctrina respecto a cómo se debe conceptuar a la “complicidad primaria”. Si bien código penal menciona que la complicidad primaria es “un auxilio sin el cual el delito no se hubiera cometido”, ello no quiere decir que se aleje totalmente de lo que se entiende por “complicidad secundaria”, pues como se observa del artículo 25 del código penal, entre ambas formas de complicidad existe un denominador común denominado “auxilio” al comportamiento del autor del delito. En todo caso –teniendo en cuenta que no es posible extendernos más allá de los límites de esta investigación-, la diferenciación que expondré parte del postulado, ampliamente aceptado, de que el aporte del cómplice puede, según sea el caso, ser de mayor o menor intensidad para elevar el riesgo permitido.

Siendo ello así, la diferencia que existe entre nuestra propuesta conceptual de la conducta “determinar a otro” de la instigación, y la “complicidad” en el delito, se sustenta en: *i)* La instigación es un aporte anticipado que puede ser realizado en un momento muy anterior, y hasta lejano, al comportamiento del ejecutor del delito; mientras que la complicidad es un “auxilio concomitante” al comportamiento del autor; respecto a esto último, también es admisible complicidad en momentos previos al hecho delictivo. *ii)* la conducta “determinar a otro” pone en riesgo el derecho de terceros, mientras que el comportamiento

“auxiliador” del cómplice no necesariamente pone en riesgo el derecho de terceros; un ejemplo de ello es la conducta de elaborar plastilina casera, la cual si bien es un comportamiento previo cuyo producto (plastilina elaborada) puede ser utilizado por el ejecutor del hurto para remover la cerradura de ingreso a una vivienda, no pone en riesgo derecho alguno. *iii)* la conducta “determinar a otro” al delito es siempre un “hacer”, es decir, una conducta positiva; mientras que el “auxilio” del cómplice, respecto a la conducta del autor, puede ser un no hacer (negativo). *iv)* la conducta “determinar a otro” tiene como único medio de ejecución a la “comunicación”, en cambio, la conducta “auxiliadora” del cómplice no sólo es comunicadora, debe, en todo caso, ser complementado con otra conducta diferente.

III. EL DETERMINAR A OTRO EN LA JURISPRUDENCIA

3.1. Precisiones preliminares

Estando delimitado el objeto de la presente investigación, es necesario puntualizar algunos aspectos jurídicos que serán tratados en este apartado, ello con la finalidad de no desviar al lector de los causes de esta investigación. Asimismo, estando a que el estudio de las resoluciones emitidas por nuestro supremo tribunal de justicia no es algo que se realice de manera reiterada en nuestra cultura jurídica, resulta prudente mencionar que el acceso a las ejecutorias supremas no es posible a cualquier ciudadano; de hecho, no existe normativa vigente que permita el acceso a terceras personas –como investigadores- para la lectura de expedientes con sentencia firme, si previamente no se ha realizado un extenuado trámite administrativo y se ha pagado un excesivo monto dinerario. Por ese motivo, las sentencias que aquí se describen son, en su mayoría, extraídas del diario oficial “El peruano”, y no del expediente original donde están insertas las mismas.

Otra precisión que debe hacerse es lo referido al método de análisis de las ejecutorias supremas. Sólo se transcribe la parte pertinente de los fundamentos que trata o desarrolla el tema de la conducta “determinar a otro” del artículo 24 del código penal vigente. A modo de itinerario, dicha transcripción se realiza empezando por los hechos objeto de imputación, la decisión de primera y segunda instancia, y culmina con la decisión de la Corte Suprema. Luego de ello se realiza un análisis por separado de cada una de las ejecutorias supremas, haciendo hincapié en el razonamiento, desarrollo y postura referida al tema de investigación. Finalmente, debe quedar claro que en la presente se va prescindir

del análisis de aspectos procesales y probatorios por ser temas que están fuera del límite de esta investigación.

3.2. Análisis de sentencias emitidas por la Corte Suprema

3.2.1. Casación 13-2011 Arequipa, de fecha 13 de marzo de 2012. Sala penal permanente de la Corte Suprema

a. Hechos imputados:

Según los hechos de la acusación en agosto de 2008 la menor agraviada decidió contar a su madre que el acusado, quien era docente en su centro de estudios, le confesó que estaba enamorado de ella –lo que quedo registrado en vídeo- a la vez que le entregó una nota escrita con su puño y letra en la que consignó la dirección de su casa. Días después el acusado citó a la menor agraviada a su domicilio para que conversen sobre la forma en que podía ayudarla respecto a la nota baja que había obtenido en un curso; pero, como la madre de la víctima ya había sido alertada sobre estos hechos ideó grabar la conversación entre su hija y el acusado, manteniendo abierta la línea del teléfono celular que portaba la menor para permitir la audición de la conversación, al tiempo que denunció los hechos y la fiscalía intervino en el domicilio del acusado, lo que evitó la consumación del delito, ya que durante la intervención se incautaron una botella de vino y una botella de gaseosa, así como dos vasos de vidrio, encontrándose en uno de los vasos restos de una sustancia líquida rojiza, que al ser sometido a análisis químico arrojó positivo para benzodiazepina con lo que habría pretendido colocar a la menor en estado de inconsciencia.

b. Decisión de primera instancia y razonamiento de segunda instancia:

El colegiado de primera instancia condenó al acusado por la comisión del delito de violación sexual en la modalidad de persona en estado de inconsciencia en grado de tentativa. Interpuesta la impugnación, el colegiado de segunda instancia revocó la decisión de condena y absolvió al acusado.

Según el colegido superior: “a) conforme al examen pericial químico dicho medicamento puede producir sedación, relajación muscular, somnolencia y hasta pérdida de la consciencia dependiendo de la dosis; b) los peritos no realizaron un estudio cuantitativo de la dosis de benzodiazepina que se pretendió suministrar a la menor, por lo que no se pudo determinar si la misma resultaba idónea para provocar el estado de inconsciencia que reclama el tipo penal; c) resulta relevante el hecho de que la agraviada luego de ingresar a la casa del acusado, este salió a comprar bebidas gaseosas, dejándola sola, por lo que tuvo la posibilidad de retirarse de la vivienda y a su disposición los vasos, lo que ha servido de argumento a la defensa para sugerir que ella misma pudo haber colocado algún fármaco; d) del primer «audio vídeo» se aprecia que es la menor quien hace preguntas sugeridas para inducir a una respuesta obtenida maliciosamente, incluso es ella quien introduce los temas de contenido sentimental, y teniendo en cuenta la fecha de la grabación, esta habría sido cuatro días antes del evento delictivo imputado en este proceso; e) respecto al segundo vídeo, se aprecia que la distancia entre la ubicación de la menor sobre la cama y la mesa con los vasos es corta, lo que aleja la posibilidad de colocar sustancias en ellos, sin que lo perciba quien se encuentra tan cerca. Se trata de un cuarto pequeño, con densidad de muebles, pues el acusado tiene allí su

dormitorio, cocina, mesa y computadora; f) se evidencia entonces, de la prueba obtenida y examinada, que se trata de un delito provocado, supuesto en el cual la conducta no ha sido del todo planeada ni decidida por el acusado, y de todos modos se iba a evitar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, pues la fiscalía, la policía y los padres de la menor habían adoptado las medidas necesarias de precaución para evitar e impedir cual consecuencia indeseada”.

c. Impugnación de la fiscalía y razonamiento de la Corte Suprema:

En su impugnación la fiscalía señala entre otras cosas que el tribunal superior aplicó indebidamente el instituto del delito provocado, ya que este se presenta cuando factores externos condicionan la generación de la voluntad delictiva del agente, lo cual no se da en el presente caso.

La Corte Suprema, a partir de su fundamento octavo, desarrolla lo referido al agente provocador, mencionando: “De otro lado, como segundo agravio se acusó la falta de logicidad en la motivación, toda vez que la absolución se sustentaría en una indebida aplicación del delito provocado. A efectos de resolver este agravio es necesario hacer las siguientes consideraciones. El auto de calificación que declaró bien concedido el recurso de casación dejó establecido que no ha quedado claro si la absolución obedece a que se presentó en supuesto de agente provocador o porque los hechos imputados en el iter criminis no ingresaron al estadio de la tentativa (....) Noveno: En primer término es indispensable definir en sentido estricto lo que significa un “agente provocador”, pues no en todos los casos en que interviene una persona para procurar detectar o poner en evidencia una conducta punible, hay provocación.

El agente provocador es la persona que determina la consumación del ilícito, haciendo que otra persona incurra en un delito que probablemente no se había propuesto realizar con anterioridad, para lo cual mantiene un contacto permanente con la persona que va a inducir o bien tener simple contacto de manera ocasional. Existe provocación, entonces, en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un ilícito que el inducido no se había planeado consumir con anterioridad. Decimo: Para que exista el delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción- nazca del agente provocador, de tal manera que se incite a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la ejecución del delito, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción. En nuestro ordenamiento no es admisible realizar mecanismos para tentar a las personas a cometer hechos delictivos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planeado esta posibilidad. Las personas ni pueden válidamente inducir a otra a cometer un determinado delito. Undécimo: Distinta es la situación cuando se interviene para acreditar que un persona ya se había planeado realizar la conducta ilícita y la intervención se produce en una fase sucesiva, como ocurre, por ejemplo en el caso del “agente encubierto” (...) en este caso no podemos hablar de un agente provocador, pues ya la persona contactada por agente encubierto había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo (...). Duodécimo: En ese

contexto, dentro del marco factico en que fue descubierto el acusado, no se advierte una auténtica provocación de la menor agraviada, pues su comportamiento estuvo dirigido a ponerlo al descubierto –ya que en su condición de docente le hizo requerimientos amorosos indebidos- y procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que pretendía seducir abusando de su condición de educador, limitándose a acudir a su domicilio y tener abierta la línea de su teléfono celular para que se pueda escuchar la conversación, lo que de ninguna manera se puede considerar como un acto de provocación, pues la relación educador y alumna evidencia una situación de superioridad indiscutible a favor del acusado, que aprovechó y le permitió tener todo el dominio del hecho. En consecuencia, se evidencia una indebida aplicación del supuesto de delito provocado que conduciría a estimar el recurso de casación; sin embargo, teniendo en cuenta que no se habría dado inicio a la ejecución del delito para que se califique el hecho como delito tentado, tampoco es de recibo el segundo motivo invocado referido a la falta de logicidad en la motivación”.

d. Análisis.

Desde mi perspectiva, en esta ejecutoria suprema se advierte cómo la fundamentación subjetiva de una institución jurídica nos manda al abismo de la confusión y de la inseguridad jurídica, pues la Corte Suprema parece que trata de decirnos que agente encubierto e instigador tienen un denominador común: ambos determinan a otra persona para que consume el delito. Sin embargo, líneas más abajo contradictoriamente menciona que el agente provocador “cuando incita a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se

haga merecedor de una sanción”. En otras palabras, el agente provocador y el instigador direccionan su actuar final de diferente manera. Una vez más, la diferenciación de instituciones jurídico penales queda en manos del aspecto subjetivo, lo cual es a todas luces equivocado.

Si seguimos la postura de la doctrina mayoritaria en lo referido a la instigación al delito –totalmente equivocada, por cierto-, nos daremos cuenta que la misma se contrapone a lo señalado por la Corte Suprema respecto al agente provocador. Así, para la doctrina equivocada el instigador influye psicológicamente para que el ejecutor consume el delito, mientras que para la Corte Suprema no. Parece ser que la Corte Suprema establece la diferenciación entre ambas en base al “iter criminis”: la instigación busca que el ejecutor consume el delito, mientras en el agente provocador solo busca tentativa. Esto, si bien es un intento de diferenciación entre ambas instituciones, es sólo una cuestión de punibilidad que en nada ayuda a diferenciarlas conceptualmente, ya que la instigación también se sanciona en grado de tentativa.

3.2.2. R. N N° 4158-2011 Junín, de fecha 8 de mayo de 2012. Sala penal transitoria de la Corte Suprema

a. Hechos imputados:

Según la acusación, un día de noviembre de 2009 en horas de la tarde, el acusado compró la sustancia toxica (sulfuran) en un local comercial ubicado en la carretera central para luego de ello dirigirse a su domicilio, escondiendo el producto debajo de su cama sin comunicarle a su esposa de la compra del mencionado producto, retirándose luego a la casa de sus padres; al retornar a su domicilio en compañía de su padre y su hermano, advierte que la puerta de

su dormitorio estaba trancada, por lo que al ingresar al mismo se dio con la sorpresa que su esposa y sus dos hijos estaban tirados en el suelo, lo cual ocurrió porque ingirieron la sustancia toxica que el acusado compró también con la intención de suicidarse; además, señala la fiscalía, que en el indicado domicilio se encontró una hoja de cuaderno donde supuestamente la occisa habría manifestado su decisión de suicidarse, pero la hermana de la occisa señaló que la letra no corresponde a la fallecida.

b. Razonamiento del colegiado superior:

El tribunal superior, luego de desvincularse de la acusación por el delito de parricidio respecto a la agraviada, condenó al acusado por el delito de ayuda al suicidio. Según el tribunal: “Es importante diferenciar la hipótesis de la ayuda con la de la instigación, pues mientras que en la instigación el sujeto determina o refuerza la resolución del suicida, en la ayuda la determinación ya ha sido tomada por el sujeto, por lo que el autor de dicho ilícito penal sólo facilita los medios realizando actos de cooperación (...). Que, en el presente caso –dicen los jueces superiores-, conforme a la hipótesis del Ministerio Público, el acusado no sólo procuró influir psíquicamente en la agraviada para que tomara de decisión de quitarse la vida, sino que reforzó la decisión que ésta ya había manifestado previamente y para lograr ello le facilitó el veneno, lo que constituye el aporte material para que la suicida concretase su muerte (...) la prueba actuada en el proceso acreditó que la muerte de la agraviada y de sus dos menores hijos fue producida por ingesta de sustancia toxica (...); la carta encontrada junto al cuerpo de la occisa donde consigna que «ha tomado esa decisión y espera que la perdonen, que lo esperará en el más allá y que sea

feliz» fue sometido a dos pericias grafotécnicas que coincidieron en determinar que la letra que parece en ella corresponde a la fallecida; en consecuencia, estos medios de prueba (...) permiten inferir que la muerte de la agraviada fue producto del acto suicida de esta, y la muerte de sus dos menores hijos deriva de la acción que realizó de hacerles consumir veneno”.

c. Razonamiento de la Corte Suprema:

La Corte Suprema consideró que, en la misma línea argumentativa del tribunal superior y del fiscal Supremo, la culpabilidad del acusado está suficientemente acreditada. Para la corte: “Es importante diferenciar la hipótesis de la ayuda al suicidio con la de la instigación, pues mientras que en la instigación el sujeto determina o refuerza la resolución del suicida, en la ayuda la determinación ya ha sido tomada por el sujeto, por lo que el autor de dicho ilícito penal sólo facilita los medios realizando actos de cooperación, así la ayuda al suicidio consiste en prestar de modo intencional la colaboración material o auxilio para que otro se suicide, es decir que coopera –sin haber tomado parte en la decisión suicida- para que la resolución se lleve a cabo (...). Que en el presente caso, el encausado no sólo procuró influir psíquicamente en la agraviada para que tomara la decisión de quitarse la vida, sino que reforzó la decisión que esta ya había manifestado previamente y para lograr ello le facilito el veneno, lo que constituye un aporte material para que la suicida concretase su muerte (...); que, en consecuencia, los medios de prueba (...), permiten inferir que la muerte de la agraviada fue producto del acto suicida de esta y la muerte de sus menores hijos deriva de la acción que realizó de hacerles consumir un veneno” (4).

(4) Fundamentos 4.1 y 4.2.

Según la corte, no sólo basta con valorar la prueba, sino también los indicios que convergen en autos: “a) la compra del insecticida por parte del encausado y su negativa de adquisición; b) relaciones conflictivas entre el acusado y la agraviada; c) de la exposición a la sustancias toxica; d) de los antecedentes suicidas de la agraviada; e) de la ausencia de voluntad para el suicidio del encausado y su auxilio a la agraviada; f) de los otros indicios que refuerzan la tesis de las relaciones extraconvivenciales del encausado; g) indicios de mala justificación del encausado” (5).

En ese sentido, la Corte Suprema confirmó la sentencia de primera instancia agregando que el acusado desplegó su conducta con dolo eventual respecto a la muerte de sus hijos; siendo ello así el comportamiento del acusado se configura como parricidio, bajo la forma de comisión por omisión, en su calidad de autor.

d. Análisis:

Resulta criticable que la Corte Suprema asuma que en la instigación el sujeto “determina o refuerza”, sin explicar cuál es el concepto de “determinar” y de “reforzar”; asimismo, no entendemos cuál es la razón jurídica para incluir el “reforzar” dentro de la instigación del artículo 24 del código penal, si este último no contiene tal conducta típica. Asumir que se instiga determinando o “reforzando” la resolución del sujeto sólo contribuye a confundir el supuesto acertado de que el que “refuerza” no tuvo nada que ver con la decisión que ya en un momento anterior ha tomado el ejecutor. Es decir, si se “refuerza” la decisión del ejecutor, ya no se puede decir que se le haya determinado; un

(5) Literales desarrollados dentro del fundamento 4.4.

concepto excluye al otro. Hasta aquí podría asumirse que conceptualmente la Corte Suprema se haya equivocado, sin embargo, la gravedad del error se hace mayor cuando tal equivocación es aplicada al caso concreto. Así, la Corte, literalmente menciona: “el encausado no sólo procuró influir psíquicamente en la agraviada para que tomara la decisión de quitarse la vida, sino que reforzó la decisión que ésta ya había manifestado previamente”; como vemos, es la propia Corte Suprema la que señala que la agraviada “tomó la decisión de suicidarse previamente”, es decir, antes de que el acusado haya “reforzado”. En otras palabras, la Corte Suprema admite que el acto de “reforzar” es posterior a la decisión de suicidarse de la agraviada. Con ello se advierte que la acción de “reforzar” no implica “determinar”, es decir no se utilizan como sinónimos, son diferentes conductas.

Tal contradicción lógica del razonamiento de la Corte es el resultado de no tener claro qué se entiende por “determinar a otro”, ya que si se hubiera definido la conducta del artículo 24 del código penal no se hubiera confundido, o igualado, a la conducta de “reforzar”.

Otro aspecto equivocado que asume la Corte Suprema es el hecho de entender que instigar es “influir psíquicamente” en el ejecutor del delito. Como ya hemos desarrollado, utilizar la psicología como fundamento de la instigación no es un argumento sostenible jurídicamente dada la incertidumbre de entender cómo se influye psicológicamente. Es más, no existe en la psicología aplicada nada referido a “influir psíquicamente”.

3.2.3. R. N N° 2966-2012 Lima, de fecha 21 de noviembre de 2013. Sala penal transitoria de la Corte Suprema

Como cuestión previa hay que hacer la siguiente precisión: Esta ejecutoria suprema fue resuelta acudiendo al voto dirimente; así, el extremo donde se explica los hechos imputados, el tema relevante para esta investigación y lo resuelto en mayoría, va estar delimitado por los votos discordantes de los jueces San Martín Castro y Rodríguez Tineo. La posición de estos jueces prevaleció respecto a los demás.

a. Hechos imputados:

Según la imputación fiscal, los acusados A y B decidieron o convencieron al trabajador municipal y a el de la empresa municipal, los ya sentenciados C y D, para que busquen personas para dar muerte al agraviado. Estos últimos, por medio de pago de dinero, decidieron y convencieron a otras personas [ejecutores del crimen] para que asesinaran al agraviado.

b. Razonamiento del colegiado superior:

De acuerdo a lo que describe la ejecutoria en análisis, el tribunal superior absolvió de la acusación a “A y B” señalando que los medios de prueba resultan insuficientes para quebrar o enervar la presunción de inocencia. Respecto a las condenas firmes emitidas, la prueba actuada en esta causa no contribuye a decaerlas y, por ende, a determinar o establecer la alegada instigación principal de A y B. Los medios de prueba ofrecidos por las partes acusadoras, basados en artículos periodísticos, reportajes, declaraciones de testigos propios e impropios, resultan insuficientes e incapaces para dictar sentencia condenatoria.

c. Razonamiento de la Corte Suprema:

Para la corte suprema la sentencia de primera instancia estuvo correcta y, además de complementar los argumentos del ad quo haciendo uso de su facultad de corrección, declaró no haber nulidad confirmando la absolución de los acusados.

Según los jueces Supremos: "(...) A lo expuesto se agrega que anteriores fallos determinaron la presencia de instigadores, digamos "principales", distintos a los acusados A y B. Ello genera una línea acusatoria, sin duda, difusa o plural, pero como en este proceso sólo se vincula como instigadores a los dos últimos acusados, la exigencia probatoria, que ineludiblemente tendrá que enervar los primeros fallos judiciales, debe ser aún más exigente. Es claro que, si se siguen las actuaciones, los instigadores principales serían, de un lado, los reos C y D [ambos con sentencia firme]; o, por otro lado, los acusados A y B, como sugiere el nuevo proceso abierto. Entre las dos líneas acusatorias –la primera consolidada judicialmente- no existe coincidencia respecto a los instigadores principales, y de seguirse la última acusación, la primera sería necesariamente falsa en ese ámbito (6). (...) El fiscal superior propone que se valore como prueba de la existencia de la cadena de instigación únicamente el vínculo laboral de "C" con la Municipalidad donde, al momento de hechos, el acusado "A" era alcalde. Tal pretensión resulta inaceptable por su ostensible subjetividad. La inducción al delito requiere que el instigador haga surgir en el instigado la idea de perpetrar el delito, lo determina a su comisión. No obstante ello, la intención del instigador

(6) Últimos párrafos del décimo noveno fundamento.

debe ser demostrada, no con suposiciones, sino con prueba directa o indiciaria dirigida a establecer “dicha determinación” a que otro cometa el delito (7).

d. Análisis:

Si ya de por sí resulta insostenible admitir que se pueda influenciar psicológicamente a una persona para que ejecute un delito, imaginemos el grave error de creer que entre instigador y ejecutor exista un intermediario que a su vez también está influenciado psicológicamente. Esta aberración jurídica asumida por la fiscalía movilizó todo el aparato judicial del Estado peruano. Pese a todo, en esta ejecutoria la Corte Suprema parece que tibiamente se aleja del subjetivismo psicologista, y en lugar de ello menciona que “en la instigación se requiere que el instigador haga surgir en el instigado la idea de perpetrar el delito”. Ahora bien, pese a que la Corte no explica ni desarrolla qué debe entenderse por “determinar a otro”, nos parece acertado –desde la óptica probatoria- que mencione que “dicha determinación a que otro cometa el delito, deba ser demostrada”.

3.2.4. R. N N° 2966-2012 Lima, de fecha 21 de noviembre de 2013. Sala penal transitoria de la Corte Suprema

a. Hechos imputados:

Se atribuye a X haber dado muerte a la agraviada por encargo de la acusada “A”; pues, en 2009 “X” aprovechando que pernoctaba en casa de la agraviada, asesino a esta última dándole puñaladas y cortes en cuello. Luego de ello “X”

(7) Último párrafo del trigésimo octavo fundamento.

tomó una caja que contenía objetos de interés para la acusada “A”, y huyó en el vehículo de la agraviada.

b. Razonamiento del colegiado superior:

Para el colegiado superior la postulación de autoría mediata de homicidio calificado hecha por la fiscalía respecto a la acusada “A”, no es amparable. En lugar de ello condenaron a “A” como instigadora o inductora del delito mencionado.

c. Razonamiento de la Corte suprema:

En esta ejecutoria la Corte Suprema empieza estableciendo algunos aspectos dogmáticos referidos a la autoría mediata y a la instigación, ello para establecer la diferencia entre ambas instituciones jurídico penales. Para los jueces: “(...) por instigación o inducción, se entiende a la figura en virtud de cual una persona determina a otro a realizar el injusto doloso concreto, de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo cual lo distingue del coautor. Se puede instigar mediante regalos, promesas, amenazas, violencia, coacción, provocación de error en el instigado, con abuso del ascendiente o autoridad que se detenta, mediante la emisión de consejos, a través de la expresión de deseos, valiéndose de apuestas, etc., lo importante es que cualquiera de los medios utilizados sea idóneo y eficaz de cara a la realización de la conducta perseguida. Sobre el particular, señala Mir Puig que la instigación es: «la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante el influjo psíquico a otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría doloso». Apunta, además,

Conde-Pumpido Ferreiro que: «la inducción es una forma de participación moral consistente en hacer en otro dolosamente la resolución de ejecutar el acto punible. De allí que se llame también autoría intelectual por cuanto es el inductor quien concibe y quiere inicialmente el delito, que pretende que cometa materialmente otro». Para la existencia de esta figura debe llenarse condiciones de diverso orden, tal como se indica a continuación: i) debe existir un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor –la conducta realizada por el autor (injusto) debe ser producto de la actividad desplegada por el inductor, valiéndose de cualquiera de los medios antes mencionados; a su turno, el autor debe haber realizado el injusto al cual ha sido determinado, sin importar que lo haya hecho de manera culpable-; ii) la actuación del inductor debe ser determinante –la acción desplegada por el inductor debe ocasionar la resolución en el autor de la conducta típica y antijurídica de cometer el hecho, debe compelerlo o determinarlo, lo cual resulta de suma importancia, pues el agente puede intentar inducir a quien ya está decidido a decidido a realizar el injusto-; iii) el hecho realizado debe, por lo menos, implicar el comienzo de ejecución –el actuar al que se induce debe consumarse o alcanzar, siquiera, el grado de tentativa punible-; iv) el inductor debe carecer del dominio del hecho final-social –el instigador debe carecer de dominio del hecho, pues si lo tiene debe pensarse en la figura de coautoría-; y v) el inductor debe actuar de forma dolosa –para aludir a la exigencia subjetiva a diferencia de las anteriores que son objetivas, el inductor debe actuar con dolo, por lo menos eventual, de donde se infiere la ausencia de punibilidad de la instigación culposa-. Que, por otro lado, a lo fines de la valoración de la prueba, corresponde remarcar que el hecho atribuido a “A” es de aquellos que, por lo general, se consuman en la esfera de la

clandestinidad, motivo por el cual el testimonio del inductor, del inducido y de otras personas, así como de los indicios que emergen de autos, adquieren relevancia preeminente; que, en efecto, para arribar al grado de certeza que esta instancia requiere dichas declaraciones no deben encontrarse cargadas de intencionalidad, sea por interés u odio en contra de “A” y, además, debe estar correlacionada de modo consistente y coherente con otros elementos incorporados a la causa (...)” (8).

Para los jueces Supremos: “el encausado “X”, retractándose de su declaración plenaria, de modo espontáneo retomo su primigenia versión y formuló imputaciones contra la encausada “A”, esto es, de haber sido la persona que llamó vía telefónica en forma insistente y lo convenció –indujo- para que diera muerte a la agraviada a cambio de la entrega de una suma de dinero” (9). Asimismo, según la Corte Suprema: “(...) y, con el mérito del dictamen pericial de psicología, ratificado en el plenario, pues no se descarta que acorde con la personalidad del encausado “X”, éste haya sido fácil de convencer por parte de la persona que lo instigo a dar muerte a la agraviada, esto es, la encausada “A”; que, al respecto, resulta preponderante lo afirmado por el autor del dictamen pericial psicológico en el plenario frente a la pregunta si el encausado “X” es una persona que se deja convencer fácilmente, dijo: «no fácilmente, primeramente él tiene que analizar las circunstancias, no solamente lo utiliza, sino también puede utilizar las manipulación como medio de obtener un provecho», estimando que le resulta aplicable la frase “el fin justifica los medios” (10).

(8) Fundamentos 4.1.2 y 4.2.

(9) Segundo párrafo del fundamento 5.2.2.

(10) Ultima parte del fundamento 5.2.4.

La Corte Suprema enfatiza: “Que, en efecto, resulta evidente en atención al valor probatorio que se le otorga a la imputación del encausado “X” como corolario de las demás pruebas actuadas, que éste llevo a cabo la conducta que se le atribuye con libertad de decisión, pero bajo la influencia motivadora de otra persona, es decir no sometió su voluntad a la de otra persona, sino que dependía de la suya propia para realizar el delito (continuarlo, modificarlo o interrumpirlo) hasta su consumación; que, en tal sentido, la conducta imputada a la encausada “A”, es decir, la de despertar el dolo y determinar la comisión del delito, permanece sin aniquilar el hecho (como inducción o instigación); por ello, la encausada “A” no resulta ser autora mediata, pues, como se anotó, no sometió la voluntad de “X” –y la voluntad de este, como contraparte, no se hallaba instrumentalizada- conclusión que no varía por el hecho de que “A” haya concebido el plan global de la muerte de la agraviada; que en tal orden de ideas, resulta patente que su intervención, antes bien, consistió en dar un impulso criminal decisivo y predeterminar dolosamente, mediante influjo psíquico eficaz, rotundo y directo, al encausado “X”, a realizar «su hecho» antijurídico doloso –dar muerte a la agraviada a cambio de una suma de dinero-, por ello, el haber influido dolosamente de manera significativa y el haber hecho surgir la resolución delictiva –incidiendo eficazmente en su proceso de motivación- a “X” hacia la comisión de un delito específico –homicidio calificado- influjo psíquico que surtió el efecto esperado por “A”, pues fue la fuerza moral o espiritual que movió al inducido a ejecutarlo, es que la conducta criminal de dicha encausada es a título de inductora o instigadora, es más, es de considerar que el medio empleado para realizar la inducción fue una petición singular, no de cualquier persona, sino la de aquella a quien estimaba como una «tía», le brindaba trabajo seguro y

remunerado, hospedaje, ropa, movilidad y alimentación, todo lo cual redujo su ámbito de autodeterminación; que, si bien se consolida la actuación con libertad de encausado “X”, no puede negarse –en consonancia con que él sostiene de forma coherente y uniforme- que se vio afectado porque actuó bajo cierta dosis de presión motivacional –socialmente inadecuada, pero no excluyente de culpabilidad, es decir, propia aun del ámbito de la inducción- derivada de su posición de subordinado respecto al inductor; que, en efecto, esta presión –psíquica o moral-, como se dijo, no tuvo la intensidad como para exculpar su conducta, excluir su capacidad para autodeterminarse conforme a derecho, o sustentar una causal de inexigibilidad –supuestos donde sí podría afirmarse la existencia de un autor mediato-, pues se trata de un caso en que el inductor impuso su voluntad; que, en consecuencia, queda claro que la encausada “A” actuó como instigadora o inductora en el hecho criminal que se le atribuye, mas no como autora mediata” (11).

En otro extremo la Corte Suprema señala: “Como se extrae de lo señalado por “X” y “A”, ésta no tenía problemas en que aquel pueda presenciar las diferentes relaciones amorosas que sostenía con personas distintas a la agraviada; por todo ello, es posible establecer la existencia de una íntima relación existente entre ambos (“X” y “A”), la cual resultaba más que necesaria entre instigador y ejecutor” (12); “es de considerar que, en el presente caso, resulta un hecho probado que el ejecutor material del delito de homicidio fue motivado por el instigador por una recompensa dineraria, elemento de convencimiento que resulta idóneo para que una persona acepte cumplir con el designio criminal

(11) Ultima parte del párrafo i) del fundamento 5.2.6.

(12) Ultima parte del párrafo vii) del fundamento 5.2.6.

previamente ideado por el instigador o inductor; que, por tanto, la figura de la instigación no se contrapone al homicidio por lucro” (13).

d. Análisis.

Esta vendría a ser la ejecutoria suprema, desde mi punto de vista, donde se desarrolla con mayor profundidad la instigación al delito. Sin embargo, tal desarrollo resulta superfluo ya que no incide en la conducta típica del artículo 24 del código penal: “determinar a otro”. En todo caso, en esta ejecutoria la Corte Suprema se adhiere a la posición mayoritaria respecto a qué es lo que se debe entender por “determinar a otro”.

Como punto de partida la Corte estima que el instigador “provoca en el autor la resolución delictiva sin tener dominio del hecho”; sin embargo, esta afirmación adolece de dos defectos: por un lado, al asemejar la “provocación” con la “instigación”, genera incertidumbre jurídica ya que en nuestra normativa no existe la figura de la provocación al delito y, si en todo caso se quería utilizar el término “provocar”, debieron precisar que el mismo no es parte del tipo objetivo del artículo 24; y, por otro lado, además de no explicar qué se entiende por provocar, se inclinan por utilizar la teoría del “dominio del hecho” para aquel que ejecuta el delito, pese a que dicha teoría nunca definió, dentro de la sistemática de su fundamentación, que el partícipe –en este caso el instigador- tenga o no dominio del hecho. A todo ello habría que sumarle que al citar a los doctrinarios Mir Puig y Conde-Pumpido Ferreiro, la Corte se adhiere a la postura mayoritaria que, místicamente, cree que la instigación es influencia psicológica o

(13) Párrafo 5.3.7.

participación moral, respectivamente. Esto último, la moralidad en el derecho, ya fue superado desde la edad media.

Asimismo, la Corte Suprema menciona cinco condiciones que deben darse para que se dé la figura de la instigación: a) el vínculo entre instigador y ejecutor; b) el actuar del inductor debe ser determinante; c) el instigado debe dar inicio a la ejecución del delito; d) el inductor debe carecer del dominio del hecho final-social; y, e) el inductor debe actuar con dolo.

Como se observa, todas estas condiciones o requisitos no desarrollan en ningún extremo el concepto de “determinar a otro”; empero, sí es plausible el intento de la Corte Suprema de tratar de elaborar pautas, aunque sea probatorias, para delimitar mejor la instigación al delito. Ese argumento, aunque fundamentado con cimientos de la teoría de la acción finalista, constituye un avance y un cambio que hace más razonado la explicación de esta forma de participación. Respecto a la “vinculación” entre instigador e instigado, entendemos que es un aspecto que contribuye a sustentar mejor el aporte probatorio de esta forma de participación; en lo referido al “actuar determinante” del instigador, aquí no merece más atención que el desarrollo de toda esta investigación; en cuanto al inicio de la ejecución del delito por parte del instigado, no es posible pronunciarnos dado los límites de esta investigación; respecto al cuarto requisito nos remitimos a nuestra exposición en la primera parte de esta investigación; y finalmente, respecto al dolo del instigador cabe decir lo mismo que ya se dijo para el tercer requisito.

Como ya mencione, estas condiciones o requisitos enmarcan mejor las razones que sirvieron para concluir en la condena de los acusados, pues como se observa, la sentencia se sostiene en base a los distintos testimonios que dio el

instigado (ejecutor) en el proceso, de donde la Corte extrae, entre otras cosas, que la influencia, a modo de “convencimiento insistente” que este recibió para que matara a la víctima, fue vía telefónica.

Si seguimos revisando la ejecutoria suprema, observaremos que la Corte introduce la expresión “libertad” dentro de sus argumentos para explicar la conducta típica “determinar a otro”; así, según la Corte: “el ejecutor del crimen llevo a cabo su conducta con libertad de decisión, pero bajo la influencia motivadora de otra persona”. Considero que es un error de razonamiento señalar que una persona actúa con “libertad” de decisión, y al mismo tiempo se diga que actuó influenciado por otra persona, debido que no es posible saber cuándo una persona está influenciada; tampoco se puede saber de manera específica qué es aquello que los influenció a tal o cual conducta. En otras palabras, no se puede saber qué está en la mente del ejecutor del crimen.

Es por eso que la doctrina mayoritaria, desde el siglo pasado, ha situado la conducta de instigar en los causes de la psicología del hombre para intentar explicar el pensamiento criminal; sin embargo, de aquello se extrajo un concepto errado –llamado influencia psíquica- que cree poder explicar lo que hay en la mente del autor del delito.

A toda aquella equivocación habría que agregarle la retórica sin sentido de la Corte Suprema, cuando señala: “(...) el influjo psíquico surtió el efecto esperado por “A”, pues fue la fuerza moral o espiritual que movió al inducido a ejecutarlo (...)”. Y es que me parece extraño que se admita como premisa: “la fuerza moral o espiritual movió al inducido”, sin antes evaluar el soporte normativo social de tal expresión, o su posibilidad de construcción teórica que conlleve a una correcta aplicación práctica.

Un aspecto novedoso en la ejecutoria se observa cuando la Corte Suprema considera la cualidad personal del instigador como soporte argumentativo para concluir que el “determinar a otro” sí es posible. Así, según la Corte, el hecho que el ejecutor “estimaba como una tía” al instigador fue una condición favorable para que se dé la instigación, ya que sirvió para reducir la “autodeterminación del instigado”. Hasta aquí podemos observar que la novedad anunciada no contiene base científica que la sostenga, pues a la fecha no existe teoría que haya logrado establecer cuándo es posible hablar de “autodeterminación” del ser humano; tampoco se conoce cuál es el método que permita concluir que esta se haya reducido. Respecto a esto último habría que evaluar varios aspectos como: a) qué se entiende por “autodeterminación”; b) ¿es posible reducir la “autodeterminación”?; y, c) ¿reducir la “autodeterminación” implica excluir la misma? Salvo esta última interrogante donde la Corte sólo responde negativamente, las demás no fueron desarrolladas en la ejecutoria suprema. En mi opinión, si se quería utilizar el término “autodeterminación”, mínimamente debieron desarrollarse dichas interrogantes y de manera secuenciada, ya que superar el entendimiento de la primera conlleva a sostener una premisa mejor elaborada respecto a las siguientes interrogantes.

Otro aspecto que resalta en la ejecutoria es el tema de la “relación entre instigador e instigado”. Este aspecto resulta atendible si se considerase de acuerdo a parámetros normativos, mas no –como lo hace la Corte- en aspectos subjetivos como lo “íntimo”. Hubiese estado mejor construido este aspecto si, por ejemplo, se consideraba la relación entre instigador e instigado en base a pautas sociales normativizadas como las reglas de convivencia por afinidad, lo laboral, lo contractual, etc.

Finalmente, de entre todos los posibles medios que sirvieron para que el instigador convenza al instigado para que ejecute el crimen, la Corte considera que fue la recompensa dineraria lo que sirvió de motivo al ejecutor. En este punto habría que hacer una precisión para entender si las expresiones “motivar” y “medio” son equiparables. Pese a que la ejecutoria las usa indistintamente, considero que existe una diferencia muy marcada entre ambas expresiones. Así, el “motivo” debe entenderse como el móvil que llevo a la persona a ejecutar el crimen; y, respecto al “medio”, debe entenderse como la vía que sirvió al instigador para que comunique su plan criminal al ejecutor.

CONCLUSIONES

1. Históricamente, la instigación es el resultado del desplazamiento de la figura jurídico romana «mandato» hacia los dominios del derecho penal de la época medieval. Con el apogeo de la teología en esta última, y con el imperio de considerar al delito como pecado, terminó por subjetivarse el contenido del «mandato». Posteriormente, moral y derecho se separarían en sistemas opuestos, sin embargo, en lo que se refiere al mandato aún se la concebía en base a lo subjetivo. Ya en la modernidad el mandato volvió a ser parte del ordenamiento civil, sin embargo, su contenido iba ser reutilizado en la forma de participación delictiva llamada instigación. Hasta la actualidad se mantiene, con el agregado del psicologismo, el deficiente concepto de instigación heredado en siglos pasados del mandato.
2. Nuestros códigos penales anteriores al de 1991, pese a que en su mayoría son copia de códigos penales extranjeros, de alguna forma regularon la instigación como forma de participación; sin embargo, dichas regulaciones adolecieron de dos defectos: primero, que su desarrollo les fue ajeno a nuestros doctrinarios, pues no ha sido posible encontrar alguno que haya analizado la instigación en cada una de nuestras legislaciones; y, segundo, que la conducta “determinar a otro” no siempre fue el contenido de la instigación al delito, pues esta llegaba al extremo – y he aquí la dificultad racional- de ser considerada como influencia moral o espiritual.

3. Las teorías que desarrollaron la autoría y participación en el delito se abocaron desmedidamente a la sistematización e interpretación de qué es lo que se debe entender por autoría en el delito, desarrollando en menor medida y de forma residual la participación en el delito; de esta última, en lo que se refiere a la instigación, el desarrollo teórico de la conducta “determinar a otro” fue muy reducido. Tal es así que en Alemania se tienen estudios en donde se analiza la participación en el delito recién a partir de inicios del s. XX, y en España aún después de mediados del mismo siglo. De esas teorías, la que actualmente sigue siendo tomada en cuenta para conceptualizar la conducta “determinar a otro” es la teoría de la acción final. Esta teoría, en su intento de llenar el concepto de instigación, utilizó algunos datos de la psicología anti positivista de su época, admitió el postulado de que el “libre albedrio tradicional” no debe ser aplicado al derecho penal y, finalmente, mantuvo el aspecto subjetivo que ya antes había sido utilizado por antiguos doctrinarios. La suma de todo ello constituye el actual concepto de “determinar a otro” que sigue siendo utilizado por la mayoría de los operadores jurídicos en nuestro país.

4. El principal error del concepto de la instigación como forma de participación en el delito es creer que un estado mental llamado “influencia psíquica” puede servir de contenido al elemento típico “determinar a otro”. Este error contribuyó a ubicar el análisis de dicho elemento dentro de la tipicidad subjetiva. Ello se comprueba cuando revisamos los manuales de derecho penal que analizan la instigación como forma de participación

delictiva, los cuales, en su mayoría, mencionan que el instigador debe hacer nacer en el instigado el dolo de cometer un delito. En tal sentido, la instigación al delito no es una actividad delictiva que consiste en imputar la conexión del proceso mental de dos personas, una llamada instigador y otra llamada ejecutor del delito; tampoco es un suceso que se valora en función de un estado psicofísico del hombre. El concepto de la instigación parte por entender que es la conducta del hombre la que pone en riesgo el derecho. Instigar es una conducta que legalmente está descrita en el código como “determinar a otro”. Esta conducta tiene como premisa para su valoración al individuo en sociedad en constante contacto con otros, y en continua ejecución de roles.

5. En ese sentido, 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.

6. En la actualidad la ciencia de la teoría de la participación en el delito sigue considerando que el comportamiento instigador «determinar a otro» tiene como fundamentado a la teoría de la acción finalista. A pesar de que la ciencia jurídica a reelaborado conceptos de la autoría en el delito (autoría directa, mediata y coautoría), en lo que se refiere a la participación delictiva no ha sido así, pues la mayor parte de los teóricos han dedicado sus esfuerzos a sustentar las bases de la imputación a título de autoría. La teoría de la acción finalista irrumpió en la ciencia jurídica para llenar de contenido algunas formas de participación delictiva. La instigación, la cual ya traía consigo en el germen del subjetivismo de Feuerbach, es producto de la elaboración Welzeliana, quien, además de mantener lo planteado por el “determinismo”, sólo agregó el aspecto psicológico a la conducta “determinar a otro”, mas no le suministró un contenido que sea normativamente verificable en la realidad.

Un contenido de acuerdo a lo propuesto por Welzel, y sostenida hasta la fecha por la doctrina mayoritaria, influye palmariamente cuando el operador jurídico busca comprobar la imputación por “instigación” al delito, pues el concepto jurídico direcciona la valoración del medio de prueba encaminada a sustentar la imputación por esa forma de participación delictiva. En efecto, si se mantiene el concepto actual de “determinar a otro”, se cae en el error de dar prevalencia al aspecto subjetivo del ser humano. Esto último se advierte en las resoluciones emitidas por la Corte Suprema, en donde los jueces, a resultas de admitir al finalismo como soporte de la instigación al delito, tienen una

postura equivocada de la conducta típica “determinar a otro” del artículo 24 del código penal.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano, N. (1994). *Historia de la filosofía* (4° ed., Vol. 1). (J. Estelrich, & J. Perez Ballestar, Trads.) Madrid, España: Hora.

Ambos, K. (2010). Dogmática jurídico penal y concepto universal de hecho punible. En K. Ambos, *Fundamentos y ensayos críticos de derecho penal y procesal penal* (R. Alcácer Guirao, Trad., 1° ed., págs. 37-71). Lima, Perú: Palestra.

Aquino, T. (1888). *Suma teológica* (2001 ed., Vol. I). (J. Martorell Capó, Trad.) Roma, Italia: Biblioteca de autores cristianos.

Aristóteles. (1985). *Ética Nicomáquea*. (J. P. Bonet, Trad.) Madrid, España: Gredos.

Bacigalupo, E. (2009). La noción de autor en el código penal. En E. Bacigalupo, *Teoría y práctica del derecho penal* (Vol. II, págs. 817-840). Madrid, España: Marcial Pons.

Bartra, R. (2013). *Cerebro y libertad. Ensayo sobre la moral, el juego y el determinismo* (1ra ed.). Mexico: Fondo de cultura económica.

Bechterevev, W. (1965). *La psicología objetiva* (2° ed.). (L. G. Ratto, & C. A. Duval, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Paidós.

Beling, E. V. (1944). *Esquema de derecho penal y la doctrina del delito tipo* (11° ed.). (S. Soler, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Beling, E. V. (1944). *La doctrina del delito tipo*. (S. Soler, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.

- Bouknak, V. (1969). El origen del lenguaje. En H. Vallois, A. Vandel, & otros, *Los procesos de hominización* (R. A. Marín, Trad., 1° ed., págs. 93-117). México, México: Grijalbo.
- Bramont Arias Torres, L. (2008). *Manual de derecho penal parte general* (4° ed.). Lima, Perú: Eddili.
- Bramont Arias, L. (1981). *Temas de derecho penal*. Lima, Perú.
- Bunge, M. (1997). *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna* (1° ed.). (H. Rodríguez, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Sudamericana.
- Carrara, F. (1877). *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito*. (V. Romero Girón, Trad.) Madrid, España: F. Góngora y compañía, editores.
- Cerezo Mir, J. (1979). Autoría y participación en el código penal vigente y en el futuro código penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*(3), 567-582.
- Código penal del Perú. Edición Oficial*. (1863). Lima, Perú: Imprenta calle de la Rifa, 58.
- Cuello Contreras, J. (1996). *El derecho penal español* (2° ed.). Madrid, España: Civitas.
- Cuello Contreras, J. (2006). Neofinalismo y Normativismo: Condenados a entenderse. En *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Domingo García Rada* (págs. 67-84). Arequipa, Perú: Adrus.

- Díaz y García Conlledo, M. (1991). *La autoría en derecho penal* (1° ed.). Barcelona, España: PPU.
- Díaz y García Conlledo, M., & Luzón Peña, D. (2003). Determinación objetiva y positiva del hecho y la realización típica como criterios de autoría. *Derecho penal contemporáneo*, 89-128.
- Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal*. (J. Rodríguez Muñoz, Trad.) Madrid, España: Reus.
- Feuerbach, A. V. (1828). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (2007 ed.). (E. R. Hagemeyer, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Hamurabi.
- Fierro, G. J. (1964). *La teoría de la participación criminal*. Buenos Aires: Ediar.
- Fletcher, G. P. (1997). *Conceptos básicos de derecho penal*. (F. Muñoz Conde, Trad.) Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Francisco Pacheco, J. (1881). *El código penal comentado y concordado* (5° ed., Vol. I). Madrid, España: Imprenta y fundición de Manuel Tello.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación de resultado*. (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano González de Murillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.
- García Caveró, P. (2012). *Derecho penal parte general* (2° ed.). Lima, Perú: Jurista.
- García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano*. (J. Molinas, Ed.) Barcelona, España.

- García Goyena, F. (1843). *Código criminal español segun las leyes y practica vigentes* (Vol. I). Madrid, España: Libreria de los señores viuda de Calleja é hijos.
- Gil Gil, A. (2008). La autoria mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, LXI, 53-87.
- Gimbernat Ordeig, E. (2012). *Autor y cómplice en derecho penal* (1° ed.). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Gimbernat Ordeig, E. (2013). A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, LXVI(1), 33-87.
- Gómez Rivero, M. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Gortari, E. d. (1960). Causalidad y determinismo. *Diánoia*, 6(6), 22-43.
- Hruschka, J. (2009). Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. En *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (P. Sánchez-Ostiz, Trad., 2° ed., págs. 217-256). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal parte general* (2° ed.). Lima, Perú: Eddili.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de derecho penal parte general* (4° ed., Vol. II). Lima, Perú: Idemsa.

- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2° ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano Gonzalez de Murillo, Trans.) Madrid, España: Marcial Pons.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal parte general* (4° ed.). (J. L. Manzanares Samaniego, Trad.) Granada, España: Comares.
- Kindhäuser, U. (2011). Infracción de deber y autoría - Una crítica a la teoría del dominio del hecho. *Estudios de la Justicia*(14), 41-52.
- Laplace, P. S. (1795). *Ensayo filosófico sobre las probabilidades* (1995 ed.). (P. Castrillo Criado, Trad.) Madrid: Altaya.
- Las Cortes y el rey Fernando VII. (1822). *Código penal español*. Madrid, España: Imprenta nacional.
- Lesch, H. H. (2001). *Injusto y culpabilidad en derecho penal* (1° ed.). (R. Ragués, Trad.) Lima, Perú: Cordillera.
- Lewis, C. S. (2001). *Si Dios no escuchase. Cartas a Malcolm* (1 ed.). (J. L. Barco, Trad.) Madrid: Rialp.
- López Barja de Quiroja, J. (2004). *Derecho penal parte general* (1° ed., Vol. II). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Luzón Peña, D. M. (1989). La determinación objetiva del hecho. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*(3), 889-914.
- Maurach, R. (1995). *Derecho penal parte general* (Vol. II). (J. Bofill Genzsch, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Mayer, M. E. (2007). *Derecho penal parte general* (1° ed.). (S. Politoff Lifschitz, Trad.) Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Mazuelos Coello, J. (2004). Comentario al art. 24 del código penal. En J. Castillo Alva, & otros, *Código penal comentado* (1° ed., Vol. I, págs. 908-933). Lima, Peru: Gaceta jurídica.
- Merkel, A. (2013). *Derecho penal parte general*. (P. Dorado Montero, Trad.) Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Mezger, E. (1958). *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*. (C. Finzi, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Bibliográfica Argentina.
- Mommsen, T. (1898). *Derecho penal romano* (1999 ed.). (P. Dorado Montero, Trad.) Bogotá, Colombia: Temis.
- Muñoz Conde, F. (2008). *Teoría general del delito* (2° ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Navarro Zamorano, R., Joaquín de Lara, R., & Álvaro de Zafra, J. (1842). *Curso completo elemental de derecho romano* (Vol. III). Madrid, España: Imprenta del colegio de sordomudos.
- Olmedo Cardenete, M. (1999). *La inducción como forma de participación accesoria*. Madrid: EDERSA.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2013). *Derecho penal parte general* (4° ed., Vol. I). Lima, Perú: Idemsa.
- Peña Cabrera, R. (1987). *Tratado de derecho penal parte general* (3° ed., Vol. I). Lima, Perú: Sagitario.

- Peñaranda Ramos, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Madrid, España: Tecnos.
- Petit, E. (1892). *Tratado elemental de derecho romano* (2007 ed.). (J. Ferrández González, Trad.) Mexico, México: Porrúa.
- Planck, M. (1941). *¿A dónde va la ciencia?* (F. J. Asúa, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Pufendorf, S. (1673). *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros* (2002 ed.). (M. A. Sánchez Manzano, & S. Rus Rufino, Trads.) Madrid, España: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Quintano Ripollés, A. (1946). *Comentarios al código penal* (Vol. I). Madrid, España: Revista de derecho privado.
- Radbruch, G. (1904). *El concepto de acción y su importancia para el sistema de derecho penal*. (J. L. Dalbora, Trad.) Madrid, España: B de F.
- Real Academia de Historia. (1807). *Las siete partidas del rey don Alfonso el sabio* (Vol. III). Madrid, España: Imprenta Real.
- Rojas Vargas, F. (2013). *Derecho penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. (J. Cuello Contreras, & J. L. Serrano Gonzales de Murillo, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons.

- Roxin, C. (2004). Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal. En C. Roxin, *Problemas actuales de dogmática penal* (M. A. Abanto Vásquez, Trad., 1° ed., págs. 47-68). Lima, Perú: Ara.
- Roxin, C. (2013). Acerca del fundamento de la participación. En C. Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual* (M. A. Abanto Vásquez, Trad., 1° ed., págs. 483-509). Lima, Perú: Grijley.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal parte general. Especiales formas de aparición del delito* (1° ed., Vol. II). (D. M. Luzón Peña, J. M. Paredes Castañón, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.) Navarra, España: Aranzadi.
- Sánchez Reátegui, J. (2014). *Autoría y participación en el delito* (1° ed.). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Santa Cruz, A. (1836). *Código penal Santa-Cruz del estado sud-peruano*. Lima, Perú: Eusebio Aranda.
- Savigny, F. K. (1879). *Sistema del derecho romano actual* (Vol. III). (J. Mesía, & M. Poley, Trads.) Madrid, España: F. Góngora y compañía, editores.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal parte general I. El hecho punible* (4ª ed.). (M. Cancio Meliá, & M. A. Sancinetti, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Taramona Hernández, J. (1981). *Código penal* (3° ed.). Lima, Perú: Editores del centro.
- Vidaurre, M. L. (1828). *Proyecto de un código penal*. Boston, EE.UU: Hiram Tupper.

- Villa Stein, J. (1998). *Derecho penal parte general*. Lima, Perú: San Marcos.
- Villavicencio Terreros, F. (2013). *Derecho penal parte general* (1° ed.). Lima, Perú: Grijley.
- Viterbo Arias, J. (1900). *Exposición comentada y comparada del código penal del Perú de 1863* (Vol. I). Lima, Perú: Librería e imprenta Gil.
- Von Liszt, F. (1916). *Tratado de derecho penal* (Vol. II). (L. Jimenes de Asúa, Trad.) Madrid, España: Hijos de Reus.
- Von Liszt, F. (1917). *Tratado de derecho penal* (20° alemana ed., Vol. III). (L. Jimenez de Asúa, Trad.) Madrid, España: Hijos de Reus.
- Welzel, H. (1951). *Teoría del acción finalista*. (C. Fontán Balestra, & E. Friker, Trads.) Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general*. (C. Fontán Balestra, & E. Friker, Trads.) Buenos Aires: Roque Depalma.
- Welzel, H. (1979). *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. (F. González Vicén, Trad.) Madrid, España: Aguilar.
- Welzel, H. (2003). *Estudios de derecho penal. Estudios sobre el sistema de derecho penal. Causalidad y acción. Derecho penal y filosofía*. (G. Eduardo Aboso, & T. Löw, Trads.) Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Welzel, H. (2011). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. (J. Cerezo Mir, Trad.) Buenos Aires, Argentina: B de F.

- Welzel, H. (2014). Derecho natural y positivismo jurídico. En H. Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (E. Garzón Valdés, Trad., págs. 177-199). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Welzel, H. (2014). La dogmática en el derecho penal. En H. Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal* (C. Finzi, Trad., págs. 47-58). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Welzel, H. (2014). Verdad y límites del derecho natural. En H. Welzel, *Estudios de filosofía del derecho y derecho natural* (E. Garzón Valdés, Trad., págs. 115-134). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Wolf, E. (2008). Sobre la esencia del autor. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*(22), 19-43.
- Wolff, W. (1947). *Introducción a la psicología* (11 ed.). (F. P. Roncal, Trad.) Mexico: Fondo de cultura económica.