

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

ALGUNOS ASPECTOS CONCEPTUALES DE LA INDUCCION (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos)

FRANCISCO BALDO LAVILLA
Becario de investigación. Universidad de Barcelona (1)

I

1. La procesada, Carmen, propietaria en Rota de un bar de alterne, rompió sus relaciones amorosas con José, taxista, persona con la que convivía maritalmente desde hacía cuatro años. Poco después, conoció José a una tal Amadora, yéndose a vivir con ella. Pasado cierto tiempo, la procesada intentó reanudar en reiteradas ocasiones sus relaciones con José, resultando sus empeños infructuosos. Ante la firme actitud de éste, y sintiendo celos de la mujer que había motivado la ruptura, le surgió la idea de «*darle algún escarmiento para que se marchara de dicha ciudad de Rota, y, de esta manera, juntarse nuevamente con el taxista*». Mas como la procesada no se atrevía a hacerlo personalmente, entró en contacto con Juan, al que conocía por convivir con una de las camareras del bar, pidiéndole que «*pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la localidad*». El procesado aceptó tal proposición, sin que conste que lo hi-

(1) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; ARSP: Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie; CPC: Cuadernos de Política Criminal; DRiZ: Deutsche Richterzeitung; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; JA: Juristische Arbeitsblätter; JR: Juristische Rundschau; JuS: Juristische Schulung; JZ: Juristenzeitung; LK: Leipziger Kommentar; MDR: Monatsschrift für deutsches Recht; NJW: Neue Juristische Wochenschrift; Sch/Sch: Schönke/Schröder; SK: Systematischer Kommentar; Riv. it. dir. proc. pen.: Rivista italiana di diritto e procedura penale; ZAKDR: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht; ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

ciera por móviles económicos. Y así, sobre las 0,15 horas, ocultó el rostro, penetró en la vivienda donde habitaban Amadora y José, cuando ésta se iba a acostar; encontrándola en el dormitorio, empezó a golpearla en la cara y en la cabeza, al tiempo que profería amenazas contra ella y le decía que se marchara de Rota, continuando después con golpes por el resto del cuerpo. Al finalizar tal actividad violenta, el procesado pensó en aprovechar la ocasión para *tener contacto carnal con la agredida*, por lo que la obligó a que se desnudara y echara en la cama, maniatándola, si bien, al manifestar Amadora que tenía la menstruación, la puso boca abajo y, contra su voluntad, le introdujo el pene por la cavidad anal. Finalmente, antes de abandonar la vivienda, *le arrojó a la cara de forma rápida y repentina un líquido de tipo ácido*, lo que le produjo graves heridas y quemaduras de las que curó a los 200 días, durante los cuales necesitó asistencia facultativa y estuvo impedida para sus ocupaciones habituales 90 días, quedándole como secuela un ectropión de párpado superior e inferior del ojo izquierdo, una pérdida de la agudeza visual de dicho ojo no inferior al 10 % y una cicatriz queloidea en hombro y pie derechos. No consta que el procesado, que había sido condenado con anterioridad por varios delitos contra la propiedad, se apoderada de dinero alguno.

2. La Audiencia de instancia condenó los hechos probados arriba transcritos como sigue. Al procesado Juan como autor de un delito de lesiones graves y de abusos deshonestos a las penas de 10 años y 1 día de prisión mayor por el primer delito y de 4 años, 2 meses y 1 día por el segundo delito, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. A la procesada Carmen como autora de un delito de lesiones graves a la pena de 2 años de prisión menor con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena. Y a ambos, a indemnizar civilmente a la perjudicada, de forma conjunta y solidaria (por mitades), en una suma de 1.500.000 ptas. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por los procesados Carmen y Juan.

II

1. Con una profundidad que desde un principio debe ser aquí resaltada, la presente sentencia del Tribunal Supremo (2) aborda una de las cuestiones que, en referencia a la figura de la inducción, ha

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-87 (A. 4998, pp. 4788-4790), publicada también en: «La Ley» 14-6-87 y en «Jurisprudencia seleccionada de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo». Año 1987, «Boletín de Información del CGPJ», 2 época, año VIII, núm. extraordinario, Madrid, 1988.

ocupado a los juristas desde antiguo (3): la del tratamiento jurídico-penal del «exceso» del inducido. Como es bien sabido, esta problemática se manifiesta en aquellos supuestos en los cuales se produce una «divergencia» entre el hecho al que se instigó y el efectivamente realizado por el autor principal. El presente comentario tiene por objeto el realizar, a propósito de esta sentencia del Tribunal Supremo, una serie de reflexiones sobre alguna de las constelaciones de casos que afectan a la mencionada cuestión. Mas, para ello, analizaremos con carácter *previo* el presupuesto conceptual básico de la inducción: la «provocación» de la «resolución». Así como de uno de sus problemas específicos: la cuestión de la «modificación», por influjo del inductor, de la resolución tomada originalmente por el autor. Puesto que ciertamente, sólo se puede atribuir al inductor *aquella* realización del autor que se «corresponde» tanto subjetiva como objetivamente con la resolución provocada (únicamente en este caso no existirá «exceso» en sentido amplio), constituye un paso previo *necesario* el determinar *este* «referente» con el cual se ha de corresponder la ejecución. Será entonces cuando podremos cuestionar si lo realizado por el autor se puede o no atribuir al inductor. Será entonces cuando podremos afirmar la «congruencia» o «divergencia» entre la representación del inductor y la ejecución del inducido.

2. Son éstos algunos de los puntos que se manifiestan problemáticos durante el «iter» de la figura de la inducción a delicto. En efecto, si analizamos *linealmente* todo el decurso de la inducción consumada, podemos observar que se pueden distinguir, fundamentalmente, dos fases. En la primera, el inductor «provoca» en el inducido por medios psíquicos la «resolución» de cometer un hecho concreto. Y, en la segunda, el autor principal ejecuta un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Este doble presupuesto objetivo ha recibido el calificativo de «doble resultado» de la inducción (4),

(3) Ya la propia sentencia hace referencia a los mismos en su Fundamento de Derecho primero (A. 4998, p. 4788). Sobre los antecedentes en Derecho romano vid.: MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, 1899, pp. 98 ss.; WEIDENKOPF, *Anstiftung oder Urheberschaft? Eine Betrachtung de lege ferenda*, tesis, Freiburg, 1930, pp. 2-4; sobre los prácticos italianos vid.: WEIDENKOPF, pp. 4-8; ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italische Recht des Mittelalters*, en «Festschrift» (FS) für Binding, II, 1911, pp. 394 ss.; PUPPE, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, notas 49 y 57.

(4) En estos términos, ampliamente, LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung. Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, 1972, pp. 22-24, distingue entre el resultado intermedio de la inducción (resolución), el resultado de la inducción (tentativa o consumación del hecho principal) y resultado final (lesión del bien jurídico); asimismo, entre otros, de forma especialmente clara: FRANK, *Das Strafrecht für das deutsche Reich*, 18. ed. (1931), § 48, II (p. 119); SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. ed. (1984), 10/117 (p. 313); ROXIN, en LK-StGB, 10. ed., § 26, ns. 2 y 8; en España: MIR PUIG, *Derecho penal*. Parte general, 2 ed., 1985, p. 343; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba/Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código penal*, Tomo I (1972), p. 847; FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, tomo II, 1. ed. (1947), p. 50; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en Derecho penal*, 1982, p. 214;

debiéndose complementar necesariamente en el plano subjetivo por el llamado «doble dolo» (5). Veamos de forma esquemática estas dos fases.

En la primera, el inductor debe provocar en el inducido (6) la resolución de cometer un hecho antijurídico. Constituye un presupuesto conceptual básico de la inducción, el que el hecho principal provocado posea un grado mínimo de concreción que permita «individualizarlo». No es ciertamente necesario que el inductor defina el hecho completamente en todos sus *detalles*. El inductor, como sujeto que interviene en hecho *ajeno*, deja la caracterización concreta del mismo en manos del autor principal, único que tienen «dominio del hecho» (7). Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no poseen relevancia, se dejan al inducido (8). Mas a pesar de que no es necesario que el hecho llegue hasta un tal máximo de concreción, sí, en cambio, existe unanimidad en que debe alcanzar un mínimo exigible. Ni basta con que se instigue a la realización de comportamientos punibles indeterminados (no se puede inducir a infringir «en blanco» el CP), ni incluso a la realización de comportamientos únicamente concretizados por su caracterización legal (p. ej., a cometer, en general, hurtos sin más) (9). En estos casos, no se puede afirmar la relación concreta necesaria entre la conducta del inductor y el hecho principal que permite considerar al inductor como equiparable punitivamente al autor (10). El grado de concreción exigible, se encuentra más bien entre ambos extremos. Así, se puede afirmar que existirá responsabilidad por induc-

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, DP, PG, reimpresión 1. ed. (1987), pp. 519 y ss.; en Italia: SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, Riv. it. dir. proc. pen. 1983 (nuova serie, anno XXVI), p. 1127.

(5) Como es sabido, éste posee dos objetos de referencia: tanto la propia conducta de inducción causante de la resolución como el hecho principal en sus componentes objetivos y subjetivos: vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 346; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 14.

(6) El destinatario debe ser un sujeto «concreto»: por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 345 o un círculo de destinatarios individualizable: por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853, y SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/112 (p. 311).

(7) De no ser así, podría entrar en juego la autoría «mediata» o la coautoría con dominio «funcional», dejando de ser un supuesto de participación en hecho «ajeno» para considerarse de realización de hecho «propio».

(8) Vid., FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de Rodríguez Muñoz), 1 ed. (1935), p. 330; BAUMANN WEBER, *Strafrecht* (StR), Allgemeiner Teil (AT), p. 563; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, StR, AT 1, 6 ed. (1984), p. 304; ROXIN, en LK-StGB, § 26, ns. 3 y 22; JESCHECK, *Lehrbuch (Lb) des Strafrechts*, AT, 4 ed. (1988), p. 623; MONTENBRUCK, *Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat*, ZStW 84 (1972), p. 323; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(9) Vid., por todos, ROXIN, *Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters* (nota a BGHSt 34, 63), JZ 1976, pp. 908-909.

(10) JAKOBS, StR, AT, 1 ed. (1983), p. 554, en estos supuestos de insuficiente determinación del hecho sostiene, en Alemania, la aplicabilidad del § 111. Quizá cabría hacer lo propio en España, a través de nuestro artículo 4,3.

ción sólo cuando se provoque la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable», cuando se fijen los *rasgos esenciales* que «configuran» el injusto del hecho (11). Esta mínima configuración *debe* permitir reconocer posteriormente la ejecución del autor *como* la realización de la resolución provocada por el inductor. Por supuesto, serán elementos esenciales en esta configuración fáctica aquéllos que desde un punto de vista normativo hacen específicas unas figuras delictivas de otras. No importando, en cambio, que se designe o no *jurídicamente* de forma correcta el hecho provocado (12).

Así, existe unanimidad en que de conseguir el inductor provocar una total resolución en el destinatario, se perfeccionará la primera fase de la inducción. De lo contrario, no —estructuralmente, constituirá *tentativa fracasada* (13) de inducción (el autor es un «non facturus») (14)—. Igualmente, existe unanimidad en que si no se provoca la resolución, pero se «refuerza» la originalmente tomada por el autor, concurrirá *complicidad psíquica*. Ahora bien, ¿qué criterios nos pueden ofrecer la *medida* de la resolución? ¿Cuándo podremos afirmar que el destinatario ya estaba previamente resuelto a cometer

(11) En un sentido análogo, cfr.: STRATENWERTH, *StrR*, AT I, 3 ed. (1981), n. 886-888 (p. 247); JAKOBS (nota 10), pp. 553-554; WESSELS, *StrR.*, AT, 16 ed (1986), p. 156; SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 7; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; en cambio, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 9 y § 30, n. 24, y el mismo, *Die Strafbarkeit von Vorstufen der Beteiligung* (§ 30 StGB), JA 1979, pp. 169-172, sostiene un criterio más «abstracto», afirmando que es suficiente con que además del tipo de referencia se fije la «dimensión esencial del injusto», la cual debe constatarse por una interpretación de la conducta del inductor en el contexto de la situación. Posteriormente, este autor ha señalado que esta dimensión se determina tanto por la medida del daño como por la forma de comisión: el mismo (nota 9), pp. 908-909. Ello conduce a que se incluyan bajo el concepto de inducción supuestos como los siguientes. Por ejemplo, el animar a un tercero a que se «costee su sustento por medio de hurtos», siempre que conste la dimensión del montante: el mismo, en LK-StGB, § 26, n. 9; o por ejemplo, que se le proponga a un tercero que si necesita dinero debería «“hacerse” un banco o una gasolinera», siempre que conste que el instigador tenía intención de que esto sucediera (dolo de inducción): el mismo (nota 9), pp. 908-909 (sobre esta concepción, vid., en contra, HERZBERG, *Anstiftung zur unbestimmten Haupttat*, BGHS 34, 63, JuS 1987, p. 617 y pp. 617-622). Nuestra jurisprudencia (STS 22-12-1934) exige una representación de los «elementos esenciales del delito», citada según RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 853; el mismo (nota 4), p. 857, exige que estén determinadas las características esenciales; igualmente, RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 220.

(12) Vid., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301.

(13) Sobre el concepto de «inducción fracasada», vid., MIR PUIG (nota 4), p. 346, inclinandose por su sanción como «proposición». En cambio, otro sector doctrinal defiende la sanción como «provocación», vid., por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, Tomo I, 1958, p. 394. Y otro sector doctrinal defiende la impunidad: COBO-VIVES, *Derecho Penal*, Parte general, 2, ed. (1987), pp. 499-524. Por otra parte, la opinión predominante exige en estos casos que la intervención haya alcanzado al menos un estadio en el que pudiera ser conocida por el autor; otros, en cambio, exigen que haya sido efectivamente conocida. Cfr. sobre ello D. MEYER, *Nochmals: Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, p. 530.

(14) Cfr. HALL, *Über die Teilnahme an Mord und Totschlag. Eine hypothetische Untersuchung*, Festschrift (FS) für Eb. Schmidt, p. 360.

ese mismo hecho? ¿Qué tratamiento jurídico merecen los supuestos en los que el inducido es un «omnimodo vel simul aequo factururus»? (15) (p. ej., un miembro de una banda de malhechores resuelve acabar con la vida de uno de sus enemigos, encargándole el asunto a uno de sus compañeros, sin saber, que éste, ya estaba decidido a liquidar al enemigo común). ¿Y si, pese a que el destinatario estaba resuelto a cometer un hecho determinado, la intervención del instigador de dirige precisamente a la «modificación» de la resolución original? (p. ej., a un sujeto se le propone que colabore en el apoderamiento y con fuerza en las cosas de unos objetos de valor; a pesar de declinar éste la oferta aconseja él a su vez a su proponente que ejecute el hecho violentamente). Como podemos observar, la cuestión de la delimitación conceptual de la figura no está exenta en su primer estadio de complicaciones. Ello no obstante, señalemos ya que éstas se mueven en un espacio común, cual es, como se verá, el del *grado de definición que cabe exigir a la «identidad» de la resolución*.

En una segunda fase, se requiere que el autor principal ejecute un hecho antijurídico en «correspondencia» con dicha resolución. Ciertamente, puesto que la mera producción de una tal resolución no es suficiente para que se dé una inducción «completa» («principio de accesoriadad»), o bien deberá haber producido el inductor la lesión del bien jurídico mediatamente a través del autor —inducción a delito consumado (el autor es un «aeque factururus et aequo faciens») (16)— o bien, por lo menos, deberá haberse dado inicio a la realización de actos ejecutivos —inducción a tentativa de delito (el autor es un «aeque factururus sed minus faciens») (17)—. Ahora bien, ¿qué tratamiento jurídico debe darse a aquellos casos en los que el autor ejecuta un hecho que «cuantitativa» o «cualitativamente» diverge del hecho al que fue inducido? (18) (p. ej., un sujeto instiga a un tercero a que retenga durante un corto lapso de tiempo a uno de sus enemigos; sin embargo, el inducido aumenta considerablemente la privación de libertad de la víctima). Como podemos observar, tampoco este segundo estadio, está exento de complicaciones. Y, no obstante, también aquí podemos encontrar un espacio común en el que se mueve esta problemática, cual es el de *grado de «correspondencia» que tanto «objetiva» como «subjetivamente» debe existir entre la representación del inductor y el hecho ejecutado por el autor*.

Constatados pues los dos puntos centrales de la cuestión, a saber: identidad de la resolución y congruencia de la misma con la ejecución, analicemos tanto uno como otro.

(15) HALL (nota 14), p. 359.

(16) HALL (nota 14), p. 358.

(17) HALL (nota 14), p. 359.

(18) En especial, los de exceso del inducido, los de participación en un delito cualificado por el resultado y los de aberratio ictus y error in objecto del inducido.

III-1

1. Como ya se ha indicado en la «provocación» de la «resolución» de cometer un hecho antijurídico encuentra distinción de la *inducción* de la *complicidad psíquica*, en la cual la influencia psíquica (elemento común) se limita a reforzar la resolución del autor, sin que, sin embargo, la «provoque» (elemento distintivo). No obstante, partiendo de esta simple nota, en muchos casos, la constatación de este punto diferenciador no es ni mucho menos obvia (19). Por ello se ha hecho necesario el desarrollar con mayor profundidad los criterios de delimitación entre ambas figuras.

2. Así, considerando que ambas parten de un elemento común —influencia psíquica— y teniendo en cuenta la *equiparación punitiva* de la inducción a la autoría ontológica (20), la doctrina ha buscado una primera distinción en la *restricción* cualitativa de los *medios* a través de los cuales la conducta (21) del inductor influye en el inducido. La mayor o menor entidad de la misma conducirá, obviamente, a una comprensión más o menos estricta de la figura. Las opiniones van, *desde* la aceptación de cualquier medio de influencia «intelectual» que pueda activar una resolución (22), *pasando* por variantes más exigentes que presuponen por lo menos la existencia de un «contacto espiritual» (23) a través del que se pretende excluir la adecuación de la mera creación de una mera situación provocadora (24),

(19) Y no sólo en estos casos. Como señala HRUSCHKA, *Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe*, JR 1983, p. 178, en ocasiones, el que alguien sea juzgado como coautor, autor mediato, inductor o cómplice psíquico puede ser simplemente una cuestión de azar.

(20) Tanto en España, como en Alemania y en Italia.

(21) En caso de que el medio de inducción utilizado constituya un delito autónomo entrará éste en *concurso ideal*, como acertadamente señala BAUMANN, *Täterschaft und Teilnahme*, JZ 1963, p. 125.

(22) Así, DREHER-TRÖNDLE, StGB, 44 ed. (1988), § 26, n. 3 (p. 168); WIDMAIER, *Der mißverständliche Bestechungsversuch*, JuS 1970, pp. 241-2; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 53; SAMSON, en SK-StGB AT, 4 ed. (1986), § 26, n. 5; LACKNER, StGB, 17, ed. (1987), § 26, n. 2 (p. 169); BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329.

(23) Exigen influencia «psíquica»: SCH/SCH-CRAMER, 23 ed. (1988), § 26, n. 7 (p. 391); STRATENWERTH (nota 11), n. 881 (p. 246); igualmente, la doctrina dominante española: cfr., por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 846 y 849 ss.; a ello añade MIR PUIG (nota 4), p. 344, en un plano normativo, que el influjo debe poseer una intensidad «adecuada» para fundar la «imputación objetiva»; exigen influencia «espiritual»: WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11. ed. (1969), p. 116; JESCHECK (nota 8), p. 622; ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 12; JAKOBS (nota 10), pp. 551-552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 301; RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 217; exige una «proposición de comportamiento»: SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/110-111 y 10/113 (pp. 310-311); en la línea de estas corrientes restrictivas: RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, PG (1988), p. 810.

(24) En efecto, se discute intensamente si estas situaciones deben ser abarcadas por el concepto de inducción (p. ej.: incitar a que el marido celoso vuelva a casa antes de lo previsto donde encontrará a su mujer con el amante...). Están en contra de afirmar la responsabilidad por inducción en estos casos basándose en una interpreta-

hasta las que a ello añaden, el que este contacto espiritual permita comprender al destinatario que conduce finalmente al hecho (25).

Lo cierto es que debe partirse de una comprensión del concepto de inducción que respete tanto las realidades «psíquico-comunicativas» como «normativas» de la figura (26). Las *normativas* obligan a sostener un concepto de inducción que cumpla, por un lado, con que desde un punto de vista «valorativo-punitivo» la inducción se equipara a la autoría, sin que sea, en sus características, reconducible a la misma. Ello implica que deberá quedar excluida cualquier concepción de la inducción que se interfiera con ella, debiéndose delimitar claramente sobre todo de la autoría mediata (27) y de la coautoría (28). Y obliga, por otro lado, a que la inducción «deje» espacio a la complejidad psíquica. Las *psíquico-comunicativas* exigen que se adopte un modelo que respete las realidades de la comunicación cotidiana. En ella, el influjo motivador se incorpora en un mensaje comunicativo apto para ocasionar psíquicamente la prevalencia de la voluntad del sujeto en favor del delito (formación de la voluntad). Ello necesariamente debe tener lugar en un contexto comunicativo. Respetando el «medio» a través del cual debe transmitirse la inducción y, sobre todo, valorando la equiparación punitiva de la inducción con la autoría, debe adoptarse un modelo en la línea de las corrientes restrictivas. Así, este «influjo psíquico» que provoca la resolución, debe entenderse como un influjo «comunicativo» «configurador» de una resolución ajena (29).

ción restrictiva de los medios de influencia psíquicos: CRAMER, ROXIN, MAURACH-GÖSEL-ZIPF, JESCHECK, SCHMIDHÄUSER, STRATENWERTH (todos, nota 23), ROGALL, *Die verschiedenen Formen des veranlassens fremder Straftaten*, GA 1979, p. 12; OTTO, *Anstiftung und Beihilfe*, JuS 1982, p. 560; igual en los resultados, PUPPE (nota 3), p. 114, pues si bien niega que la vía de la restricción de los medios sea adecuada, desde su modelo particular tampoco acepta el que exista inducción al exigir un «pacto de injusto»; D. MEYER (nota 13), p. 530, excluye el que baste la mera creación de situaciones provocantes, pues para él la inducción exige una cooperación colusiva entre los comunicantes (acepta también los actos concluyentes). Para él, el argumento de la postura contraria consistente en afirmar que de esta forma escaparía al Derecho penal las formas más refinadas de inducción (vid. los autores citados *in fine*) no es fundamentado, puesto que el StGB no conoce un instituto penal de incitación de hechos punibles (p. 530-531). En contra de las restricciones: SAMSON, SK-StGB AT, § 27, n. 5, entiende que las vías restrictivas no tienen razón de ser, afirmando que la particularidad de estos casos radica en que son supuestos de «riesgo permitido»; DREHER-TRÖNDLE, LACKNER, HERZBERG, WIDMAIER (todos, nota 22).

(25) Cfr. D. MEYER (nota 13), p. 529; OTTO (nota 24), p. 560, mostrándose partidario de las posturas restrictivas, exige un comportamiento que incida influyendo «directamente» en la voluntad del inducido.

(26) Así lo ha puesto de manifiesto ROXIN, *Über der Tatentschluß*, en «*Gedächtnisschrift für Horst Schröder*», 1978, pp. 154, 159 y 163.

(27) Indican, entre otros, acertadamente estos límites: ESER, *Juristischer Studienbuch*, Strafrecht, II, 3 ed (1980), p. 186; JAKOBS (nota 10), p. 552.

(28) Así, JESCHECK (nota 8), pp. 621-622.

(29) Ello se corresponde con el artículo 14.2 del Código penal que habla de «inducir (configurar una resolución ajena) directamente».

3. La cuestión de la clase de *relación* entre conducta instigadora y resolución que presupone la mencionada «provocación» (30) (¿Una relación causal según las leyes físicas, psíquicas, de incremento del riesgo?), es contestada, generalmente, afirmando que entre el influjo psíquico del inductor y la resolución delictiva tomada por el autor del hecho principal debe existir una necesaria relación de «causalidad», añadiendo algunos que es suficiente la «co-causalidad» (31) (32), u otros que, como es norma general en los delitos de resultado, ello debe complementarse con la relación de «imputación objetiva» (33). Quizá porque la cuestión es extremadamente complicada (34), la doctrina pasa por encima de ella como sobre ascuas, como ha puesto

(30) Al contrario que en la participación con contribución *fáctica*, son muy pocos los que se ocupan *ampliamente* de este problema en la inducción o en la complicidad psíquica.

(31) Habitualmente se exige que la intervención del inductor haya sido causal, basando asimismo la co-causalidad; cfr., sobre ello DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR, 1970, p. 730; SCHULZ, *Anstiftung oder Beihilfe*, JZ 1986, p. 933; JAKOBS (nota 10), p. 552; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; LETZGUS (nota 4), p. 32, habla de relación de causalidad sin hacer mención a qué naturaleza tiene ésta; SCH/SCH-CRAMER, § 26, n. 4, de que el influjo del inductor no tiene necesariamente que haber sido la única causa; STRATENWERTH (nota 11), n. 882 (p. 246), indica que el influjo del inductor debe haber sido una condición necesaria de la resolución, aunque no siempre la única; MIR PUIG (nota 4), p. 343, exige que la actuación del inductor sea «condicio sine qua non» de la resolución; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), señala que el TS (STS 4-10-68) no exige que la conducta del instigador sea la determinante «exclusiva» de la resolución; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 810, indica que la relación es de motivación y no una genuina relación de causalidad; la sentencia del Tribunal Supremo 30-12-1980, A. 5073, p. 4095 (caso Atocha), exige un «casualidad psíquicamente adecuada».

(32) En relación con la complicidad psíquica, especialmente, vid.: SAMSON, en SK-StGB AT, § 27, ns. 5-7; el mismo, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, 1972, pp. 189 ss.; STRATENWERTH (nota 11), n. 899 (p. 249-250); ROXIN, en LK-StGB, § 27, ns. 10-13; señala que debe concurrir una relación de causalidad entre el influjo psíquico y el resultado (n. 10). Esta, afirma, se da sin demasiados problemas en los llamados «consejos técnicos» que se traducen en una modificación de la ejecución (n. 11). Sin embargo, plantea más dificultades cuando sólo consiste en un «reforzamiento» de la resolución. En la medida de que ese reforzamiento conduce a una «intensificación» de la acción típica es ciertamente también aquí la causalidad inequívoca. Por ejemplo, cuando durante una agresión los gritos alentadores de los circundantes traen como consecuencia que el autor se emplee con más ímpetu o duración sobre la víctima, concurre un caso claro de complicidad psíquica. No se deberá exigir siempre, sin embargo, una modificación de la «imagen del hecho externo», sino que se podrá afirmar también la causalidad allí donde el influjo psíquico únicamente «estabilice» la resolución de forma probable, a través de apartar reparos o suministrar nuevos motivos. Puesto que en estos casos la resolución ha sido conformada en su realidad psíquica concreta y potencia en forma de riesgo incrementado. La cooperación es *mediatamente* para el resultado causal en tanto (co-)causa la resolución: *causa causae est causa causati* (n. 13).

(33) Expresamente, MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 300; MIR PUIG (nota 4), p. 344.

(34) PUPPE (nota 34), pp. 103 y ss., hace referencias a la doctrina de la interrupción del nexo causal. Esta doctrina, representada sobre todo por los hegelianos, discutía la posibilidad de una causación de la resolución apelando a la libertad de voluntad del decidente. Vid., igualmente, p. ej., las referencias al problema en MEZGER (nota 8), p. 326, nota 12 (negando la teoría de la ruptura del nexo de causalidad, con ulterior-

de manifiesto recientemente *Puppe* (35). Esta autora se opone a la línea clásica (36), objetando que las restricciones de la figura basadas en una limitación cualitativa de los medios son inadecuadas. Y ante todo, afirmando que la relación entre conducta de inducción y dolo del autor, en la cual se basa la imputación, no puede ser: ni la causalidad, ni el incremento del riesgo (37), sino que más bien se sitúa en el ámbito de la causalidad «psíquica» (38). Sostiene que la influencia psíquica de un tercero es experimentada por el inducido como el «despertar» un motivo de actuar que aceptamos como razón de nuestra resolución, no como una ley causal que nos constriñe a actuar, sino como una especie de causa «eficaz» (39). Puesto que esta relación, afirma la autora, es incluso más débil que la de la complicidad con el resultado, requiere la equiparación punitiva del inductor al autor el agregar elementos adicionales a la figura de la inducción análogos a los que se han desarrollado para equiparar la coautoría a la autoría. Esta exigencia reside en un plan global del hecho (una comunidad del plan global entre autor e inductor), a cuya ejecución se compromete el autor frente al inductor. El inductor no sólo debe

res referencias bibliográficas) y LETZGUS (nota 4), p. 34 en nota 64 [señalando que antiguamente se negó esta relación de causalidad por la exaltación de la libertad de voluntad del destinatario (citando a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 391, nota 2)].

(35) PUPPE (nota 3), indica que normalmente en este ámbito la dirección clásica utiliza la expresión «provocación» de la resolución («Hervorrufen des Tatentschlusses») sin aclarar si con ello se alude a una relación de causalidad, a una relación de causalidad presupuesta de la imputación objetiva o a otro tipo de relación. Para ella, sólo los defensores de la no limitación de los medios hablan expresamente de causación de la resolución. Ciertamente, es correcta la primera apreciación, sobre todo en su espíritu, sin embargo, en cuanto a la segunda; cfr., *supra* notas 29-32.

(36) Entiéndase por ella, aquella que sostiene que la «inducción» presupone conceptualmente en su primera fase el provocar una resolución ajena.

(37) Esta teoría presenta, según PUPPE (nota 3), p. 106, la ventaja de que no excluye la libertad de resolución del autor principal, pero presenta dificultades en gran medida puesto que los pronósticos de probabilidad de producción de un resultado sólo poseen una cierta objetividad cuando son incluidos todos los factores relevantes [PUPPE, *Zurechnung und Wahrscheinlichkeit*, ZStW 95 (1983), pp. 286-7], de lo contrario, se puede llegar a pronósticos contradictorios. En estos casos, están tan unidos al factor «personal» del sujeto que son irreproducibles, lo cual produce dificultades para formular reglas de experiencia sobre la probabilidad del comportamiento futuro; en definitiva, que éste es incalculable.

(38) PUPPE (nota 3), p. 108. Para la autora no sólo es honrado y sincero, sino también fructífero el renunciar al modelo de la causalidad en la inducción e intentar desarrollar una específica relación de provocación psíquica de la mano de la experiencia directa. La legitimación de este método resulta de la propia Ley (parágrafo 26 del StGB) que no habla de «causación» de la resolución, sino de «determinación» al hecho. Además señala que la argumentación de BERNSMANN (cfr. BERNSMANN, *Zum Verhältnis von wissenschaftstheorie und Recht. Überlegungen zur sog. «psychischen kausalität» im Strafrecht*, ARSP 68 (1982), pp. 536-555), que propone una descripción de la causación psíquica que se puede reconducir a un silogismo aristotélico, es por lo menos una argumentación circular (PUPPE [nota 3], nota 34).

(39) PUPPE (nota 3), p. 122.

procurar alguna motización al autor, sino el motivo de cumplir el «pacto de injusto» acordado con él mismo (40).

Desde luego, las indicaciones de *Puppe*, en materia de causalidad «psíquica» merecen consideración. Ahora bien, el que *deban* ser salvadas con su modelo del «pacto de injusto» (41) parece como mínimo discutible. Este modelo, posee fuerza de convicción en cuanto «imagen», sobre todo si pensamos en el supuesto prototípico de inducción (asesino a sueldo) —que no es sin embargo el único—, más no en su *fundamento* ni en sus *consecuencias*. Ciertamente, en la línea clásica, es problemática la constatación de la causalidad psíquica entre conducta de inducción-resolución-ejecución (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico). Ahora bien, el complementarla basándonos en un tal pacto no representa ventaja alguna. En efecto, *o bien*, soslayando los problemas de causalidad, afirmamos que un tal pacto fundamenta la responsabilidad del inductor con independencia de cualquier otro factor —ello conduce a una infracción del fundamento objetivo del injusto de la inducción (sería un concepto formal), lo cual no parece que se corresponda con tal concepción—, *o bien*, surgiendo de nuevo también en este sistema los problemas. En efecto, supongamos que se llega a un tal pacto con un «omnimodo facturatus». Según su teoría, existirá aquí responsabilidad por inducción, con independencia de si el sujeto estaba o no resuelto con anterioridad, siempre que se llegue a un pacto que durante la ejecución *motive o co-motive* en virtud del compromiso asumido. Lo cual nos conducirá *de nuevo* a tener que constatar la tan problemática causalidad psíquica, no como antes entre influencia psíquica-resolución-ejecución, sino ahora entre pacto-motivo-ejecución (42). Pero es que además es-

(40) PUPPE (nota 3), *passim*.

(41) Este modelo del «pacto de injusto» («Unrechtspakt»), al que la autora encuentra antecedentes en los prácticos italianos, parece la conjunción de una de las derivaciones de D. MEYER (vid., *infra in fine*) más el principio de «imputación recíproca» (ya D. MEYER, *Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung*, tesis, Hamburgo, 1973, pp. 98-99, exigía para la inducción una cooperación en perjuicio de tercero que *podía* presentar una especie de «contacto de injusto» («Unrechtsvertrag»).

(42) Veámoslo con un ejemplo. «A» hace saber a su novio que como consecuencia de sus relaciones ha quedado embarazada y que está firmemente decidida a abortar, mostrando éste su conformidad y acordando y planificando ambos el hecho. Según la doctrina absolutamente dominante, en este caso existiría complicidad psíquica en tanto la realización material del hecho por la mujer de común acuerdo con el novio hubiera «reforzado» la resolución de la novia. En cambio según su teoría existe inducción, pues no importa la existencia previa de una resolución sino la existencia de un pacto que motive o con motive durante la ejecución (!!) ¿Dónde está el carácter restringido de este modelo que acerca la inducción a la coautoría? ¿En hacer responder en casos de complicidad psíquica por inducción? Como no se desprende del texto la entidad de tal motivación, podría oponer la autora que no basta con que la existencia del acuerdo refuerce la resolución durante la ejecución, sino que es necesario que el cumplimiento del pacto sea el único motivo de actuar, sea «el» motivo. Ello implica demostrar que la existencia del pacto con independencia de la anterior resolución es «la» *causa psíquica* de la ejecución (ella evita estos términos utilizando siempre la palabra «motivar»). De nuevo aparecen pues los problemas de causalidad.

ta exigencia de «motivación» durante la ejecución no es demasiado expresiva del necesario fundamento objetivo de la punición de la inducción. No se basa ésta en que se proporcionen motivos de ejecución, sino en que a través de ello se incrementa «mediatamente» el peligro objetivo para un bien jurídico. Esto no se respeta por la concepción de *Puppe*, pues trata igual al que influye psíquicamente en un sujeto resuelto (objeto inidóneo) que al que consigue originar una resolución criminal en un tercero. A todo ello hay que añadir, asimismo, que este modelo presentaría dificultades en nuestro *Derecho vigente* (43) y que genera *consecuencias intrasistemáticas* en materia de desviaciones (44) poco aceptables, pues amplía en demasía, en la forma en que es entendido por su creadora, el ámbito de lo atribuible al inductor. Así pues, como plantea más problemas de los que soluciona, el modelo del pacto de injusto debe ser aquí rechazado, sin que ello signifique negar que en algunos supuestos de inducción pueda darse una cierta «coordinación» entre inductor e inducido.

Desde luego, esta relación es mucho más *problemática* (45) que la relación de causalidad regida por leyes físicas pues aquí no se da una intervención en el mundo exterior «sujeto-objeto», sino «sujeto-sujeto». Sin embargo, de momento, no queda otro camino que seguir soportando el peso de esta dudosa y poco constable causalidad «psíquica» (46). Algo completamente distinto es el que en la valorización por el Derecho de estas relaciones, no deba éste buscar, en lo posible, criterios de objetivización. Algunos serán «extrajurídicos», aunque ciertamente puedan afectar a la imputación. Ello derivará de que necesariamente cualquier forma de influencia psíquica «intersubjetiva» estará naturalmente mediatizada por el uso de medios comunicativos, lo cual impondrá ciertos límites «normativo-lingüísticos» (47). Y, otros, esencialmente *jurídicos*. Así, deberá complementarse esta problemática relación con la exigencia normativa de que la conducta del inductor cree un «riesgo» típico «mediato» de lesión de un bien jurídico-

(43) En efecto, en nuestro Derecho conduciría a sancionar todos los casos de conspiración en los cuales uno de los conspirantes ejecutase posteriormente el hecho como supuestos de inducción.

(44) Así, en materia de exceso, participación en delitos cualificados por el resultado, error in objeto y aberratio ictus... Si a este modelo que exige objetivamente un «pacto de injusto» le sumamos el que la autora defiende la solución del dolo «genérico» (en materia de desviaciones), resulta que se ve ampliada en demasía la responsabilidad (cfr. sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *Aberratio ictus e imputacion objetiva*, ADPCP 1984, pp. 352 y ss.).

(45) Sin embargo, el Derecho no puede soslayar el tener que habérselas con relaciones de este tipo (otra cosa es que no sea necesario delimitarlas normativamente), como ocurre por ejemplo en el delito de estafa: «cometen estafa los que... utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición...», o, por ejemplo, en el delito de amenazas, la autoría mediata...

(46) En este punto serán de utilidad las *reglas y leyes psíquicas* conocidas por la experiencia cotidiana y por la Ciencia.

(47) Vid., también *infra*. IV, 6.

penal, que se haga «virtual» por la asunción y ejecución «congruente» de la resolución por el destinatario (inducción completa) (48). Todo ello, además de proporcionar un marco objetivo con el cual se deberá «corresponder» la conducta posterior del autor (49), es, asimismo, consecuencia necesaria del fundamento de la punibilidad de la participación. No se nos escapa lo problemático que resultará el hacer «calculables» y «objetivizables» los *pronósticos de probabilidad*, al estar, en esta materia, mediatizados por el «factor humano», pero le será más útil al Derecho una cierta calculabilidad que el vacío. Así pues, aun reconociendo que esta relación es problemática, la cuestión seguirá siendo, ¿ha provocado el inductor la resolución del inducido?

4. Veamos, pues, *cuándo* podremos afirmar que un sujeto se ha formado la «resolución» de cometer un hecho. También aquí se evitan habitualmente planteamientos generales. Lo normal es que en este punto los autores se limiten a dar algunas reglas prácticas o máximas formales de resolución de ciertos «topoi», que aunque bien puedan ser ciertas no son de forma general suficientemente justificadas. Así, se afirma, por un lado, que no puede inducir (producir la resolución delictiva) al «*omnimodo facturus*», puesto que como éste, por definición, ya está previa y definitivamente resuelto a la comisión del hecho, constituye un objeto idóneo (50). Y, que por el contrario, son objetos idóneos, que cabe la responsabilidad por inducción, en los supuestos siguientes: A) En aquellos en los que el sujeto manifiesta una *predisposición* o propensión a cometer delitos de cierta clase o una *tendencia* o inclinación a la realización de hechos determinados (51), siempre, para algunos, que se le induzca a un hecho «concreto» (52) o, para otros, que se cause en el no resuelto a un hecho concreto una resolución «firme» (53) o «definitiva» (54) o, para otros,

(48) Que el riesgo objetivo para el bien jurídico sólo sea virtual con su asunción por el destinatario es la razón de que sólo se castigue la inducción completa.

(49) Vid., *infra* IV.

(50) Vid., p. ej., MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; MIR PUIG (nota 4), p. 343; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (nota 13), p. 524; RUIZ ANTÓN (nota 4), pp. 214-215; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 811; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 522; SEMINARA (nota 4), p. 1128 y nota 19. En estos casos concurrirá o tentativa de inducción o complicidad psíquica en caso de que se refuerce la resolución; así, ESER (nota 27), p. 187; STRATENWERTH (nota 11), p. 246; JESCHECK (nota 8), pp. 623-624; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2; WELZEL (nota 23), p. 116; JAKOBS (nota 10), p. 552; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302-303; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; FRANK (nota 4), p. 119; WESSELS (nota 11), p. 159 y pp. 161-162; CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 5 (p. 390); LETZGUS (nota 4), p. 32.

(51) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 848, indica que la STS 4-10-34 considera irrelevante que «el ánimo del ejecutor del delito se halle predispuesto a lo que se conierta o sea en absoluto ajeno a ello».

(52) En este sentido, p. ej., SAMSON, en SK-StGB AT, § 26 n. 3.

(53) Así, ROXIN en LK-StGB, § 26, n. 2; mucho más ampliamente sobre esta problemática en (nota 26), pp. 145-166.

(54) En este sentido, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1972, p. 569.

que «se deba» al influjo de la resolución tomada (55), puesto que la influencia del inductor debe haber sido necesaria, mas no siempre la única condición de la resolución (56). B) En aquéllos en los que el sujeto se encuentra en una situación de *vacilación* o titubeo, siempre que se le dé el «último impulso» (57) a la resolución, o que se le produzca una resolución «firme» (58). C) en aquéllos en los que el inducido hace depender la realización del hecho de una *satisfacción* económica, incluso en el caso de que sea él mismo el que se ofrezca, siempre que ésta se produzca (59).

Roxin ha intentado últimamente dar un *criterio general* que sirva para resolver todos los casos en los que es dudosa la existencia o no de una resolución, y que a la vez sirva para delimitar la complicidad psíquica de la inducción. Así, entiende, que existe una resolución allí donde los motivos que empujan al delito son preponderantes a las representaciones inhibitorias, allí donde la voluntad de realización ha conseguido la *preponderancia* (60). Esta comprensión del concepto de resolución es para su creador, no sólo exigida desde un punto de vista normativo, sino también la más sustentable en la aplicación práctica porque se corresponde con las realidades psíquicas y con el contexto general del lenguaje. Sin embargo, también frente a ello, y frente a la línea clásica, formula Puppe diversas objeciones. Estas se centran básicamente en señalar que además de ser dudoso y difícilmente perceptible el qué deba entenderse por una tal resolución, ésta no tendría validez alguna hasta el inicio de la ejecución, instante en el cual encontraría su momento *constituyente* (61). Por el contrario,

(55) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246.

(56) Así, STRATENWERTH (nota 11), p. 246. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302.

(57) Así, DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, MDR 1957, p. 395, habla de que se dé el «último impulso» a que se tome la resolución (p. 395); en cambio, si se refuerza la resolución existente, pero no completamente firme, apartando los últimos reparos o inhibiciones concurrirá una mera complicidad psíquica (p. 396); MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302, habla de que se le produzca «el último impulso a la formación y realización de la resolución»; ESER (nota 27), p. 186, habla del «último y decisivo impulso».

(58) Así, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2.

(59) Así, CRAMER, en SCH/SCH, StGB, § 26, n. 5 (p. 390).

(60) ROXIN (nota 26), p. 159. De él se deriva que si se determina a alguien que *ha tomado en consideración* la posibilidad de cometer un hecho, pero que aún tiene vacilaciones ponderantes en contra, existe inducción; en caso contrario, complicidad psíquica (p. 161). De esta manera resuelve los casos conocidos como de «*reforzamiento de la resolución*». Si el sujeto dice: «no me puedo decidir», existe inducción si alguien procura la preponderancia de las tendencias favorables al delito en la psique del autor a través de su sugestión; si en cambio dice: «estoy 90 % decidido», entonces complicidad psíquica (pp. 160-161). Los casos en los que la *necesidad y factibilidad del hecho* dependen de *condiciones externas* se resuelven análogamente, esto es, si el autor estaba preponderantemente decidido a la comisión del hecho en caso de que se produjeran esas circunstancias, entonces existe resolución (p. 166); sobre esta cuestión, en el ámbito de la tentativa, vid., ampliándose, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 95 ss., sobre todo pp. 110-112.

(61) PUPPE (nota 3), pp. 117-118, señalando que como muestra la teoría de la tentativa y del dolo la resolución sólo se constituye con el inicio de los actos ejecutivos.

a su modo de ver, desde su modelo que fundamenta la responsabilidad en un «pacto de injusto», esta problemática, cuando no se elimina, se reduce considerablemente. Siendo así que todo influjo psíquico orientado a modificar el plan del autor que no suponga un «convenio» con el mismo, deberá tratarse como complicidad psíquica (62), *careciendo* de importancia el que el autor, antes del pacto, *hubiera o no tomado la resolución* de cometer el hecho (63). Ciertamente, no hay nada que objetar a que la resolución sólo alcance su momento constituyente con el inicio de la fase ejecutiva, mas ello no implica que no se haya provocado con anterioridad una resolución, sino que únicamente obligará a que se exija que la resolución ejecutada (la que se «constituye») sea la *misma* que aquella que provocó el inductor (64). De no ser así, no se podrá atribuir el hecho al inductor por falta de relación de causalidad (psíquica). Por otra parte, entendemos que el influjo en la inducción «fundamenta» su injusto antes de la realización de los actos ejecutivos aunque éstos sean necesarios para su «punibilidad» (principio de accesoriadad) (65). Ciertamente, la «tentativa acabada» de inducción se alcanza con la provocación de la resolución, a partir de ese momento es irrelevante el que el sujeto siga o no queriendo la realización del hecho, como lo demuestra el que un posible «desistimiento voluntario» debería ser necesariamente «activo».

Deberá, pues, seguir siendo válido el criterio según el cual la complicidad psíquica y la inducción se distinguen básicamente por la provocación de una resolución, siendo de utilidad, para constatar la concurrencia o no de la misma, el criterio de la «preponderancia» de *Roxin*, al que entendemos se le puede encontrar un antecedente en

(62) PUPPE (nota 3), p. 116.

(63) PUPPE (nota 3), p. 119. Añadiendo que lo único decisivo es que en el momento de la ejecución el motivo conduzca a la resolución de cumplir el convenio con el inductor. No existe inducción, sino complicidad psíquica, mientras no concurra un compromiso derivado del pacto de injusto que motive o con motive en el momento de la ejecución (p. 118).

(64) Esta exigencia es la que excluye la consideración de la inducción en supuestos como los llamados de «cambio de dolo»: se le provoca una resolución al autor principal, pero éste durante la ejecución toma una nueva resolución, de la que «trae causa» el peligro creado. O, igualmente, la de aquellos supuestos en los que también se provoca una resolución, pero antes de la ejecución del hecho el autor se forma autónomamente una nueva. Este último supuesto es denominado por LETZGUS (nota 4), p. 34, inducción «ineficaz» quedando para él excluida la relación de causalidad entre el «resultado intermedio» (resolución) y el «resultado de la inducción» (hecho principal).

(65) Es durante la fase de provocación de la resolución cuando el sujeto, además de influir dolosamente en el inducido, debe «prever» los rasgos esenciales que configuran el hecho futuro (doble dolo). No afirmamos pues que el hecho principal no deba ser abarcado por el dolo a modo de «condición objetiva de punitibilidad» (cfr. sobre ello, QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal, Parte general*, 1986, p. 546), al contrario, durante toda la fase de «tentativa inacabada» ello deberá ser así, sino que entendemos que una vez alcanzada la fase de «tentativa acabada» ello ya será irrelevante por constituir únicamente un dolo «subsequens».

Dallinger (66). Así, respetando los presupuestos y límites que ya hemos señalado, consideramos válido lo siguiente: A) El influjo psíquico al propenso, dubitativo, o al que hace depender el hecho de factores externos condicionantes, se valorará como *complicidad psíquica* si el autor ya se había formado «preponderantemente» la resolución de cometer el hecho, autónoma o espontáneamente, consistiendo la influencia en «completar» el hecho, en apartar las últimas dudas o reparos, etc... (67). Por el contrario, se valorará como inducción, si el influjo decanta la resolución (procura la preponderancia), si configura comunicativamente una resolución ajena. B) El sujeto que se ha formado la resolución de cometer un hecho concreto —«omnimodo facturus»—, no puede ser inducido. En estos casos, conceptualmente, concurrirá *tentativa inidónea* de inducción o, en su caso, *complicidad psíquica* si el influjo «intensifica» o «estabiliza» la resolución sin modificarla (vid. *infra* III-2).

III-2

1. Así, pues, debe seguir siendo válida la *máxima* que afirma que el «omnimodo facturus», puesto que ya está resuelto al hecho concreto, no puede ser inducido. Como resulta de todo lo hasta ahora desarrollado, existirá inducción cuando se provoque de la forma descrita una resolución en el destinatario. Sin embargo, como hemos visto, no puede ser ésta entendida como producción de la resolución de cometer un hecho determinado en todos sus detalles, puesto que el límite normativo que impone la necesidad de que exista la complicidad psíquica exige que se pueda «completar» un plan abierto o «modificar» en el mismo ciertos detalles, siempre que éstos no afecten a la «identidad» de la resolución (68). Ahora bien, ¿cuándo podremos afirmar que no se ha alterado la identidad de la resolución? ¿Con qué *medida* valoraremos cualquier ulterior influjo en el autor que conduzca a una *modificación de hecho* al que originalmente se refería esa resolución?. Y, según ella, ¿qué *tratamiento jurídico* merecerá la modificación en cada caso?

2. La cuestión de en qué medida la modificación de la resolución altera su «identidad» admite un tratamiento fenomenológico y/o nor-

(66) En efecto, vid. *supra* nota 57.

(67) En cambio no son suficientes simples aceptaciones o manifestaciones de solidaridad que no influyen ni en la intensidad ni en la firmeza de una resolución ya tomada: ROXIN, en LK-StGB, § 27, n. 11.

(68) Si se parte de que el influjo psíquico en la inducción debe producir un hecho individualizado en todos sus detalles, no existirá espacio alguno en el que el influjo psíquico constitutivo de complicidad psíquica pueda aportar algo al hecho futuro. En este sentido, vid. SCHULZ (nota 31), p. 934.

mativo (69). Ello dependerá de la mayor o menor importancia que se atribuya para la determinación de la resolución a los factores relevantes para la subsunción. Aunque ambos puntos de partida han sido sostenidos, el segundo ha sido el que ha encontrado mayor eco en la doctrina. Esta presenta dos direcciones básicas. Una busca los límites de la identidad considerando como un todo unitario a la resolución resultante de la modificación: comprensión «sintética» de la resolución. Otra, en cambio, parte del principio opuesto, entendiendo que en la resolución provocada se puede distinguir dos partes, la preexistente al influjo del inductor atribuible al autor —resolución original— y la conformada por su influencia: comprensión «analítica» de la resolución (70).

3. La primera de las direcciones predominantemente normativas, esto es, aquélla que busca la respuesta a la cuestión de la identidad en criterios orientados a *diferencias de injusto cualitativas*, partiendo de una *concepción «sintética» de la resolución* modificada, sostiene que en estos casos se deberá responder por inducción respecto al *hecho completo* más grave originado por la modificación (71). Ello se justifica, en una primera formulación, en que en estos supuestos se provoca una «relevante elevación del injusto del hecho» (*fórmula de*

(69) No es ésta la postura de PUPPE, que como hechos visto considera aparente tanto la figura del «omnimodo facturus» como la problemática de la modificación de la resolución, pues, desde su modelo particular, la línea dogmática que parte de la «provocación de la resolución» en la conceptualización de la inducción, es inadecuada. Para la autora cualquier tipo de influjo psíquico que no suponga un «convenio» con el autor deberá considerarse complicidad psíquica, «con ello se liquida ya en parte el harto discutido problema del consejero que aconseja o desaconseja una forma calificada de ejecución del hecho» (nota 3), p. 116; cfr., asimismo, *supra*. Sin embargo, no siempre ha sustentado esta opinión; precisamente en trabajos anteriores había sostenido una solución para los supuestos de «modificación», que podría encuadrarse en las que posteriormente estudiaremos bajo la denominación de «comprensiones analíticas», para evitar las «manipulaciones» de la relación de causalidad que pueden derivar de las «comprensiones sintéticas», *la autora*, en *Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*, ZStW 92 (1980), pp. 885-887, sobre todo, p. 887 y notas 37 y 38.

(70) Indican la posibilidad de estas dos corrientes: LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170), y, SCHULZ (nota 31), p. 935. Sin embargo, este último autor partiendo de un modelo de inducción basado en la concurrencia o no de «dominio del plan» (en la fase preparatoria), a su juicio, todo depende de quién crea o ha creado la «unidad de sentido delictiva». En caso de que haya sido el autor, entonces al que modifica la resolución únicamente se le podrá considerar cómplice psíquico. Por el contrario, si ha sido el inductor, entonces en los casos de modificación se responderá por inducción (este autor considera «omnimodo facturus» a aquél que posee la unidad de sentido delictiva) (p. 938). Sin embargo, este criterio puramente fenomenológico es sometido por el autor a tales restricciones normativas, que conducen la problemática, a mi modo de ver, de nuevo a los cauces tradicionales cfr., sobre ello, p. 939.

(71) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 302; STREE, *Bestimmung eines Tatentschlusses zur Tatänderung*, Ernst Heinitz-FS, p. 293; OTTO (nota 24), p. 561; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 559; orientándose ampliamente en Stree, ROXIN, en LK. § 26, n. 6; el mismo, *Entscheidungssammlung für junge Juristen*. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2 ed., 1984, p. 234 (caso 79: nota a la BGHSt 19, 339-342); RUIZ ANTÓN (nota 4), p. 216, aunque señala que no se pueden ofrecer soluciones globales, parece que se decanta por esta postura.

Maurach) (72). A esta fórmula se le ha objetado que no explica suficientemente por qué debe responder el sujeto por el hecho completo cuando sólo le es atribuible una parte del mismo. Y que no permite la clasificación valorativa de los diferentes supuestos posibles (73). Así, señala *Stree*, puede suceder que un incremento de injusto de «quantum» escasamente relevante genere la presencia de una cualificación típica (p. ej., el aconsejar que se retrase unas horas la liberación de un detenido ilegalmente), en cuyo caso, pese a la cualificación legal, no se podría hablar de una «relevante» elevación de injusto. Por ello, entiende él que la justificación de la responsabilidad por inducción por el hecho completo se encuentra más bien en que la *presencia de la circunstancia cualificante* imprime al nuevo hecho un *carácter especial de injusto* («acuña» específicamente el injusto del hecho). Ello excluye que se pueda afirmar una relación de identidad parcial entre el hecho resultante de la modificación y el original. Lo mismo ocurrirá, cuando la modificación haga entrar en juego un tipo autónomo. En ambos casos, a causa de la modificación, el nuevo hecho experimentará una profunda «transformación», que impedirá que podamos ver, p. ej., al robo como la suma de hurto y coacciones. Así pues, para *Stree*, lo decisivo será únicamente que la modificación provoque la presencia de una *cualificación legal* —sin importar que el hecho cualificado esté en una relación de inclusión con el hecho original— (74). Siempre que esto sea así, existirá inducción (p. ej., si se aconseja al que está resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, bien que utilice fuerza en las cosas, bien que cometa el hecho coactiva o violentamente, se responderá en esta línea por inducción a hurto con fuerza en las cosas o a robo respectivamente).

4. Por el contrario, entiende otro sector doctrinal (75) que en la resolución modificada se pueden distinguir normativamente dos par-

(72) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8). p. 302; a ella se remiten los fundamentos de derecho de la en esta materia más comentada sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGHSt 19, 339-342): el caso Stuhlbein: A, O, S se propusieron sustraer dinero de la casa de una tendera, M, de 80 años. Como A ya había sido anteriormente condenado por un hurto grave, no quería participar en el hecho, pero sí en el botín. O y S contaban con que se notara su presencia durante el registro de la sala de estar. Dada esa eventualidad, pensaban derribar a M para escapar sin ser reconocidos. A les propuso que debían portar un palo y golpear en la cabeza a M para dejarla inconsciente. Los autores se dejaron determinar y ejecutaron así el hecho. La señora M resultó muerta a causa del golpe recibido en la cabeza con la pata de una silla. El caso presenta dos tipos de problemas: 1) la cuestión de la modificación de la resolución; 2) la participación en delitos cualificados por el resultado. El Tribunal condenó a A apelando a la «fórmula de Maurach» por inducción a robo con resultado muerte. ESER (nota 26), pp. 185 y ss., defiende en cambio un concurso ideal entre complicidad psíquica al robo e inducción a lesiones con empleo de medios peligrosos. También comentan la sentencia, p. ej., CRAMER, *nota a la* BGHSt 19, 339, JZ 1965, pp. 31 ss., y ROXIN (nota 70), p. 234.

(73) STREE (nota 71), p. 280.

(74) (Nota 71), pp. 285-292, sobre todo, p. 293.

(75) En este sentido, CRAMER (nota 72), pp. 31-32, con limitaciones en los casos de bienes jurídicos altamente personales; el mismo, en Sch/Sch, § 26, n. 6 (pp. 390-391),

tes: por un lado, aquella preexistente al influjo del instigador y, por otro, la conformada por los elementos por él introducidos («*principio de la división analítica*») (76). Desde este punto de vista, se objeta esencialmente a la anterior dirección que, en un plano *lógico*, la ampliación de la resolución no puede *equivaler* a su causación. Por ello, la relación existente entre el hecho original y el modificado deberá considerarse de «*plus*» («*identidad*» parcial) y no de «*aliud*». Ciertamente, no se niega que en los casos de modificación típica se produzca un incremento en el contenido de injusto del hecho, como muestra la diferente valoración punitiva legal. Mas para esta dirección, ello no explica por qué el que *amplía* una resolución debe responder por el hecho *completo como inductor* (cuestión distinta es si debe responder como cómplice psíquico). En realidad, desde este punto de vista, las soluciones de la dirección contraria sólo se podrían sostener si se constataste que en los supuestos debatidos se provoca la resolución «*global*» (77). Por ello, entienden, las variantes que parten del punto de vista contrario se esfuerzan en demostrar que entre el hecho original y el resultante de la modificación no existe ni siquiera una relación de identidad parcial, afirmando que en los casos de relación de modificación típica no se produce una simple elevación del injusto, sino una profunda modificación del mismo (78). Por el contrario, las soluciones analíticas, partiendo de la división de la resolución, entienden que lo decisivo para resolver la cuestión de la identidad parcial no es la *medida*, sino la *configuración del injusto* (79). Que la gravedad del injusto no es decisiva para resolver esta cuestión se desprende del propio concepto de inducción. En efecto, el que se exhorte a cometer hechos de una cierta gravedad, no es aún inducción por falta de determinación del hecho, puesto que la inducción exige como presupuesto la configuración del mismo. Así, este sector entiende mayoritariamente que en aquellos casos en los que existe una *relación de inclusión* entre el hecho original y el resultante de la modificación,

para los casos de relación delito básico-cualificación; JESCHECK (nota 8), p. 624, al menos, para los casos de delito básico-delito cualificado; BEMMANN, *Die Umstimmung des Tatenschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise*, en Wilhelm Gallas-FS, p. 280 y *passim*, para los casos de delito básico-delito cualificado y delitos compuestos; GRÜNWALD, *Der folgenschwere Rat*, JuS 1965, p. 313 y sobre todo nota 32, únicamente para los casos de delito básico-delito cualificado, aun con limitaciones; SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4, con modificaciones; LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 33; STRATENWERTH (nota 11), n. 884 (p. 246); WELZEL (nota 23), p. 116, para los casos de delito básico-delito cualificado o delito autónomo; ESER (nota 27), p. 187, con la particularidad de que sólo se responderá por complicidad psíquica respecto al tipo básico; diferenciadamente, JAKOBS (nota 10), pp. 552-553; PUPPE, *Der Erfolg* (nota 69), pp. 886-887 y notas 37 y 38, sin embargo, actualmente de otra opinión (nota 3), p. 116, sobre ello, vid., *supra* nota 69. MIR PUIG (nota 4), p. 344, nota 42.

(76) Utilizando estos términos, LACKNER, StGB, § 26, n. 2 (p. 170); SCHULZ (nota 31), p. 935.

(77) CRAMER (nota 72), p. 31; BEMMANN (nota 75), p. 275.

(78) Cfr., STREE *supra* en texto.

(79) Así, BEMMANN (nota 75), p. 278.

al instigador únicamente se le podrá hacer responsable *como inductor* por el «plus» que le es atribuible, siempre claro está que sea *aprehensible de forma independiente* por algún tipo de la parte especial. Por lo que respecta, por el contrario, al hecho completo responderá como cómplice psíquico, en cuanto su influjo haya reforzado la resolución original (80). De esta forma, en el ejemplo arriba indicado, el que aconseja una ejecución coactiva al resuelto a apoderarse de unos objetos valiosos, responderá por inducción al delito de coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica a un delito de hurto.

No obstante, aceptando el punto de partida lógico del enfoque analítico, no todos los autores que lo desarrollan le dan un alcance análogo. Así, *Bemmann* entiende que en estos casos existe identidad parcial tanto en los delitos en relación de *modificación típica* como en los *delitos compuestos* (81). En cambio, otros autores sostienen concepciones diversas. Así, *Cramer*, que a los argumentos lógicos del punto de vista analítico, añade consideraciones derivadas de efectuar paralelismos con el exceso del autor (82), entiende que esta solución no debe aplicarse en los casos de infracciones de bienes jurídicos *altamente personales*, puesto que en ellos normalmente se producen desviaciones esenciales (83). *Samson* defiende que la modificación tampoco conducirá a un aliud en caso de que la *medida de lesión del bien jurídico permanezca inalterada* (84). Y *Grünwald* introduce restricciones de tipo *cualitativo* que conducen en la práctica a un tratamiento jurídico de los casos en cuestión casi análogo al de la postura contraria, dado que sólo acepta que concorra identidad parcial en aquellos supuestos en los que la cualificación se presenta «*junto*» a la lesión del bien jurídico típico (p. ej., la circunstancia de porte de armas), mas no en los que se produce un delito *autónomo* (85) (robo

(80) Salvo ESER (nota 27), p. 187, que en estos casos sostiene la responsabilidad por inducción respecto a la cualificación en concurso ideal con complicidad psíquica respecto al hecho al que estaba resuelto el autor, es decir, al tipo básico, y no al «hecho completo» como defienden el resto de autores. La opinión de la doctrina dominante es la que debe prevalecer pues en la complicidad psíquica, al no requerir provocación de la resolución, basta con reforzar el plan global.

(81) (Nota 75), pp. 278-279.

(82) Así, CRAMER (nota 72), p. 32: realiza paralelismos argumentativos con los casos de exceso del inducido. Una desviación del autor que se considera inessential para la responsabilidad del inductor, p. ej., el uso de gasolina en vez de petróleo en un delito de incendio (no existe exceso del inducido), sólo podrá conducir en el caso inverso a una responsabilidad por complicidad psíquica. En contra, de esta distinción entre los supuestos que afectan a bienes jurídicos altamente personales y los que no: STREE (nota 71), p. 281-282 y nota 15, considerando que descansa más en consideraciones de sentimiento que racionales; asimismo, GRÜNWARD (nota 75), p. 315 en nota 33.

(83) Cfr. (nota 72), pp. 278-279.

(84) SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 4.

(85) Así, según GRÜNWARD (nota 75), p. 313: el robo no es una forma agravada de hurto, sino un delito cualitativamente distinto, puesto que no se puede considerar que el núcleo del robo sea un apoderamiento de cosa ajena al que se le introducen circunstancias cualificantes, ni que el hecho de que se pueda dividir en partes implique que el contenido del mismo equivalga a la suma de las mismas.

en vez de hurto), ni en los casos en los que la presencia de la circunstancia cualificante ocasione una *ampliación* o *intensificación de la lesión* del bien jurídico (86).

5. A mi juicio, en estas constelaciones de casos en las que se dan relaciones de «inclusión», debe considerarse válido lo siguiente: Es fundamentalmente correcto el partir de una comprensión «analítica» de la resolución modificada. Ciertamente, en un plano lógico, no se puede considerar equivalente el complementar una resolución previa con el provocar una la resolución —como exige la responsabilidad por inducción— (87). Ello se compatibiliza perfectamente con los resultados obtenidos en la distinción conceptual de inducción y complicidad psíquica. Sin embargo, tampoco puede perderse de vista el *límite inmanente* de este planteamiento. Pues, en efecto, éste será válido *mientras* la modificación pueda considerarse como configuración «complementadora» de la resolución original (que subsiste). Ya que en este caso podrá seguir afirmándose que la resolución que genera la ejecución sigue «perteneciendo» al autor (88). Por el contrario, puede suceder que la modificación del inductor provoque una

(86) En estos casos se responderá según GRÜNWALD (nota 75), p. 315 en nota 32, por inducción.

(87) Con ello, además, se evitarán manipulaciones de la relación de causalidad. La comprensión sintética de la resolución modificada («fusión» de la resolución original y de la modificación), conlleva el que se *diluya* el presupuesto esencial de la inducción, esto es, el que para que se responda como inductor se debe haber provocado necesariamente la resolución de cometer el hecho *total*. No basta el que se haya contribuido cocausalmente a su adopción mientras no se pueda considerar que este influjo no «configure» «comunicativamente» una resolución global en el autor. Ello además se compatibiliza mucho mejor con el fundamento de la punición de la inducción y con la equiparación punitiva a la coautoría. Al inductor se le castiga igual que al autor por determinar psíquicamente la «configuración» del *mismo* injusto que ejecuta el autor, no por «complementarlo»; para ello ya tenemos la complicidad psíquica.

(88) Imaginemos que un sujeto le propone a otro que está resuelto al apoderamiento de un objeto que emplee medios intimidatorios. Según la comprensión «sintética» de la resolución, aquí se genera una nueva resolución (aliud). De consumar el autor principal tal delito respondería por inducción a robo. Pero imaginemos de nuevo que finalmente el autor, pese a haber aceptado la proposición, no emplea los medios intimidatorios durante la ejecución por no ser necesarios. Según la doctrina absolutamente dominante, incluidos los autores que defienden esta postura, en estos casos en los que se realiza menos de lo que la resolución provocada abarcaba, se responde sólo por lo efectivamente realizado (en este caso por el hurto), vid. *infra* IV, 5. Puesto que esta línea afirma que se provoca con la modificación una resolución «global» «nueva», no podría negar aquí que el proponente respondiera por lo efectivamente ejecutado, ya que esto también le «pertenece» (por el hurto, puesto que según esta teoría se provoca con la modificación tanto lo que se propone como lo que ha habido decidido el autor), es decir, *por aquello a lo que ya estaba decidido el autor* (?). En cambio, la comprensión «analítica» entiendo que llegaría aquí a resultados correctos. De consumar el autor tal delito, respondería el proponente como inductor a coacciones en unidad de hecho con complicidad psíquica respecto al robo. Pero como en este caso el autor no ejecuta el «plus» propuesto aprehensible autónomamente, respondería únicamente por complicidad psíquica respecto al hecho efectivamente ejecutado (1), estructuralmente en concurso con la tentativa de inducción respecto al complemento en caso de que sea punible.

«transfiguración» de la resolución original (se desfiguran los rasgos esenciales que configuran el injusto del hecho). En este caso, se deberá afirmar que la resolución que genera la ejecución es atribuirle por completo al inductor. Por ello, ya no podremos dividir analíticamente la resolución modificada. Estaremos ante una *nueva* resolución. En la medida en que esto sea así, no podrán plantearse reparos a la responsabilidad por inducción respecto al hecho completo. Naturalmente, en esta línea, la cuestión consistirá en delimitar cuándo la modificación configura complementando y cuándo transfigura la resolución original. Para ello, no podrán ser de utilidad criterios que se fundamenten básicamente en el contenido (gravedad) del injusto —como la fórmula de Maurach—. Ni es inducción el instar a la ejecución de hechos de determinada gravedad. Ni queda ésta excluida en casos en los que la gravedad («peso») del injusto resultante permanece inalterada (p. ej., violación/homicidio). Tampoco, deberá partirse *únicamente* de los criterios que establece el legislador en la sistematización de la parte especial. Estos se deberán tener en cuenta de forma necesaria, pero no de forma exclusiva. Pues, en efecto, con frecuencia, responden más a exigencias tanto de técnica legislativa como de fenomenología delictiva que a las relaciones internas entre los distintos delitos (como muestra la teoría del concurso). Por ello, no se puede aceptar que *siempre* que se produzca una cualificación, necesariamente se responda por inducción (89). Por el contrario, la delimitación deberá encontrarse en las distintas concretas «configuraciones» de injusto de los distintos delitos y en sus relaciones internas. Por ello, considero válido lo siguiente: A) Si la modificación incide en circunstancias que no afectan a la subsunción, existirá complicidad psíquica en cuanto el influjo refuerce la resolución de cometer el hecho (90). En aquellos casos, en los que el influjo psíquico ocasione una intensificación de la agresión que no pueda ser aprehensible autónomamente (principio de la división analítica), existirá también complicidad psíquica, aunque el incremento de antijuricidad material deberá ser valorado en la medición de la pena (art. 61, cuatro y siete) (91); B) Si la modificación incide en elementos que no afectan a la subsunción por tratarse de un tipo mixto alternativo, se responderá por complicidad psíquica en aquellos casos en los que el influjo

(89) Sin embargo, en contra, cfr. STREE (nota 71), p. 285-293, que sostiene que cualquier cambio de tipo fundamenta la responsabilidad por inducción, incluso en los casos de cualificaciones temporales, p. ej., alguien aconseja retrasar al detenido ilegalmente unos minutos entrando en juego cualquiera de las cualificaciones de los preceptos correspondientes; como este autor, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 6 y § 27, n. 13.

(90) P. ej., si se propone la utilización de petróleo en vez de gasolina en el incendio, de una pistola con silenciador por un revólver en el homicidio... (complicidad psíquica).

(91) P. ej., se proponen unas detenciones ilegales de mayor entidad, de dos a tres días, lo que a pesar de aumentar la antijuricidad «material» del hecho no afecta a las calificación (complicidad psíquica).

psíquico esté dirigido a un cambio de elementos típicos «esenciales» o «accidentales» que el legislador ha tipificado en relación de alternativa (92); C) Si la modificación crea en «riesgo» de configuración diferente al que el autor originalmente resolvió («transfiguración» del injusto), concurrirá responsabilidad por inducción (93). No sólo conducirá la modificación a la creación de un riesgo distinto en los supuestos de heterogeneidad del bien jurídico (94), sino también en aquellos en los que la modificación conduzca a un cambio de objeto empírico en bienes jurídicos íntimamente unidos a su sustrato (95); D) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que se realice un delito de menor gravedad, que está en relación de «inclusión» (es decir, siempre que no concorra C), se dará una responsabilidad por complicidad psíquica a menos de que concurren los requisitos del estado de necesidad u otra causa de justificación (96); E) Si la modificación propuesta por el inductor ocasiona que entre en juego alguna cualificación respecto al tipo básico originalmente pretendido o un delito de mayor gravedad (autónomo), concurrirá (siempre que no se de C: «transfiguración») (97) una responsabilidad como cómplice psíquico por el delito «global» y, eventualmente, en concurso, una responsabilidad como inductor por el complemento, siempre que éste sea aprehensible, autónomamente (98).

IV

1. Hasta aquí hemos analizado algunas de las constelaciones de casos que se manifiestan especialmente problemáticas durante la pri-

(92) P. ej., se propone un cambio de modalidades en el allanamiento de morada (elementos esenciales), o, p. ej., se propone un cambio de modalidades en el hurto con fuerza en las cosas (1.º, 2.º, 3.º ó 4.º o también de las alternativas propias de los párrafos 2.º, 3.º, 4) (elementos cualificantes).

(93) P. ej., al resuelto a cometer un hurto se le propone que realice cualquier tipo de estafa, delito más «limpio» (inducción a estafa).

(94) P. ej., si se incita al resuelto a unas lesiones a que cometa un atentado a la libertad sexual.

(95) P. ej., la propuesta del inductor implica un cambio de víctima en la ejecución del delito («no mates a A sino a B»). Sobre ello, vid. SILVA SÁNCHEZ (nota 44), pp. 371 ss.

(96) P. ej., si se propone que en vez de ejecutar las detenciones ilegales de mayor cuantía resueltas se realicen unas «menores»: complicidad psíquica (p. ej., cree que así se consiguen mejor los fines previstos), salvo que el sujeto actuara en salvaguarda del tercero (estado de necesidad).

(97) P. ej., si el inductor propone al autor que en vez de las lesiones originalmente resueltas acabe con la vida de la víctima; ello, a pesar de la relación «inclusión», ocasionará una responsabilidad por inducción, pues la propuesta ha «transfigurado» la configuración del injusto del hecho. La ejecución del «nuevo» hecho, ya que no se puede considerar como ejecución de la resolución original + complemento, sino como ejecución de la resolución provocada.

(98) P. ej., al resuelto a un hurto con fuerza se le propone que ejecute el hecho con intimidación (responsabilidad por complicidad psíquica respecto al robo en unidad de hecho con inducción a coacciones).

mera fase de la inducción. En ella, como hemos constatado, los problemas giran ante todo en torno al concepto de identidad. Este elemento conceptual de la figura de la inducción es el que permite distinguir a ésta de la complicidad psíquica y el que permite o no afirmar la responsabilidad por inducción en los casos de modificación del plan original del autor. Mas la inducción *completa* presupone, en una segunda fase (principio de accesoriedad), que el autor principal ejecute un *hecho antijurídico en correspondencia* con dicha *resolución* (segundo resultado de la inducción). De no concurrir esta necesaria relación entre la resolución provocada y el hecho ejecutado por el autor, quedará excluida la figura. La doctrina parte tradicionalmente de que el hecho ejecutado por el autor principal sólo se podrá imputar al inductor cuando se «corresponda» (99) con el hecho que se representó y al cual indujo; sólo entonces el autor será un «*aeque facturus et aeque faciens*» (100). El grado de «congruencia» «objetiva» (101) y «subjetiva» (102) exigible a una tal relación es problemática, en este ámbito, en varios grupos de casos (103). Sin embargo, aquí restringiremos nuestro estudio a sólo algunos de ellos. Si en la primera parte de este trabajo analizábamos el tratamiento jurídico que merecían aquellos supuestos en los que el instigador modificaba la resolución original del autor, siempre que entre el hecho originalmente planeado por el autor y efectivamente realizado por el autor se diera una relación de «inclusión». Ahora pretendemos analizar precisamente el *problema complementario*. El reverso de la moneda. Esto es, aquellos supuestos en los que provocada por el inductor en el autor la resolución de cometer un hecho, realiza éste otro hecho que, pese a ser diverso, aún mantiene respecto al original la mencio-

(99) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21.

(100) HALL (nota 14), p. 358.

(101) La relación de causalidad (vid. *supra* III-1, 3) no sólo debe concurrir entre conducta de inducción y resolución, sino también entre conducta de inducción y hecho principal (conducta del inductor-resolución-conducta del autor [hecho principal: intentado puesta en peligro «virtual» del bien jurídico] o consumado [lesión del bien jurídico]). Sobre esta estructura, vid., LETZGUS, *Vorstufen* (nota 4), p. 22 y ss., asimismo, ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 2 y n. 8.

(102) Por todos, D. MEYER (nota 41), p. 95.

(103) Así, también se discuten las repercusiones del *error* en el *objeto* o la desviación del *golpe* del autor en el inductor (p. ej.: un coleccionista de arte instiga a un sujeto para que se apodere de un cierto cuadro de Goya que le consta pertenece a una colección privada; sin embargo, el torpe ejecutor confunde la obra mencionada con otra de un pintor diverso, y los supuestos, semejantes, en los que se produce un «*cambio de dolo*» del autor principal (p. ej.: en el mismo caso anterior, el autor no confunde el cuadro, sino que toma otro, bien porque piensa que será de mejor agrado del inductor, bien porque no le es posible apoderarse del inicialmente previsto). También son problemáticos los presupuestos dogmáticos exigibles en el inductor para que se le pueda imputar el *delito cualificado por el resultado* cometido por el autor (por ej., un sujeto instiga a otro a que cause unas lesiones a un tercero utilizando medios peligrosos, resultando muerta la víctima como consecuencia directa de su utilización).

nada relación de inclusión. Este doble análisis permite, a mi juicio, en mayor medida, el caracterizar los presupuestos dogmáticos del «hilo conductor» de la inducción.

2. Como señalábamos al principio, el dolo del inductor debe abarcar los rasgos esenciales que configuran el injusto concreto del hecho (104). El hecho principal individualizable constituye uno de los *objetos de referencia* del exigible «doble dolo» de la inducción (105). Si se renunciara a la individualizabilidad del hecho principal, además de desdibujarse objetivamente el concepto de inducción y de perder su legitimidad la equiparación punitiva de ésta con la autoría, dejaría de ser constatable la línea delimitadora del *exceso* del inducido (106). En efecto, en este ámbito, la doctrina es unánime en considerar al dolo del inductor como *límite* de su *responsabilidad* (107). Este principio y el de *accesoriedad*, en su aspecto limitador (el inductor sólo responde hasta el límite de lo efectivamente realizado por el autor) (108), constituyen los dos principios dogmáticos básicos con los que se deben abordar los supuestos en cuestión. Veamos, pues, la problemática de la exigible congruencia objetiva y subjetiva.

3. El primer grupo de casos es aquél que se caracteriza por presentar *desviaciones «inesenciales»* que no obstan a la congruencia, ni por tanto a la responsabilidad por inducción. El autor seguirá considerándose un «*aeque facturus et aeque faciens*» (109). En efecto, según los principios trazados, las *desviaciones* que no afecten a la configuración normativa del hecho exigible en la inducción, no obstarán a la responsabilidad por inducción (110). Objetivamente, no es exigible que el hecho esté concretizado hasta sus últimos detalles (111). En la inducción, por su naturaleza accesoria, el inductor deja la ejecución en manos del autor principal, único que posee «dominio del hecho» (112) (p. ej., el autor comete el robo antes o después, en un lugar o en otro, sobre una víctima o sobre otra, utiliza un revólver

(104) Vid., por todos, HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkokretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, p. 51.

(105) El primer objeto de referencia del doble dolo lo constituye la propia conducta del inductor que provoca la resolución (primer resultado de la inducción). Esta conducta debe ser necesariamente dolosa, bastando el dolo eventual, lo cual excluye que se responda por inducción en los casos de provocación por imprudencia de la resolución. Vid., por todos, MIR PUIG (nota 4), p. 340 y pp. 346-347 y ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 15. En estos casos de provocación por imprudencia de una resolución (con su posterior ejecución), cabría, según BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 560, acudir a una autoría accesoria imprudente.

(106) DREHER, *Der Paragraph mit dem Januskopf*, W. Gallas-FS, p. 320.

(107) Vid., por todos, JESCHECK (nota 8), p. 624 (ulteriores referencias en nota 125).

(108) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53.

(109) HALL (nota 14), p. 358.

(110) Vid., los autores citados en las notas 8 y 111.

(111) CRAMER (nota 72), pp. 31-32; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 21; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 563; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/125 (p. 315).

(112) De lo contrario ello nos podría conducir a afirmar realización de hecho propio a través de un tercero, es decir, autoría mediata.

en vez de una pistola, ejecuta el hecho en coautoría..., siempre, claro está, que ello no afecte a la subsunción). Tampoco afectará a la configuración del hecho el que el autor lo realice bajo circunstancias que a pesar de ser distintas de las planeadas pertenecen a un mismo tipo mixto alternativo (113) (p. ej., allanamiento de morada) (p. ej., las distintas cualificaciones del hurto con fuerza en las cosas), pues ello no altera la configuración normativa del hecho. Aquí, se responderá pues por *inducción «completa»*.

4. El segundo grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «alias facturus et alias faciens» (114). Aquí, el autor altera el hecho hasta «transfigurarlo» (aliud) (115), quedando por ello excluida su imputación al inductor (p. ej., se comete un homicidio en vez de las sugeridas detenciones ilegales). Y, ello, no sólo porque el hecho principal ejecutado no sea abarcado por su dolo, sino ya antes, porque no puede ser considerado como una ejecución *objetivamente «congruente»* de la resolución que le provocó el inductor (116). En estos casos, el inductor ha provocado *una* resolución, pero no es *ésta* la que se ha ejecutado. Por lo tanto, *conceptualmente*, constituirá una *tentativa de inducción* (117). En muchos de estos casos, lo que en realidad ocurre es que se produce un «cambio de dolo» (118). El sujeto, antes o durante la ejecución, toma una *nueva* resolución, diversa de la que efectivamente se provocó (p. ej., el inducido a cometer unas amenazas decide causar unas lesiones a la víctima para mejor amedrentarla).

5. El tercer grupo de casos es aquel que se caracteriza por ser el autor un «minus facturus et minus faciens» (119). Esta se da cuando el delito ejecutado realiza un tipo cuyos elementos están conteni-

(113) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 22.

(114) HALL (nota 14), p. 361; LETZGUS (nota 4), p. 43, recoge asimismo estas denominaciones.

(115) Vid., *supra* III-2, 5.

(116) Indican acertadamente de forma expresa esta limitación: RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 857; SCHMIDHÄUSER (nota 4), 10/121 (p. 314). En Alemania, en algunos de estos supuestos (en aquellos en los que entre el delito propuesto y el ejecutado se da una relación de «parentesco» (p. ej. extorsión-estafa), BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 567, propone aplicar las reglas de la «constatación alternativa», respondiendo según ella el inductor por el delito menos grave (en este caso, la estafa); MONTENBRUCH (nota 8), p. 342, propone la construcción de un tipo «truncal» *supralegal*; en contra, ESER (nota 27), p. 108 y LETZGUS (nota 4), p. 48, señalando que la propuesta de BAUMANN supone una ruptura del principio de accesoriidad; ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 23, alegando que de «lege lata» no se puede sostener la concepción de Montenbruck por infringir la necesaria referencia del dolo al tipo objetivo legal. En realidad, estas propuestas, además, el igual que las concepciones sintéticas en materia de modificación de la resolución (vid. *supra* III-2), deben ser rechazadas por no respetar, por «manipular», el presupuesto objetivo de la «identidad» de la resolución en la inducción.

(117) En la terminología de LETZGUS (nota 4), pp. 43 y 52, se da un caso de tentativa de inducción no seguida de resultado que, de «lege lata» en Derecho alemán, es punible en la medida en que concurran los presupuestos del párrafo 49 del StGB.

(118) Sobre esta figura, vid. HILLENKAMP (nota 104), pp. 55 y ss.

(119) HALL (nota 14), p. 361.

dos expresamente o como paso necesario en el hecho representado por el inductor (120). Este es el caso cuando el autor ejecuta un delito de menor gravedad en relación de inclusión respecto a aquel al que se le indujo (inducción a tipo cualificado-realización del tipo básico o inducción a delito autónomo más grave-realización del delito autónomo menos grave). En estos casos, que constituyen el reverso del exceso, el inductor sólo responderá hasta el límite de lo efectivamente ejecutado —principio de accesoriadad— (121). Todo ello en la medida en que la «disminución» no obsta a la subsistencia del dolo respecto al delito menos grave (p. ej., inducción al hurto con fuerza en las cosas y ejecución de hurto simple, inducción a robo y realización de hurto simple o cualificado). Aquí, *estructuralmente*, cabe sostener el siguiente tratamiento jurídico: *inducción consumada delito menos grave al efectivamente cometido en unidad de hecho con tentativa de inducción respecto al delito más grave* (122).

6. El cuarto grupo de casos es aquel en que el autor es un «plus facturus et plus faciens» (123). Este se caracteriza porque aquí, el delito efectivamente ejecutado realiza un tipo que además de los elementos que se representó el inductor incluye otros adicionales (124). Esto sucede cuando la ejecución por el autor del hecho bajo las nuevas circunstancias hace que entre en juego un tipo que está en relación de cualificación típica o un delito autónomo en relación estructural de inclusión (p. ej., el inducido a un hurto simple, ejecuta el hecho con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación; el inducido a unas lesiones, acaba con la vida de la víctima...). En este grupo de casos, que es el que propiamente cabría denominar bajo la expresión exceso del inducido, se sostiene de forma absolutamente dominante por la doctrina que la responsabilidad del inductor alcanzará justo hasta donde abarque su dolo (125) (bastando, por supues-

(120) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(121) Vid., por todos, HILLENKAMP (nota 104), p. 53; FERRER SAMA (nota 4), p. 52-53, cuando los actos perpetrados por el inducido sean de menor gravedad, el inductor responderá en la medida que ofrezca la responsabilidad del inducido. Igualmente, todos los autores citados en la nota 24.

(122) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 25; BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566 y (nota 21), p. 134; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); CRAMER, en Sch/Sch, § 26, n. 18; LETZGUS (nota 4), p. 45.

(123) HALL (nota 14), p. 360.

(124) BAUMANN-WEBER (nota 8), p. 566.

(125) En este sentido la doctrina absolutamente dominante, vid.: FRANK (nota 4), p. 123; WELZEL (nota 23), p. 117; MEZGER (nota 8), p. 328; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas al Tratado de Mezger* (nota 8), p. 328; CÓRDOBA RODA, en *Notas de Derecho español a Maurach*, Tratado de DP (1962), p. 374; MIR PUIG, en *Adiciones de Derecho español a Jescheck*, Tratado de DP (1978), p. 974; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512-513, 523 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal*, PG, 2 ed., 1986, pp. 530-531.

to, el dolo eventual). Se constituye pues al dolo del inductor como principio limitador de la responsabilidad por inducción.

En este punto, la sentencia que comentamos ha supuesto un notable avance, respecto a anteriores concepciones jurisprudenciales (126). En afecto, actualmente (127), el Tribunal Supremo distingue entre *desviaciones* que son *esenciales* desde el punto de vista cualitativo y desde el punto de vista cuantitativo. Según ello, si se produce una desviación esencial *cualitativa* (p. ej., lesiones-violación) quedará excluida la responsabilidad por inducción (128), a menos que la voluntad del inductor cubra cualquier medio de ataque y éste pertenezca a la misma «familia» de delitos (p. ej., estafa- robo) —vid *supra* IV, 4—. En cambio, si se produce una desviación esencial *cuantitativa*, existirá responsabilidad por inducción, siempre que concorra por lo menos dolo eventual respecto a la consecuencia más grave. De no ser éste el caso, el Tribunal Supremo examina dos posibles tratamientos jurídicos, ambos, se afirma, insitos en el campo de la culpa. El primero (129), consiste en la aplicación de la atenuante del artículo 9.4 como en la preterintencionalidad homogénea, puesto que al igual que

(126) Con anterioridad a la sentencia que comentamos, en este ámbito, la *jurisprudencia* de nuestro Tribunal Supremo había mostrado la siguiente evolución. En un principio, se imputaba al inductor el exceso del inducido siempre que las consecuencias más graves se «*encadenaran lógicamente*» con las «previstas» —mera relación de causalidad— (SSTS 25-5-64 y 3-12-64).

Sobre esta fase de la evolución jurisprudencial, cfr.: CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte general*, tomo I, 18 ed. (revisada y puesta al día por Camargo Hernández), pp. 669 y 678; QUINTANO RIPOLLÉS (nota 13), p. 389, ve en ello una manifestación del «*versari in re illicita*», que aunque recusable, era insoslayable con la legislación de la época; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 2 ed. (renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por Gimbernat Ordeig), 1966, p. 265, señala que es «sumamente objetable en buenos principios culpabilistas». Como acertadamente señala RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 860, y el propio Fundamento de Derecho primero de la sentencia comentada, esta doctrina jurisprudencial, más que suponer una toma de posición en torno al problema del tratamiento jurídico del exceso del inducido, era consecuencia necesaria de la configuración que sostenía el TS acerca de los delitos cualificados por el resultado.

Posteriormente, se modificó la anterior línea jurisprudencial, pasándose a distinguir entre un *exceso* en los *finés* o cualitativo y un exceso en los *medios* o cuantitativo. En el primero, que abarcaba aquellos casos en los que el autor cometía un delito más grave de distinta naturaleza (nomen iuris), se excluía la imputación al inductor de dicha consecuencia, siempre que ésta no fuera previsible —relación de causalidad más previsibilidad—. En el segundo, que abarcaba aquellos supuestos en los que el autor cometía un delito más grave de la misma naturaleza (p. ej., realización de un hecho en relación de cualificación típica), no se excluía, en cambio, la imputación del exceso al inductor (así, STS 30-4-71, A. 1995 y STS 30-12-80, A. 5073, p. 4095 [4091-4096] caso Atocha), en virtud del principio «*finés mandati custodiendi sunt nam qui excessi aliud quid facere videtur*».

(127) STS 22-11-88, A. 9231, p. 9057; STS 24-6-87, A. 4998, pp. 4788-4790; STS 5-5-83, A. 2644, p. 1992-1993 (caso Yolanda).

(128) Mas en opinión del TS, no la responsabilidad por provocación.

(129) Solución parcialmente coincidente con la que ya se encuentra en FERRER SAMBA (nota 4), pp. 52-54, sobre todo, p. 54. Con fundamento en el Derecho penal vigente en la época, sostiene que los supuestos de exceso deben solucionarse según las reglas de la preterintencionalidad (antiguo art. 50 y art. 9.4). En contra de ella, RO-

en ella, en estos casos únicamente se produce una diferencia de grado o cantidad que pese a ser discordante con la voluntad del inductor, es previsible (aplicación del art. 9.4, a los supuestos de culpa respecto a la consecuencia más grave que no supone una alteración del «nomen iuris»). El segundo, en sostener la responsabilidad por inducción respecto al delito al que dolosamente se indujo más la autoría por imprudencia respecto al resultado más grave. El Tribunal Supremo se decanta, alegando razones «pragmáticas», por la primera solución en atención sobre todo a la dificultad que existiría en algunos delitos (p. ej., lesiones) para acotar el «delito base» (130). La objeción derivada de que esta atenuante está pensada únicamente para el autor (131), la salva el Tribunal Supremo recurriendo a la atenuación analógica (art. 9,4 en relación con el artículo 9.10) (132).

Aquí, en cambio, estimamos preferible la segunda opción. Por otra parte, debe indicarse que, desde la última reforma del Código penal, han desaparecido en buena medida las dificultades anteriores en el ámbito de la «prognosis quod tempus». Así, si el inducido a un delito básico (p. ej., unas detenciones ilegales del art. 480), ejecuta el hecho bajo circunstancias cualificantes (p. ej., imponiendo un rescate), o si el inducido a un delito (p. ej., a unas lesiones) ejecuta un delito autónomo en relación de «inclusión» (p. ej., un homicidio), el inductor sólo responderá por el *delito básico o menor* (133), a menos que subjetivamente cubriera esta eventualidad. Si la cubre al menos con dolo eventual, obviamente, responderá por el *delito efectiva-*

DRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, objetando que tanto el antiguo art. 50 como el art. 9,4 se refieren a los ejecutores; en el mismo sentido, BERNARDO DEL ROSAL, *La provocación para cometer delito en el Derecho español*, 1986, p. 384, añadiendo que en cualquier caso tras la RPUCP no sería esta solución defendible.

(130) La utilización de esta clase de razones «prácticas» por el TS no es nueva. Así, ya en el tratamiento jurídico de la preterintencionalidad argumentaba en contra de la solución del «concurso ideal» alegando la dificultad de efectuar una «prognosis quod tempus» de las lesiones básicas dolosas.

(131) RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859.

(132) El propio RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, propone esta posible vía.

(133) FRANK (nota 4), p. 123; MEZGER (nota 8), p. 328; WELZEL (nota 23), p. 117; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 308-309; JESCHECK (nota 8), p. 624; STRATENWERTH (nota 11), n. 887 (p. 247); ROXIN, en LK-StGB, § 26. n. 25; CRAMER, en Sch/Sch, n. preliminar § 25, n. 45 y § 26, n. 18; SAMSON, en SK-StGB AT, n. preliminar § 26, n. 39; JAKOBS (nota 10), p. 554; ESER (nota 27), p. 188; WESSELS (nota 11), p. 164; HILLENKAMP (nota 104), pp. 55-56; LETZGUS (nota 4), p. 44; RODRÍGUEZ MUÑOZ (nota 125), p. 328; CÓRDOBA RODA (nota 125), p. 374; MIR PUIG (nota 125), p. 974; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), pp. 512 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859-860 afirma que el inductor únicamente responde por los resultados abarcados por su dolo; RODRÍGUEZ DEVESA (nota 23), p. 821, deriva del principio de culpabilidad que no se responderá por el exceso del ejecutor material cuando sea relevante para el título de implantación; en sentido diverso, FERRER SAMA (nota 4), p. 53-54, proponía con la anterior legislación la aplicación de las reglas del antiguo artículo 50 y del artículo 9,4, en un sentido análogo a como las interpretó Silvela para la preterintencionalidad; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, 2 ed., 1902, p. 610, describiendo los códigos de Paraguay y Portugal, parece como si estimase deseable una mínima previsibilidad subjetiva.

mente ejecutado. Ahora bien, si la entrada de esta cualificación hubiera sido prevista subjetivamente de forma culposa se tendría que afirmar una responsabilidad por *inducción consumada dolosa respecto al tipo básico en unidad de hecho con autoría accesoria imprudente respecto al delito más grave*, en la medida en que ésta sea punible (134).

En esta materia uno de los problemas básicos en constatar el *abánico de posibilidades fácticas que son cubiertas subjetivamente por el inductor*. La «praxis» muestra que en ocasiones el inductor «configura» «comunicativamente» una «resolución» en el inducido, que admite más de una posibilidad de ejecución «congruente» (sirva de muestra la sentencia que aquí se comenta). Ciertamente, no es en este ámbito infrecuente el que se provoque una resolución en el inductor que contenga múltiples variantes de realización (normalmente de menor a mayor gravedad) (135). En efecto, como señalábamos al principio (136), el influjo psíquico configurador de la resolución, característico de la inducción, se propaga necesariamente por medios comunicativos. Estos medios, normalmente verbales, aunque no se excluye el empleo de otra clase de signos (escritos, actos concluyentes), transmiten al inducido el «mensaje instigador». Sin embargo, su contenido semántico no es directamente «traducible» en calificaciones jurídicas. Ello genera, en principio, dos clases de problemas. Por una parte, será fuente de posibles supuestos de *error* (137). Y, por otra, la que aquí interesa, obligará a delimitar ya en este ámbito

(134) Así, en Derecho alemán, debido a que se sostiene un concepto unitario de autor respecto a los delitos imprudentes: vid., p. ej., WELZEL (nota 23), p. 122; MONTENBRUCK (nota 8), p. 331; RODRÍGUEZ MOURULLO (nota 4), p. 859, nota 77, señala que no puede negarse radicalmente esta opción en Derecho español; defiende esta solución, GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513. Entiendo que, aunque se admita la inducción a un hecho imprudente, esta es la solución correcta también en Derecho español. Ciertamente, la accesoriadad no debe entenderse únicamente como una relación de referencia jurídica, sino como una relación de referencia «fáctica» que tiene consecuencias «jurídicas». Ello permite que, en estos casos, puesto que el hecho efectivamente realizado (doloso más grave) «contiene» el propuesto por el inductor (doloso menos grave, en relación de «inclusión»), se admita la participación por inducción dolosa consumada respecto al menos grave, pues éste también se ha «realizado». Sin embargo, impide que se hable de inducción a un hecho imprudente que ni se ha cometido, ni está contenido por el hecho efectivamente ejecutado (que es doloso). De mantener una concepción del principio de accesoriadad exclusivamente apegada a la idea de «unidad de título de imputación», ello nos conducirá a tener que afirmar, o bien una tentativa de inducción respecto al «delito» menos grave, puesto que «éste» no se ha «realizado» (?), o bien una inducción al delito más grave efectivamente realizado aunque *no concurren* los exigibles presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal (?) (p. ej., la aplicación de las reglas ya superadas de la preterintencionalidad en su interpretación clásica (antiguo art. 50/art. 9,4 o la analógica), aplicando este último de forma cualificada o muy cualificada...).

(135) ROXIN, en LK-StGB, § 26, n. 9 y SAMSON, en SK-StGB AT, § 26, n. 7, ponen de manifiesto que es posible la inducción a hechos alternativos.

(136) Vid. *supra* III-1, 2.

(137) Por ejemplo, si el receptor interpreta falsamente el contenido semántico de un mensaje inductivo (utilización por el emisor de argots o lenguaje técnico desconocido por el destinatario, o viceversa) —por exceso o por defecto—. Pone de manifiesto cuestiones análogas: OTTO (nota 23), p. 560.

las *variantes de ejecución* que *objetivamente* se derivan del mensaje utilizado. Así, por ejemplo, si el inductor le transmite al inducido mensajes del tipo siguiente: «consigue el objeto cueste lo que cueste», «a toda costa», «a cualquier precio», la dificultad principal radicará, en primer momento, en determinar «objetivamente» el abanico de posibilidades de realización de la resolución provocada. Como cuestión previa, el juez deberá constatar en el contexto situacional dado el alcance posible de tal mensaje, que aquí bien puede abarcar objetivamente desde un hurto, pasando por un robo, hasta unas lesiones o incluso un homicidio (138). En estos casos (y en otros que presenten características análogas), la ejecución de cualquiera de estas posibilidades debería considerarse objetivamente congruente. Únicamente cuando hayamos delimitado «lo» objetivamente imputable, debaremos pasar a analizar si el inductor abarcó subjetivamente todas estas variantes —la exigible congruencia subjetiva deberá analizarse bajo los criterios generales del dolo, teniendo en cuenta especialmente sus diferentes formas de «aparición»— (139). En todos estos casos, siempre que el mensaje instigador permita a través de su «interpretación» el configurar un hecho o múltiples variantes del mismo «individualizables», estaremos ante supuestos de inducción (140). Así, una vez constatado el alcance objetivo de las posibles variantes, sólo quedará por probar que concurría en el inductor la exigible congruencia subjetiva (141) en el momento en el que su conducta configuró tal resolución.

V

1. Hasta aquí, la sentencia a propósito de la cual hemos realizado el presente comentario nos ha brindado la oportunidad de efectuar una serie de reflexiones sobre algunos de los puntos conflictivos de la inducción a delito. En ella, el Tribunal Supremo ha tenido la ocasión de ocuparse de aspectos de gran relevancia en el ámbito de esta figura, constituyendo, su contribución, una importante aportación de nuestra jurisprudencia a la profundización de los siempre oscuros problemas de la participación delictiva. Ahora ha llegado el momento de señalar, en una anotación concreta del supuesto de hecho, que

(138) Como pone de relieve MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (nota 8), p. 310.

(139) Será de gran utilidad para la resolución de estos casos el tener presente figuras como las del dolo «alternativo», dolo «cumulativo», dolo «cumulativo» con indeterminación cuantitativa, etc. Sobre éstas, vid., con profunda amplitud, SILVA SÁNCHEZ (nota 44), *passim*, sobre todo, pp. 356 y ss (y las referencias que este autor hace a JOERDEN, *Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Voratz. Zugleich eine Grundlegung zum Problem des dolus alternativus*, ZStW 95 (1983), pp. 565-605.

(140) Vid., *supra* nota 135.

(141) Sobre el momento en el cual debe producirse esta congruencia «subjetiva», vid. nota 65. Cfr., sin embargo GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 513, que admite la posibilidad de que el dolo se «actualice» durante la ejecución.

además, a nuestro juicio, el Tribunal Supremo ha resuelto el supuesto de hecho concreto con acierto.

2. En el supuesto de hecho de la presente sentencia destacan los siguientes puntos: respecto a la primera fase de la inducción, la cuestión de si afirmaciones del tipo «darle un escarmiento para que se marchara de la ciudad...» completadas por «pegara a la tal Amadora para así asustarla y que se marchara de la ciudad...» poseen el grado de «concreción» suficiente para la inducción, así como su alcance objetivo; y, respecto a la segunda fase, la cuestión de los presupuestos objetivos y subjetivos exigibles para que se pueda imputar al inductor lo realizado por el inducido, la cuestión de si la resolución provocada por la inductora se «corresponde» con lo ejecutado por el inducido (aquí, el inducido, además de causar unas lesiones graves, «aprovecha para tener contacto carnal con la agredida»).

Conforme a los criterios que ya hemos descrito, no existe problema en afirmar que en el presente caso la inductora provoca la resolución de cometer un hecho «concreto-individualizable» en su «configuración» (142). El problema radica, como también hemos señalado, en que la utilización de tales expresiones genera la cuestión de tener que delimitar el abanico de variantes de realización fáctica que «objetivamente» deberán considerarse «congruentes» con la resolución provocada (143). Es ésta una cuestión «de hecho» que debe ser resuelta por el Tribunal de instancia, atendiendo a cuantos elementos «situacionales» permitan a través de su «interpretación» «individualizar» el alcance de tal expresión. El Tribunal Supremo llega a la convicción, basada, tanto en el «contexto» de este tipo de delincuencia, como en la consulta de los autos, que tal expresión, si bien alcanzaba el «señalar» la cara de la víctima (144), no abarcaba, en cambio, el «contacto carnal» también cometido (145). Sin olvidar el respeto al «principio de inmediación» y atendiendo a los datos que se derivan de la descripción fáctica, debemos respetar la convicción del Tribunal. En este punto, respecto a las lesiones causadas, nos limitaremos aquí a señalar que normativamente el mensaje instigador posee el grado de concreción exigible en la inducción y que el «método» seguido en la individualización de las variantes fácticas es correcto (ciertamente, las variantes de tal expresión pueden alcanzar desde unas lesiones leves a unas graves). Respecto al «contacto carnal» la cuestión aún es más clara. Aquí, la actuación del autor reviste los caracteres del llamado «cambio de dolo» del inducido. En efecto, como queda constatado en hechos probados, fue *durante* la ejecución cuando el inducido pensó en *aprovechar* la oportunidad para tener «contacto car-

(142) Vid. *supra*, II, III-2, 5, V.

(143) Vid. *supra* IV, 6.

(144) Vid. el Fundamento de Derecho número cuatro de la sentencia (A. 4998, pp. 4789-4790).

(145) Igual que la nota anterior.

nal» con la víctima. Ello excluye que podamos ver en este punto la actuación del inducido como la ejecución objetivamente «congruente» de la «resolución» «provocada», sino que más bien constituye un supuesto de formación independiente y espontánea de «nueva» resolución (146). Es correcta por tanto la exención de responsabilidad que afirma el Tribunal Supremo respecto a esta parte de la ejecución (147) (el TS lo califica de exceso «cualitativo»).

Puesto que las lesiones causadas si que son objetivamente atribuibles a la resolución provocada por la inductora, sólo quedará por constatar si asimismo concurre la exigible «congruencia subjetiva» (148), esencial para afirmar la responsabilidad por inducción «completa». Aquí, el Tribunal llega a la convicción (hechos probados) de que la inductora por lo menos abarcó con dolo «eventual» el grado más alto de lesiones causadas (cubiertas —dice— «in genere»), por lo que en su opinión, no se puede hablar de un exceso «cuantitativo». Respetando también aquí la cuestión «de hecho», únicamente cabe indicar que, en este caso, como no existe una inducción con una sola variante de ejecución, sino con varias variantes de ejecución (de mayor a menor gravedad), el Tribunal debe haber constatado que el dolo del inductor (en cualquiera de sus modalidades) alcanza hasta el grado en cuestión. Si esto es así, no existirá reparo alguno en afirmar la responsabilidad por inducción «completa» (149). Por el contrario, si hubiera existido previsibilidad subjetiva culposa respecto al grado de lesiones más grave, debería estimarse más apropiada, a nuestro juicio, como ya se ha señalado, la solución del concurso (150).

(146) Vid. *supra* IV, 4.

(147) En esta fase, el inducido renuncia al «yacimiento» pretendido ante la manifestación de la víctima de que tenía la menstruación cuando ya había realizado actos ejecutivos (actos de fuerza, tender a la víctima en la cama, desnudarla, maniatarla...), pasando a cometer una «penetración anal». Como quiera que con anterioridad a la última reforma de nuestro CP, la «penetración anal» se calificaba como abusos deshonestos, aquí el supuesto fáctico plantea el problema de analizar la posible relevancia de tal «renuncia» como desistimiento voluntario. Puesto que el Tribunal condena por abusos deshonestos consumados, cabe pensar, aunque nada mencione al respecto, que le concede relevancia. De lo contrario, debería haber calificado los hechos como tentativa de violación. En cualquier caso, actualmente ello carecería de relevancia, puesto que la última reforma ha equiparado típicamente el «yacimiento» y la «penetración anal». Por ello, tal «renuncia» debería verse como desistimiento de una modalidad típica para cometer otra de sus alternativas típicas, esto es, como un desistimiento irrelevante para la calificación.

(148) Vid., *supra*, IV, 6.

(149) Vid., *supra*, IV, 6.

(150) Vid., *supra*, IV, 6. Por otra parte, cabe señalar que conforme a la nueva regulación del delito de lesiones, si en el futuro se interpretase el artículo 420,2 como un delito cualificado por el resultado, deberá exigirse que concorra en el inductor la exigible dualidad: dolo respecto a las lesiones/culpa respecto a las consecuencias «directas» más graves. Sobre ello, en este ámbito, cfr., ampliamente, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, 1966, pp. 308 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO (nota 4), pp. 859 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ (nota 4), p. 511.

