

En los límites de la inducción

Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Universidad Complutense de Madrid

Abstract*

El trabajo analiza la figura participativa de la inducción, principalmente desde las nuevas perspectivas reinantes en la dogmática de la autoría y participación, así como desde los postulados de la imputación objetiva. En primer lugar, pues, si la inducción debe merecer la misma pena que la autoría. Para este análisis, son sometidas a debate las nuevas concepciones sobre la autoría en general, y sobre la intervención delictiva en organizaciones jerarquizadas, en particular, que últimamente vienen siendo sostenidas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Este análisis, además de la perspectiva de la imputación objetiva, debe ser trazado desde la comparación de la inducción con otras figuras de intervención, como la autoría mediata, la cooperación necesaria o la complicidad psíquica. También son tratadas cuestiones muy específicas de la tipicidad de la inducción, como la homogeneidad que debe existir entre lo inducido y lo ejecutado por el autor, así como la figura del omnimodo facturus, y las subcategorías de las denominadas transinducción, infrainducción y sobreinducción. Un último epígrafe expone las relaciones de la inducción y la comisión por omisión. En definitiva, el trabajo trata de revisar los aspectos más problemáticos de la figura de la inducción, a la luz de las nuevas corrientes en las categorías dogmáticas con las que guarda concomitancia, a los efectos de lograr una unificación de esta figura participativa con el resto de las categorías generales de la teoría jurídica del delito. Un amplio resumen de conclusiones que sometemos a debate científico se encuentra al final del trabajo; allí nos remitimos.

Der Aufsatz analysiert, von dem Standpunkt neuerer Ansichten der h.L. bzgl. Täterschaft und Teilnahme und der Prinzipien der objektiven Zurechnung aus, die Anstiftung als Form der Teilnahme. Zunächst wird untersucht, ob das Strafmaß der Anstiftung derjenigen der Täterschaft entsprechen sollte. Hierfür werden die neuen Konzepte der Täterschaft im Allgemeinen sowie insbesondere der Beteiligung an Straftaten in Rahmen von hierarchischen Strukturen, die in letzter Zeit in Lehre und Rechtsprechung vertreten werden, diskutiert. Die Untersuchung kann, abgesehen von der objektiven Zurechnung, nur vor dem Hintergrund eines Vergleichs zu anderen Formen der Beteiligung wie der mittelbaren Täterschaft, der zwingenden Beihilfe und der psychischen Beihilfe skizziert werden. Darüber hinaus werden auch spezifische Probleme des Tatbestands der Anstiftung, z.B. die Akzessorietät zwischen Haupttat und Anstiftung, die Figur des omnimodo facturus und Unterformen wie die Aufstiftung, die Abstiftung und die Kettenanstiftung behandelt. Im letzten Absatz wird das Verhältnis von Anstiftung und Unterlassen erläutert. Letztenendes beleuchtet der Aufsatz die problematischten Aspekte der Anstiftung parallel zu neueren dogmatischen Strömungen, um so diese Teilnahmeform mit der allgemeinen Deliktslehre in Einklang zu bringen.

The paper studies the figure of incitement, from the nowadays prevailing perspectives in the perpetration and participation dogmatic, as well as from the postulates of the objective imputation. In the first place, it is to be ascertained whether incitement deserves the same punishment as direct perpetration. To this aim the new conceptions lately holded by academics and case law about perpetration, in general, and about criminal intervention through hierarchical organizations, in particular, are brought up for discussion. This analysis, in addition to the perspective of the objective

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación de la UNED que sobre las reformas penales y procesales ha sido dirigido por el Prof. Dr. D. Luis Rodríguez Ramos, con número de referencia SEJ-2007-66573.

imputation, has to be conducted through the comparison of incitement with other intervention figures, such as the indirect perpetration, the aiding or abetting or the psychological complicity. The paper also deals with very specific questions of the elements of incitement, like the homogeneity that has to exist between what is incited and what is executed by the direct perpetrator, the figure of the omnimodo facturus and the subcategories of the so called transincitement, underincitement and overincitement. A last epigraph explains the relations between incitement and inauthentic omissions (also known as commission by omission). To sum up, the paper tries to revise the more problematic aspects of the incitement figure in the light of the new trends in the dogmatic categories with which it is concomitant, in order to reach the unification of this participation figure with the remaining general categories of the legal theory of crime. A comprehensive summary of the conclusions that are brought up for scientific discussion can be found at the end of the paper.

Title: In den Grenzen der Anstiftung.

Titel: Patrolling the borders of incitement.

Palabras clave: Inducción, cooperación necesaria, autoría mediata, *omnimodo facturus*, autoría y participación, organizaciones jerarquizadas, complicidad psíquica, reforzamiento del dolo.

Stichwort: Anstiftung, zwingenden Beihilfe, mittelbare Täterschaft, *omnimodo facturus*, Täterschaft und Teilnahme, hierarchischen Strukturen, physische Beihilfe, Verstärkung des Vorsatzes.

Keywords: Incitement, aiding or abetting, indirect perpetration, *omnimodo facturus*, perpetration and participation, hierarchical organizations, psychological complicity, intention reinforcement.

Sumario

1. Los hechos probados de una condena por inducción, a modo de introducción
2. La expansión del concepto de autor y la punibilidad del inductor
 - 2.1. ¿Igual pena para autor e inductor?
 - 2.2. Inducción y prohibición de regreso
 - 2.3. De la inducción a la autoría
 - 2.4. Organizaciones violentas jerarquizadas e inducción
 - 2.5. Propuesta
3. Primera cautela: determinación al hecho y homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado
4. Segunda cautela: la figura del *omnimodo facturus*
 - 4.1. Tendencia al delito y *omnimodo facturus*
 - 4.2. Renovaciones del dolo del autor
 - 4.3. *Omnimodo facturus* y simultaneidad del comportamiento “inductivo” y el hecho “inducido”
5. Tercera cautela: ¿es el *omnimodo facturus* un cómplice psíquico?
6. Cuarta y última cautela: inducción y omisión
7. Resumen de conclusiones
8. Tabla de jurisprudencia
9. Bibliografía

1. Los hechos probados de una condena por inducción, a modo de introducción

1. Comencemos con los hechos probados de una sentencia del Tribunal Supremo, la cual, como las próximas páginas pondrán de manifiesto, arroja un sinfín de cuestiones abiertas y muy polémicas sobre la figura de la inducción:

“Los procesados Abel, Juan de Dios y Elena, todos ellos mayores de edad, y sin antecedentes penales, quedaron en la madrugada del 30 al 31 de julio de 2003 en que los dos últimos recogerían al primero en su domicilio, desplazándose los tres a la Cafetería A. de la ciudad de Elche, donde todos ellos tomaron tres cervezas. Habiendo salido en la conversación el tema de la necesidad de dinero por parte de Abel, Elena informó a los otros dos procesados que conocía una persona a la que podrían sustraérselo, para lo que se puso en contacto por teléfono, con el fallecido Pedro, acordando ella con él que iría seguidamente a su domicilio a verlo, a lo que éste accedió, dado que la conocía desde hacía años. Al fin propuesto, los tres procesados, de común acuerdo, y con ánimo de ilícito beneficio, se dirigieron en el vehículo de Juan de Dios, sobre las 2:45 horas del día 31 de julio de 2003, a la vivienda de Pedro, quien la estaba esperando y le abrió la puerta. Elena previamente había acordado con Abel y Juan de Dios que les facilitaría la entrada al edificio, sacándoles al rellano de la vivienda de Pedro, el dinero que encontrara, circunstancia que aprovecharon los dos procesados para introducirse en el interior de aquél. En la entrada de la vivienda, sin que conste la forma en que se produjo el apercebimiento del fallecido de que algo pasaba, estando la puerta de la vivienda cerrada, Pedro la abrió y salió al rellano, donde Abel y Juan de Dios le conminaron a entregarles el dinero que tuviera en su poder. Ante su negativa, se inició un forcejeo en el curso del cual Abel, que portaba una navaja, de más de 10 centímetros de hoja fina y afilada por un solo lado, le causó un corte en el hombro izquierdo, herida que no era mortal, pero sí que le causaba un fuerte derrame de sangre, a la vez que le exigía la entrega del dinero que portaba, en presencia de Juan de Dios, quien inmediatamente al ver este hecho, bajó por las escaleras, esperando el desenlace de la situación, en su coche que se hallaba en las proximidades, desentendiéndose de lo que después pudiera suceder.

Amilanado por la agresión, Pedro se prestó a entregar el dinero que tuviera en la vivienda a Abel, para lo que se dirigió al salón, donde tras coger una pequeña caja de madera en que lo tenía guardado, se la tiró a Abel para intentar disuadirle, abalanzándose sobre el mismo para intentar reducirlo, yendo ambos al suelo y forcejeando por la posesión de la navaja, que se le había caído a Abel, éste volvió a recuperarla, consiguiendo Pedro en la pelea sujetarlo por el cuello por detrás, momento en que Abel, mientras Elena, en el interior de la vivienda, viendo la escena, le incitaba diciéndole, "pínchale, pínchale", comenzó a dar a Pedro navajazos hacia atrás, que le entraron en axilas y cavidad abdominal, de las cuales dos, de no haber sido asistido con una cierta inmediatez, le hubieran causado la muerte en corto periodo de tiempo. Igualmente éste recibió diversas heridas en la cara y en el pabellón auricular. De esta forma Abel se soltó, y ya frente a frente, le propinó una última cuchillada a Pedro, a la altura del corazón, que le causó la muerte en posteriores escasos minutos. Al ver esta situación, Abel cogió el dinero que estaba esparcido en el suelo, y tras

introducirlo en la caja, 1.980 € en metálico, se fue con ella, saliendo de la vivienda, y tras subir en el coche de Juan de Dios que estaba abajo, ambos abandonaron el lugar, dirigiéndose a casa de éste último. En la pelea Abel sufrió varias heridas, causadas al pelear con Pedro por hacerse con la navaja cuando cayó ésta al suelo. Pedro seguidamente pudo llegar y entrar a su dormitorio, donde falleció tras la puerta, que con su peso quedó cerrada. Elena, entonces, abandonó la vivienda. Abel, Juan de Dios y Elena fueron detenidos al día siguiente, como resultas de las pesquisas policiales”.¹

2. La Sala de instancia, entre otros pronunciamientos del fallo, condenó a Elena, al igual que a Abel, por un delito de homicidio, siendo él considerado autor, y ella *inductora*, imponiendo a ambos la misma pena de 13 años de prisión por la muerte, y 5 años más por el delito de robo. Además, la propia sentencia a renglón seguido presentaba una alternativa de punibilidad respecto de Elena, señalando que para el caso –según se reconoce– “*de que así no se pudiera entender*” –es decir, que no concurriera la inducción al delito de homicidio–, Elena no obstante se habría hecho punible como *autora* de un delito de homicidio en comisión por omisión.

Tras el correspondiente recurso de casación por parte de las defensas, el Tribunal Supremo mantuvo el pronunciamiento de condena, si bien con inclusión de alguna argumentación nueva, que será analizada –igual que la del tribunal de instancia– en las próximas páginas.

3. Con la excusa argumental de este supuesto de hecho, es nuestro deseo analizar, en general, algunas cuestiones que entendemos muy polémicas de dicha figura participativa, máxime teniendo en cuenta la evolución natural de la teoría de la autoría y participación desde las ya lejanas fechas de publicación de las dos importantes monografías que, entre otras obras, ha producido la doctrina española sobre la materia (GÓMEZ RIVERO y OLMEDO CARDENETE).²

2. La expansión del concepto de autor y la punibilidad del inductor

2.1. ¿Igual pena para autor e inductor?

1. En un sentido similar a otros sistemas de países de nuestro entorno, la inducción en España consiste en determinar “*directamente a otro u otros*” a “*ejecutar*” el hecho antijurídico (art. 28.a] CP).³ Se trata, dicho de una forma breve, de crear el dolo en el autor del delito,⁴

¹ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 28 de marzo de 2007 (sentencia de instancia: Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, n.º 18/2005, 26 de mayo).

² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999.

³ Bibliografía y jurisprudencia, exhaustivo: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Teoría del delito*, v. 2, 2009, pp. 290 y ss.

⁴ Por ello no estamos de acuerdo con la STS de 30 de abril de 2003: inductor de trece delitos contra la Hacienda pública, siendo así que los obligados tributarios (“inducidos”) fueron absueltos por ausencia de dolo; ergo: la sentencia afirma una pretendida “inducción” sin autor inducido (¡) y sin el doble y necesario dolo al que se refiere el texto.

poseyendo a su vez el dolo de que éste consume el hecho (exclusión como inducción del *agent provocateur*).⁵ En palabras de la jurisprudencia, “el inductor es la persona que provoca que otro adopte una resolución de voluntad de llevar a cabo una acción típica antijurídica que no tenía previsto realizar, si no es por la intervención del inductor, que a través de mecanismos psíquicos que inciden sobre el proceso de convicción personal del inducido le han determinado a obrar como lo hizo”.⁶

La penalidad de la inducción es, conforme al citado art. 28.a) del Código Penal, la misma que la del *autor*, a pesar de que el inductor es claramente un *partícipe* en un hecho *ajeno*. En un estadio de fútbol los espectadores, con sus cánticos y gritos, animan e *inducen* a la consecución del gol, pero el tanto lo *ejecuta* un jugador en *coautoría* con los demás miembros del equipo, no los espectadores: por eso, los fichajes millonarios son de jugadores, no de hinchadas, pues no son éstas las consideradas autoras ni coautoras de los triunfos. En cambio, en Derecho penal, a efectos de punibilidad, no parece ser tenido en cuenta realmente que estemos ante algo que precisamente no deja de ser sino una participación en un hecho de otro, y que, por ende, puede que merezca una sanción inferior, siquiera sea mínima o simbólica, en todo caso atenuada respecto del hecho principal.⁷ El reflejo de una *menor culpabilidad* no parece haber sido tenido en cuenta por el legislador.

2. Tal consecuencia de la misma penalidad para autor e inductor, sin afectación del principio de culpabilidad –al menos *prima facie*–, ni dudas de coherencia intrasistémática, probablemente sería posible desde la teoría –muy minoritaria y aquí no seguida– que entiende que el *partícipe* lleva a cabo “un hecho propio”:⁸ si es así, ya es una pura cuestión de política criminal abierta al arbitrio del Legislador, que decida si el inductor, por ese delito *sui generis*, deba tener tal o cual pena, a saber, la misma que el autor, o incluso una superior, pues al fin y al cabo su punibilidad ya no es accesoria, sino independiente de la del autor.

Del mismo modo, la afirmación de la misma penalidad para autor e inductor tampoco sería probablemente problemática para las teorías subjetivas de la participación –las cuales, empero, tampoco son compartidas aquí–, pues su laxitud de conceptos permitiría concluir sin mayores complicaciones que el inductor desea el hecho como autor, aún sin serlo, de

⁵ Cfr. SSTs de 14 de junio de 1993; 2 de julio de 1994; muy restrictivo, pues entiende que no debería ser descartada la posibilidad de dolo eventual, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, p. 385; vid. también, MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, 1995, pp. 161 y ss.

⁶ Por todas, STS de 2 de diciembre de 2008.

⁷ Vid. también, por ejemplo, STS de 10 de abril de 2003 (misma pena a autor e inductor); STS de 2 de diciembre de 2008: autor de asesinato (22 años de prisión [alevosía y ensañamiento]), inductora (18 años [alevosía]).

⁸ Así, como es sabido: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, pp. 532 y ss.; LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 25, 119 y ss. y *passim*. Últimamente, elaborado desde modernas –y distintas– perspectivas basadas en la idea de la autorresponsabilidad, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 117 y ss., 161 y ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 17 y ss., para cuyo sistema también entendemos que se puede decir, *mutatis mutandis*, lo afirmado en el texto, en el sentido de que sin dudas de coherencia intrasistémática bien podría construirse una misma penalidad para autor e inductor. Estado de la cuestión, además de en ROBLES PLANAS, vid. también: MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, 2009, pp. 48 y ss.

modo tal que la pena merecida pueda ser la del autor; es más, incluso la penalidad del verdadero inductor pueda ser mayor que la del autor, el cual a su vez sin obstáculos teóricos podría ser calificado como cómplice (la madre, con *animus auctoris* “induce” a la matrona a ahogar al recién nacido en la bañera, la cual lo hace con *animus soccii* [cómplice] dada la imposibilidad física de la madre de llevarlo a cabo por sí misma).⁹

3. En el ejemplo jurisprudencial que hemos tomado para nuestras reflexiones, la Sala condenó a Elena a la misma pena de 13 años de prisión que al ejecutor material de la muerte, el procesado Abel. Ello desde luego da buena cuenta de lo segura que ha de ser la subsunción en la figura de la inducción frente a otros sistemas de intervención delictiva que prevén una penalidad inferior a la del autor:¹⁰ la pena que conlleva una tal condena como inductora es exactamente igual que si Elena hubiera acuchillado de propia mano a la víctima, como hizo Abel. En la versión de la sentencia, Elena se habría convertido en partícipe por inducción de un homicidio, por haber pronunciado las palabras “pínchale, pínchale”, y ello debería ser perfectamente equiparable, pues, a acuchillar a una persona hasta su muerte.

De este modo, ello arroja una primera incertidumbre que el Legislador ha resuelto de forma aparentemente sencilla, pero que quizás no lo sea tanto: la penalidad de la inducción es igual a la propia de la autoría, pero desde luego puede y debe sorprender que un partícipe deba tener la misma pena que un autor. Si hay algo en toda esta cuestión en lo que reina unanimidad es, precisamente, en que el inductor es *partícipe*, sometido pues a las reglas de la accesoriedad; interviniente, en fin, en un hecho ajeno. La doctrina mayoritaria ha reconocido el problema, desde luego, y señala, aun con dudas ciertamente, que quizás esta identidad punitiva con el autor –a pesar de la falta de dominio del hecho del inductor, habría que encontrarla en la reflexión de que el inductor ha “encendido la mecha” del delito, lo cual compensaría esa falta de dominio, de todas formas.¹¹ Pero ello pone sobre la mesa una nueva cuestión abierta, por no decir que –simplemente– reformula el problema: ¿cuáles deben ser pues los elementos de la inducción para que, en tan alto grado, se produzca dicha compensación?

2.2. Inducción y prohibición de regreso

1. La equiparación punitiva del inductor con el autor, al menos en algunos de sus casos (en los supuestos, como veremos, que no se trata de verdaderas coautorías), parece poco justificada en la actualidad, aun cuando pudo estarlo históricamente¹² –incluso en otra

⁹ Cfr., por todos, crítico, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 289 y ss. (respecto del caso: pág. 322); BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 358 y ss.

¹⁰ La reflexión metodológica la encontramos también en: NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 37 y ss., 33 y ss.; y, para la figura de la cooperación necesaria, igualmente, BOLEA BARDÓN, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, p. 124; en sentido parecido LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 448.

¹¹ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, p. 146; SCHÜNEMANN, «§ 26» en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., Nm. 15.

¹² Vid., sobre los orígenes de la inducción: OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 34 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 62 y ss., 166 y ss.

época fue equiparada la inducción a los supuestos de dominio por coacción o fuerza-. Así, que el inductor deba tener la misma pena que el autor, indudablemente acerca la figura de la inducción a la autoría mediata,¹³ pero en realidad ambas figuras parten de un presupuesto radicalmente distinto: en la autoría mediata, el hombre de atrás utiliza como *instrumento* al hombre de delante, de modo que él es autor (mediato), pues no hay hecho *propio* del hombre de delante. En cambio, en la inducción, el hombre de delante lleva a cabo un hecho *propio* y no es ni mucho menos un mero instrumento en manos del inductor, por mucho que éste último le haya determinado al hecho.

Ello significa, en términos clásicos de imputación objetiva, que existe una suerte de prohibición de regreso¹⁴ en la imaginaria línea que va desde el resultado acaecido hasta el origen último consistente en el riesgo creado por el inductor con su comportamiento determinador, ya que esta imaginaria línea causal (*recte*: de riesgos) se habría visto “interrumpida”, impidiendo un regreso hacia atrás, precisamente por el comportamiento del autor del delito, plenamente imputable y doloso. Esta prohibición de regreso no existe en la autoría mediata, y por ello es lógico que en ella el autor mediato del delito responda como lo que es, un autor de *su propia* obra delictiva; ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha concretado en el resultado, utilizando como instrumento a una persona, la cual, en su cualidad de instrumento, no es distinta que cualquier otro instrumento inanimado (una pistola) o animado (un animal), instrumentos todos.¹⁵

2. La prohibición de regreso puede producirse incluso respecto de la propia víctima, en la autopuesta en peligro: si A induce a B a realizar un disparo a una botella de vino mientras A bebe, siendo así que finalmente el propio A es alcanzado por la bala, la jurisprudencia reconoce que puede haber ausencia de imputación del resultado a B si no ha introducido nuevos riesgos, y ello debido al comportamiento de la propia víctima A, “inductora” del riesgo producido respecto de ella misma, es decir, autopuesta en peligro.¹⁶ De este modo, no se entiende por qué razón dicha prohibición de regreso debería dejar de ser aplicada en los *otros* supuestos de inducción. O, por citar un nuevo ámbito problemático: para la inducción en cadena o inducción a la inducción, también han sido puestos de manifiesto los muchos problemas que existirían para afirmar la punibilidad, desde reflexiones de imputación objetiva, de prohibición de regreso y de responsabilidad por el propio hecho;¹⁷

¹³ Sobre la distinción entre ambas figuras, en general: QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, (con la colaboración de MORALES PRATS), 4ª ed., 2010, pp. 651 y s.

¹⁴ De las excepciones que conoce la prohibición de regreso, ninguna parece justificar este tratamiento igualitario autor/inductor, al que se refiere el texto: cfr., por todos, CARO JOHN, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten-Regressverbot*, 2007, pp. 154 y ss.

¹⁵ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica “trascendencia”», ADPCP, 1998, pp. 319 y ss.; EL MISMO, *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, 2004, pp. 87 y ss.

¹⁶ STS 17 de julio de 1990; vid. también, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1998, pp. 33, 300 y s., y *passim*; cfr., últimamente, REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, 2010, pp. 284 y ss., 298 y ss.

¹⁷ Cfr. SELTER, *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, 2008, pp. 188 y ss., 204 y ss., 210 y ss., 232 y ss., 242 y ss.; ya antes, exhaustivo sobre toda esta problemática de fundamentación, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 428 y ss., 442 y ss., 444 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, pp. 269 y ss., 273; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General*.

aquí los problemas son los mismos, pero sencillamente se presentan de forma más crasa, pues la condición última queda mucho más alejada aún del resultado (inducción a la inducción) que en los supuestos de inducción simple; en otras palabras, el regreso no solo ha de pasar –una vez– del autor al inductor, sino de éste a un nuevo inductor –más remoto–, y de éste en su caso a otro, etc., en cadena, haciendo toda la cuestión más visible aún si cabe.

3. Los anteriores ámbitos hacen surgir, pues, nuevas dudas: parece que deba ser planteada al menos para ciertos supuestos una revisión de la radical y global previsión legislativa de establecer *siempre* para el partícipe inductor la misma pena que para el autor del delito.¹⁸ El autor inducido, no está en manos del inductor, no es ni su instrumento ni su marioneta, y, por ende, el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado no es de forma directa la concreción del riesgo creado por el inductor –no es *su* obra–, sino la concreción del riesgo creado por el autor. Ello parece que debiera tener alguna significación en la pena. Y la mejor prueba de ello es que si el “autor” finalmente no lleva a cabo el hecho, el pretendido inductor o bien no responde, o bien responde con una significativa reducción de la pena, pero no ya por la inducción a un delito, como es sabido, sino por una suerte de “tentativa” de ello, excepcionalmente regulada (proposición al delito, art. 17.2 CP).¹⁹

2.3. De la inducción a la autoría

1. La explicación histórica de que la inducción tenga prevista la misma pena que la autoría, a pesar de ser indudablemente una forma de participación, y a pesar de la indudable suerte

Teoría del delito, v. 2, 2009, p. 295; rechazan la posibilidad de una inducción en cadena, de la mano del elemento típico “directamente”: MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., 2008, pp. 415 y s.; MELENDO PARDOS en GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2011, pp. 394 y s.; PÉREZ ALONSO en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, p. 736; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966, pp. 331 y s., 323 y ss.

¹⁸ Ya desde OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 373 y ss., o, en Alemania, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/31; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, 1998, pp. 417 y s.; CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal» en EL MISMO, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, p. 341; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 144.

¹⁹ Punibilidad como proposición (art. 17.2 CP): por todas, SSTs de 25 de julio de 2003 y 29 de noviembre de 2002. También: BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 384, 386; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., 2008, pp. 411; en detalle, sobre las distintas posiciones doctrinales, DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *CPC*, 1990, pp. 104 y ss., 107, distinguiendo al efecto entre la inducción a través de los medios de comunicación y la relativa a medios interpersonales; EL MISMO, *La provocación para cometer el delito en el Derecho Penal español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal)*, 1986, pp. 115 y ss., 128 y ss., 145 y ss., 275 y ss.; en el mismo sentido, BARBER BURUSCO, *Los actos preparatorios del delito*, 2004, pp. 201 y ss., quien, frente a aquellos que reservan la figura exclusivamente para el proponente futuro coautor [COBO/VIVES, GIMBERNAT, (REBOLLO VARGAS, *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, 1997, pp. 49 y ss.), CAMPO MORENO], afirma que la misma engloba también los supuestos de inducción no seguida de realización del delito (con MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, BUSTOS/HORMAZÁBAL, CEREZO; ya desde: CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, 1978, pp. 152 con nota 28, 175, vid. también pp. 189 y ss.). Asimismo, considera que la tentativa de inducción es impune: Díez RIPOLLÉS, *Derecho penal español, Parte General. En esquemas*, 2007, p. 356; en contra, MELENDO PARDOS en GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2011, p. 394.

de prohibición de regreso que la preside –el propio comportamiento del autor–, probablemente esté en el hecho de que hasta fechas bien recientes mediante la inducción trataron de ser cubiertos casos que no eran sino *de verdadera autoría*.

Así, por un lado, fueron calificados como de inducción ciertos supuestos que hoy encajarían perfectamente en la autoría mediata –ya expresamente regulada desde 1995– y, por otro, también eran subsumidos en la inducción casos de la denominada “autoría intelectual”, en los cuales la teoría formal objetiva de la autoría, muy asentada en la doctrina –aún hoy–²⁰ y otrora en la jurisprudencia, impedía que tales supuestos pudieran ser calificados como de autoría, pues ni el denominado “autor intelectual”, ni el autor mediato habrían *ejecutado* el hecho –los elementos del tipo– personalmente. En definitiva, se trataba de supuestos que requerían la misma penalidad que para el autor –¡pues en realidad eran de autoría!–, los cuales, empero, eran calificados dudosamente como de inducción a los efectos y por los motivos apuntados: lograr esa penalidad deseada, que las teorías de la autoría al uso parecían no permitir; en otras palabras, era lógico también que fuera asignada a esa “inducción” –que no lo era– la misma pena que correspondía a lo que era: ni más, ni menos, que la pena de la autoría.

Esa necesidad, hoy día, ha desaparecido, pues doctrina y jurisprudencia distinguen perfectamente entre inducción y autoría mediata. Y, por lo que respecta al segundo grupo de casos, los de la denominada “autoría intelectual”, hoy día tampoco habría necesidad de negarles su cualidad de supuestos de (co)autoría, pues la figura de la *Urheberschaft* de Binding y otras parecidas, que bien podrían equipararse a la “autoría intelectual” (entre otros: para el supuesto particular de los delitos especiales), no alcanzaron asiento doctrinal y la problemática a la que trataban de dar solución fue resuelta de forma diversa por la doctrina.²¹

2. Lo mismo sucede, y ello ya no históricamente, sino en jurisprudencia más próxima, con otras figuras en las que, de nuevo, en ocasiones, se desea estar ante una “inducción”, pero que en realidad materialmente son de autoría. En el supuesto de un Alcalde que se dirigió desde el balcón del Ayuntamiento a unos manifestantes tras una pancarta con el lema “*Ladrones y asesinos fuera del pueblo*”, asegurando “*que las próximas movilizaciones que se realicen (podrían) ser más violentas*”, y comenzando a dar nombres y apellidos de personas que consideraba delincuentes y a quienes había que echar del pueblo, etc., pese a que alguna acusación mantenía que el Alcalde debía ser condenado como inductor de los daños producidos en las casas de los mencionados, el Tribunal Supremo resolvió acertadamente que procedía la figura del autor detrás del autor, es decir, sentenció sin necesidad de recurrir a la inducción, y teniendo en cuenta que eran autores tanto los hombres de delante, como el Alcalde, el hombre de atrás: “*La cuestión no ofrece dudas: es claro que no es posible saber si el Alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo*

²⁰ Cfr. GÓRRIZ ROYO, *El concepto de autor en Derecho penal*, 2008, pp. 417 y ss., 437 y ss., quien, desde las bases de dicha teoría, concluye la imposibilidad precisamente de un concepto general de autor; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 411 y ss.

²¹ Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 200 y ss., 156 y ss.

*inductor; sin embargo, dado que el Alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se lo debe considerar como autor mediato de los daños. (...) La utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, (...), constituye en las circunstancias del caso un verdadero dominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del autor detrás del autor, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. (...) Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo (...)”.*²² Obsérvese, pues resulta realmente llamativo, que incluso esta forma de resolver fue precisamente descartando la inducción, es decir, en este caso la figura de la autoría –supuestamente más restrictiva– fue más amplia que una mera forma participativa.

3. Los intentos de la literatura científica por demostrar que en gran medida existe autoría frente a la más generalizada afirmación de la autoría mediata, o, en su caso, de la inducción, tienen años. A mediados de los sesenta ya se produjeron los primeros intentos, y así SCHROEDER,²³ en su “*Autor detrás del autor*”, desde luego no por casualidad teniendo en cuenta el tema que estaba abordando, ya proponía una clara distinción autor (en su caso: detrás del autor) frente al inductor, y, de *lege ferenda*, una aminoración de la pena –obligatoria o facultativa– para el inductor respecto de la pena del autor. La problemática no era nueva, pues un par de años antes²⁴ ya también había sido mantenida la tesis de que la figura de la autoría mediata en casos de actuación conforme a derecho por parte del instrumento, era superflua, reconduciendo la responsabilidad, simplemente, a la autoría. Pues bien, últimamente,²⁵ también en este contexto se han visto renovados los trabajos que pretenden suprimir la necesidad de afirmar autoría mediata en el supuesto del instrumento no cualificado o sin el ánimo especial que requiera el tipo subjetivo.²⁶ En pocas palabras, parece que la tendencia de la doctrina es firme a restringir la figura de la autoría mediata en favor de la autoría, lo cual, como hemos apuntado *supra*, allana el camino para que supuestas “inducciones” sean consideradas también verdaderas autorías, y, con ello, se

²² Cfr. STS 2 de julio de 1994; MELENDO PARDOS en GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2011, p. 363. Crítico, MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista Penal*, (9), 2002, nota 76 en pp. 97 y s. (quien, dejando de lado esta puntual crítica, muestra en su exhaustivo trabajo las amplias posibilidades de imputación a título de autor *vs.* participación en ámbitos de organizaciones jerarquizadas, criminales o no, tal y como sostenemos también nosotros en el texto); OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 643 y ss. (ni autoría, ni inducción: “provocación eficaz” del art. 18 CP); GIL Y GIL, «El caso español» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 89 y ss.; al respecto, también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, 2004, pp. 13 y ss., 43 y ss.

²³ SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, pp. 202 y ss.

²⁴ HARTMUT, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässigem Handeln des Werkzeuges. Ein Scheinproblem*, 1963, pp. 44 y ss. y *passim*.

²⁵ LOTZ, *Das “absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug”: Ein Fall der mittelbaren Täterschaft? Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur*, 2009, pp. 599 y ss., y *passim*.

²⁶ Para quienes quieran mantener que tales especiales ánimos subjetivos son posibles y necesarios dogmáticamente.

produzca una reserva de la inducción a verdaderos supuestos participativos, con la consiguiente aminoración de la pena.

4. Para el ámbito de los consejos de administración y, en general, del derecho penal de los negocios, la situación es similar: también recientemente la doctrina científica²⁷ ha tratado de demostrar que en la discusión sobre la autoría y participación, ni es necesaria la figura de la inducción (en el sentido de que los directivos no son “inductores” respecto de los puestos intermedios o del resto de los trabajadores), ni la construcción de la autoría mediata, sino que los criterios de asignación de responsabilidades pueden moverse perfectamente en un contexto de imputación objetiva y quedar cubiertos directamente mediante las figuras de la coautoría o del autor detrás del autor, respectivamente, ambas entendidas en sus respectivas concepciones más modernas, es decir, desde la dogmática de la concreción de riesgos y la imputación objetiva. Últimamente también ha sentenciado así el Tribunal Supremo, en este mismo ámbito de los negocios, respecto del director de una entidad bancaria como autor de una denuncia falsa presentada por otros: “no existe ninguna razón de peso para excluir la responsabilidad penal [como autor] del superior que conoce la ejecución del acto antijurídico del inferior, cometido, tanto dentro del ámbito de las funciones de este último como de las facultades de supervisión del superior y, pudiendo hacerlo, no ejerce sus facultades de control o no actúa para evitarlo”.²⁸

Es más: si la numerosísima doctrina que se ha ocupado de la prohibición de regreso y de las acciones neutrales, lo ha hecho precisamente para establecer límites normativos a las diversas formas de participación criminal (también a la inducción), de modo que un comportamiento que carezca de sentido delictivo unívoco pero que sea aprovechado por un tercero (el autor), de todas formas no conlleva responsabilidad participativa,²⁹ no se entiende por qué cuando sí tiene sentido delictivo, aquí entonces el comportamiento del tercero (el autor) no debiera tener repercusión alguna en el juicio de imputación al partícipe; antes bien, parece que sí deba tener esa repercusión, desde luego, en el sentido apuntado: si hay verdadera inducción, no es el riesgo creado por el inductor el concretado directamente, luego debe existir una aminoración de la pena para el inductor, por respeto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, y, como ahora vemos, por respeto a las bases de la imputación objetiva.

5. En el futuro probablemente la teoría del dominio del hecho pase a mejor vida, pero no va a ser sustituida por una diferenciadora doctrina de la autoría y la participación (incluida la inducción), sino que es de augurar que sea sustituida por una doctrina normativista de la imputación³⁰ y de la posición de garante, según la cual el garante será siempre autor, y el

²⁷ CORELL, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Mitwirkung an Kollegialentscheidungen auf der Leitungsebene von Wirtschaftsunternehmen bei vorsätzlichen Begehungsdelikten*, 2007, pp. 57 y ss.; ya antes, MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (9), 2002, págs. 74 y ss.; en parte, también, PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *Revista Penal*, (9), 2002, pp. 106 y ss., 113 y ss.

²⁸ STS de 24 de febrero de 2011.

²⁹ Estado de la cuestión con amplias referencias doctrinales, en MIRÓ LLINARES, *Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, 2009, pp. 63 y ss.

³⁰ ROTSCH, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft, 2009, pp. 421 y ss., 432 y ss.; MARLIE, *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, 2009, pp. 43 y ss., 180 y ss. En cierta medida, en dicha

cómplice y el inductor una verdadera excepción, con reducción de la pena: porque la cuestión de la intervención delictiva, con JAKOBS, no es una cuestión de categorización típica, sino de medición de la pena.

La legislación y la jurisprudencia ya transitan en gran medida este camino, como también ha puesto de manifiesto ROTSCH.³¹ En España son cada vez más numerosos los tipos de la Parte Especial que hacen tabla rasa de las distinciones contenidas en los arts. 28 y 29 del Código Penal, y cuyo tenor literal –o bien la interpretación que de ellos se hace–, conduce a tener que afirmar en su caso, *a la vez*, imputación y autoría: blanqueo de capitales, delito contra la salud pública, en general los delitos de infracción de deber para el obligado especial,³² delitos imprudentes, delitos propios de omisión, etc. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en sus arts. 25 y 28, dedicado a la “*responsabilidad penal individual*” y a la “*responsabilidad de los jefes y otros superiores*”, no parece querer dejar margen a muchas distinciones: lo relevante es la imputación, por encima de la autoría o participación, pues en gran medida son equiparadas en dichos preceptos todas las figuras, constituyendo lo que podríamos denominar la “auténtica” participación una verdadera excepción.

La misma tendencia, como decimos, puede ser constatada en la jurisprudencia, bien directamente, bien acudiendo a –la dudosa– figura de la cooperación necesaria, probablemente para evitar la problemática distinción autor/partícipe, pero, a la postre, para imponer la misma pena que al autor. Y es que, en realidad, las figuras de la cooperación necesaria y la inducción –en tanto en cuanto la inducción deba tener la misma pena que la autoría– se solapan asimétricamente: crear un motivo determinante para la realización del hecho (inducción) es cooperar a dicha ejecución con un acto sin el cual el delito no se habría efectuado (cooperación necesaria); y una de las posibles formas de cooperar a la ejecución de un delito con un acto sin el cual el ilícito no se habría ejecutado (cooperación necesaria) es cuando dicho acto consiste –nada más y nada menos– que en la creación del dolo del autor (inducción), es decir, cuando se instiga mediante dicho acto tan necesariamente que ello es constitutivo de una inducción directamente a otro a ejecutar el delito.³³ Breve: no toda cooperación necesaria es inductiva, pero sí toda inducción es una cooperación necesaria.

dirección también: HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, 2008, pp. 21 y ss., 58 y ss., desde posiciones, empero, que acaban recordando a la teoría formal objetiva; una pretensión de sustituir también la dogmática del dominio del hecho, por una de los llamados “*delitos de organización*”, que habrían de coincidir con los llevados a cabo dentro de estructuras legales o ilegales organizadas, en MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, 2010, quien cree asimismo –igual que expresamos en el texto– que este tipo de construcciones ajenas ya a la tradicional dogmática de la autoría y participación, y próximas a la de la imputación objetiva, adquirirán un notable desarrollo en los próximos años.

³¹ ROTSCH, “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*, 2009, pp. 421 y ss., 432 y ss., quien también pone de manifiesto la misma tendencia en la legislación y jurisprudencia alemanas.

³² Por todos, BACIGALUPO, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, 2007, pp. 53 y ss., 123 y ss.

³³ Cfr. en parecido sentido, aun cuando en Derecho alemán, como es sabido, no existe la figura de la cooperación necesaria, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/21; a otras conclusiones llegaría GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ,

2.4 Organizaciones violentas jerarquizadas e inducción

1. En crímenes de organizaciones mafiosas –pago a sicarios– o terroristas, en general organizaciones violentas jerarquizadas, o en aquellos supuestos de utilización de aparatos organizados de poder, naturalmente que es merecida la pena de la autoría no sólo para el ejecutor material del hecho, sino también para el hombre (u hombres) de atrás, pero no porque éste último deba ser calificado como inductor –y a la inducción deba corresponderle la misma pena que al autor–, sino porque el hombre de atrás debe ser calificado como verdadero (co)autor,³⁴ según el estado de la dogmática más moderna en la materia, y de la jurisprudencia más reciente.

Ya hemos citado el art. 25 del Estatuto de Roma, que en su n.º 3, a) equipara autoría individual, coautoría y autoría mediata, a cometer el hecho “*por conducto de otro*” aunque “*éste sea penalmente responsable*”, en lo que constituye una tipificación expresa de estos supuestos de organizaciones jerárquicas, incluidos los casos de aparatos organizados de poder. En la jurisprudencia española, recientemente,³⁵ para el caso de los denominados *Latin Kings*,³⁶ el Tribunal Supremo ha planteado el problema con acierto: “*Cuando se trata de organizaciones fuera de la ley, suficientemente estructuradas y jerarquizadas, la aplicación [del dominio del hecho] encuentra dificultades para establecer la responsabilidad del hombre de atrás que da la orden o toma la decisión que luego es ejecutada por otros*”. Y, a continuación, lo ha resuelto también desde los mismos parámetros que estamos viendo superadores de la autoría mediata y de la figura de la inducción, aun cuando el hombre de atrás haya dado la orden: “*Parte de la doctrina entiende que en esos casos, (...) la decisión de actuar [del hombre de atrás], vaya o no seguida de la planificación concreta, constituye ya el comienzo de ejecución, lo que permite considerar autores a quienes la adoptan, sin necesidad de acudir a la extensión de la figura de la autoría mediata. Precisamente porque, dadas las características de la organización, sin la decisión es inimaginable el hecho y, una vez adoptada, lo esperable, generalmente, es su cumplimiento por los ejecutores directos, estén o no éstos previamente determinados [¡!]. (...) Por lo tanto, los que tomaron la decisión, que en el marco de la organización debe ser cumplida, son responsables en concepto de autores*”. Ya antes de esta sentencia, en un conocido caso de un secuestro de la organización terrorista Grapo, el Tribunal Supremo también había huido de los tradicionales parámetros del dominio del hecho y, desde luego, de la inducción, para establecer la responsabilidad como autor por omisión de uno de los miembros de la cúpula de la organización, tras citar diversos precedentes de las jurisprudencias italiana y suiza.³⁷

«¿Autoría material del delito mediante suministro de instrumentos necesarios para la comisión delictiva? (Comentario a la decisión contenida en el Auto del Tribunal Supremo 1856/2001, de 21 de septiembre)», *Revista de Ciencias Penales*, 2001-2002, pp. 181 y ss.

³⁴ Así, MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (9), 2002, pp. 65 y ss. De otra opinión, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 173 y ss., 634 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, 1998, pp. 231 y ss.; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 340 y ss., 472 y s.

³⁵ Exhaustiva sobre la anterior jurisprudencia, GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho Penal*, 2006, pp. 543 y ss., 560 y ss., quien, empero, se muestra crítica con este acogimiento general de la figura de la coautoría frente a la participación.

³⁶ STS de 14 de julio de 2010; cfr. la interesante sentencia completa, pues solo pueden ser transcritos aquí los –breves– dos pasajes más significativos.

³⁷ STS de 30 de marzo de 2009, con voto particular de Andrés Ibáñez que no afecta a la cuestión aquí debatida.

2. También recientes estudios de jurisprudencia comparada han demostrado que aun cuando todavía resten residuos de la figura de la inducción para resolver por ejemplo lo que se ha dado en llamar la “*imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*”, en general la responsabilidad hoy día en estos supuestos es solucionada acogiendo la figura de la autoría, bien –con mayor o menor apego a la formulación originaria de ROXIN– en forma del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder (Alemania: disparos del muro; Argentina: Junta; Chile: Letelier; y Perú: Sendero Luminoso), bien en forma del autor detrás del autor (España: Alcalde, cit., y probablemente Colombia: ELN).³⁸ En todo caso: siempre autoría. Otra doctrina, para estos supuestos, también mantiene que se trata de coautores, proponiendo que a los efectos de la autoría y participación hay que distinguir y aplicar unas reglas distintas si son intervinientes con una posición en un plano de igualdad (horizontal-correlativa) o jerárquica (vertical-organizativa):³⁹ pero, insistimos, en todo caso, es afirmada una responsabilidad como (co)autoría, luego también desde estas teorías queda cubierta la autoría y descartada la inducción.

Desde luego hay excepciones bibliográficas y acotaciones necesarias,⁴⁰ muy dignas de tener en cuenta, pero parece que el sino de los tiempos en la dogmática de la autoría y participación va en la dirección apuntada: una senda que amplía la autoría allí donde hace años había “inducción”, con la consecuencia para nuestro estudio de que, donde dicha ampliación no ha sido necesaria, la afirmación de una penalidad de la inducción idéntica a la autoría, se muestra más que dudosa.

³⁸ Vid. AMBOS (coord.), «El caso argentino» en EL MISMO (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 17 y ss.; MALARINO, «El caso argentino» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 39 y ss.; GUZMÁN, «El caso chileno» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 73 y ss.; GIL Y GIL, «El caso español» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 89 y ss., quien se muestra crítica con la solución del autor detrás del autor para el supuesto del Alcalde, pero en todo caso constata que la jurisprudencia española parece admitir la autoría [mediata] mediante aparatos de poder; MEINI «El caso peruano» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 131 y ss.; LÓPEZ DÍAZ, «El caso colombiano» en AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2008, pp. 155 y ss. Vid. también, JAKOBS, «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 – 5 StR 98/94», *Revista de Ciencias Penales*, 1999, pp. 264 y ss. (trad. María Gutiérrez Rodríguez); MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (9), 2002, pp. 61 y ss.; MORENO Y BRAVO, *La autoría en la doctrina del Tribunal Supremo*, 1997, pp. 67 y ss.; MELENDO PARDOS en GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2011, pp. 366 y s. De otra opinión, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, pp. 273 y ss.

³⁹ PÉREZ ALONSO en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, pp. 775 y ss. 784 y s.

⁴⁰ Sobre las acotaciones, pero ínsitas a este propio sistema de autoría en organizaciones violentas o no violentas (empresariales) jerarquizadas, vid. MUÑOZ CONDE, *Revista Penal*, (9), 2002, pp. 61 y ss. Sobre las excepciones bibliográficas a estos *nuevos tiempos*, BECKER, *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, 2009, pp. 117 y ss., 166 y ss., y *passim*, tratando de resucitar la teoría formal objetiva de la autoría, frente a las modernas concepciones imperantes en Alemania; KUTZNER, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft*, 2004, pp. 157 y ss., 180 y ss., 244 y ss., quien sigue dando una preeminencia a la inducción –y a la complicidad– frente a la autoría mediata y –por supuesto– frente a la autoría (directa).

2.5 Propuesta

Podemos, pues, extraer una primera conclusión, a modo de propuesta: encontrándose como hoy se encuentra, perfectamente delimitada la figura de la inducción respecto de otras como la del autor detrás del autor, la coautoría, la autoría mediata en general, o, en concreto, la autoría mediante la utilización de aparatos organizados de poder o en el seno de organizaciones delictivas jerarquizadas, etc. –reina poca unanimidad terminológica pero todas estas figuras tienen el tratamiento de autoría–, habría que concluir que para los casos restantes, es decir, para los supuestos en los que concurre verdadera y “simple” inducción, no parece estar justificado que la penalidad del inductor sea igual que la penalidad del autor.

El inductor es un partícipe en hecho ajeno y, como tal, debe tener una reducción de la pena, pues su grado de culpabilidad, como partícipe, siempre será menor que el del autor. Desde este punto de vista, Elena no debió tener la misma pena que el autor del hecho, Abel. La tesis es aún provisional y requiere desde luego una investigación más profunda que estudie la perspectiva de la inducción, la de la autoría mediata y la del autor detrás del autor, así como un concreto análisis del concepto de autoría, todo ello desde la dogmática de la imputación objetiva. Aquí solo puede ser sometida a discusión, pero sí parece que esa será la dirección que habrá de tomar la dogmática de la autoría y participación en los próximos años.

3. Primera cautela: determinación al hecho y homogeneidad entre lo inducido y lo ejecutado

1. Son las anteriores reflexiones de *lege ferenda*: el Código Penal español dispone de forma taxativa que corresponde al inductor del delito la misma pena que al autor (art. 28 CP: “también serán considerados autores”). Pero, en todo caso, el análisis realizado demuestra que de *lege lata* han de ser extremadas las cautelas en la subsunción de un comportamiento como inductivo, porque la consecuencia jurídica de esa –en la mayoría de las ocasiones– comisión simplemente “con palabras”⁴¹ es, nada más y nada menos, que la imposición de idéntica pena que al autor.⁴²

Y así, la primera cautela que debemos adoptar es la comprobación de que existe una homogeneidad o congruencia *perfecta* entre lo inducido y lo ejecutado, que revele sin fisuras que la actuación inductiva tuvo la intensidad suficiente para determinar “directamente” (art. 28.a CP) a un *concreto* autor a la ejecución de un *concreto* delito. En palabras del Tribunal Supremo –el cual al menos desde el punto de vista teórico está de acuerdo con esta premisa–, “la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado”, y ha de determinar “a un

⁴¹ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras*, 2004, pp. 89 y ss., y *passim*, quienes han puesto de manifiesto las dificultades, *per se*, ya desde la teoría de los actos del habla.

⁴² En parecido sentido, SCHÜNEMANN en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., Nm. 1; *vid. también*, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, 1999, notas 10 y 25 en pp. 64 y 69.

ejecutor concreto y a la comisión de un delito concreto”, siendo así que “*el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo*”.⁴³

El grado de esa predicada “intensidad”, el “directamente” del Código penal, que debe ser entendido como elemento normativo y no meramente descriptivo, ha de ser aquilatado.

2. Es doctrina dominante que la mera creación de una situación o de una posibilidad que facilite el delito a otro no es suficiente para afirmar la inducción;⁴⁴ en terminología muy gráfica, la creación de hipervínculos delictivos no es bastante.⁴⁵

Algunas voces han señalado que, entonces, las formas “más refinadas” de creación del delito –a través de la provocación de una situación, sin comunicación directa que logre la determinación al hecho– no quedarían cubiertas,⁴⁶ pero sí lo están, bien es cierto que como forma participativa de complicidad o, incluso, como de cooperación necesaria. Y ello, además, cuando deban estarlo, porque en muchas ocasiones se tratará de una simple creación de una situación cotidiana, es decir, de una acción neutral.⁴⁷ Estas voces no parecen tener en cuenta que dicho “refinamiento”, precisamente por ello, no asegura la determinación al hecho y, por ende, la ejecución del delito.⁴⁸ Y así, volvemos a nuestras reflexiones de partida: ¿Por qué habría entonces de tener el supuesto “inductor”, pese a dicha falta de aseguramiento, nada más y nada menos que la misma pena que el autor?

Tenían razón las voces que en la doctrina alemana se mostraron ya hace tiempo restrictivas y requirieron notables exigencias para la inducción, a saber, que no basta cualquier comunicación entre el “inductor” y el autor, pues –como veremos *infra*– también en la complicidad psíquica existe esa comunicación: no es la transmisión de que el autor puede llevar a cabo el hecho, sino de que debe ejecutarlo, debe existir pues una dependencia de la decisión.⁴⁹ Hemos de insistir: en realidad, la cuestión de si la creación, dolosa o

⁴³ STS de 2 de diciembre de 2008; en detalle sobre el significado del elemento “directamente” y sus implicaciones dogmáticas –si bien para la anterior regulación pero con reflexiones de interés–, DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, 1990, cit., pp. 97 y ss., 99 ss., 111 y ss., estableciendo acertadamente también un concepto restricto.

⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 178 a 200; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 384; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/22; PÉREZ ALONSO en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, pp. 736; MELENDO PARDOS en GIL GIL/LACRUZ LÓPEZ/MELENDO PARDOS/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2011, p. 393. Cfr. también STS de 4 de julio de 2005: “(...) en vez de admitir la inducción, la rechaza expresamente, cuando razona que: No consta cómo las acusaciones pretenden que indujera directamente a su hijo, para la perpetración del hecho. Sólo un atisbo de indicio apunta en esa dirección, a saber, el supuesto gesto con la cabeza que Federico habría dirigido a Alexander al aproximarse éste a las víctimas, según la apreciación de Fidel; pero dicho gesto (...) se describe tan ambigua e inespecíficamente, que sólo una lucubración artificiosamente construida en el sentido conveniente, permitiría atribuirle el carácter inductivo que se le quiere otorgar”.

⁴⁵ SCHÜNEMANN en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., Nm. 2.

⁴⁶ Cfr. BGH GA 1980, 184; SAMSON, «§ 26», *SK*, 6ª ed., Nm. 5; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 198 y s.

⁴⁷ Como ya desde hace tiempo subrayó FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 333 a 347.

⁴⁸ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 505 y ss. (507).

⁴⁹ Ya desde JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/22 y PUPPE, «Di objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, pp. 101 y ss.; últimamente, NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 y ss.: inducción cuando el hombre de delante va a obtener una ventaja o desventaja en caso de no llevar a cabo la acción u omisión

imprudente, de una situación que es aprovechada por otro para delinquir, es suficiente para derivar responsabilidad, no es una cuestión “propia” de la inducción, sino de la imputación objetiva y de la posición de garante misma;⁵⁰ las acciones ambivalentes (del supuesto inductor) no generan responsabilidad, y la mera creación de una situación que favorece la ejecución a otro, en principio habrá de ser vista como una tal acción neutral o inocua, en definitiva, en términos clásicos, como socialmente adecuada.⁵¹

3. La sentencia de instancia del supuesto que hemos querido tomar como ejemplo ofrece la siguiente –breve– explicación de su conclusión sobre la inducción, por lo que hace a esta “creación de la situación” que lleva al delito: *“si bien es cierto que Elena no fue autora material de los navajazos (...), sí lo es que participa en los hechos que desembocaron en [la] muerte, desde el principio hasta el final, primero acordando con los otros coprocesados el apoderamiento del dinero que poseyera la víctima, siendo ella la única que la conocía, lo que permite el franqueo del acceso a su vivienda, al dejar el portal abierto, siendo ella quien dentro de la vivienda observa lo que va acaeciendo en la lucha entre Abel y Pedro, (...). A ello se adiciona, que es la última, según Abel, que sale de la vivienda, que procura desvirtuar lo acaecido, manifestando que nunca estuvo en la misma, yendo sin embargo a comunicárselo a un vecino, que en las uñas de Pedro se halló ADN de ella, lo que de no haber estado allí sería imposible, que luego se marcha a su casa y cuando la Policía le requiere a declarar ya se había cambiado de ropa, etc... Su participación como inductora es directa en los hechos de principio a fin, especialmente cuando en la pelea incita, sin duda alguna a Abel a que acabe mediante la navaja con su contendiente”*.⁵² Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, también en gran medida gira en torno a que Elena habría creado la situación para el desenlace final del homicidio, destacando que el suceso se habría desarrollado en cuatro fases (en el bar; entrada en la casa; pelea y permanencia de Elena en el piso para hacer desaparecer los vestigios del delito) y que en todas ellas habría intervenido Elena. No obstante, el Tribunal Supremo, aun señalando que no es aplicable la “sugerente tesis del omnimodo facturatus”, de todas formas “rectifica la condición jurídica”: Elena sería, en cualquier caso, cooperadora necesaria. Ya vimos *supra* que ambas figuras son, en su tenor literal, equiparables.

Sin embargo, observando los distintos aspectos cronológicos de la anterior argumentación, puede ser comprobado que *dejando de lado de momento el “pínchale, pínchale”* –del que nos ocuparemos posteriormente– existen claras divergencias entre lo supuestamente

inducida –lo hace por provecho o por temor, pues–, lo cual se producirá habitualmente en situaciones de utilización (delictiva) de la autoridad o dependencia; una vez más, pues, el acercamiento de la inducción a la autoría, en concreto, a la autoría en organizaciones jerarquizadas o, como vemos ahora, en situaciones de jerarquía incluso sin más “organización” que la del “inductor” con el autor (aunque ésta, ciertamente, es suficiente). Razones críticas en GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 58 y ss.

⁵⁰ Cfr., FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, 1999, pp. 63 y ss.; a similares conclusiones, al menos en este concreto punto, se debe llegar desde las tesis mantenidas por BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001, *passim*, y por LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, 2002.

⁵¹ Cfr. también FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, 1999, pp. 95 y ss.

⁵² Fundamento Jurídico 3º.

“inducido” –según sobre todo la sentencia de instancia– y lo ejecutado. En efecto, es ocioso traer a colación como justificación de la pretendida inducción al homicidio los primeros momentos de los hechos probados (la propuesta de Elena en el bar), pues respecto de ese primer aspecto del *iter criminis*, ha de ser afirmada tan solo la inducción a un delito contra la propiedad, y otra interpretación desatendería esta necesaria congruencia que ha de regir entre lo inducido y lo ejecutado. Los tres procesados se concertaron para sustraer el dinero que guardase en casa quien luego resultó ser víctima, pero no para matarle, ni siquiera para intimidarle; es más, ni tan siquiera era conocido que Abel portase una navaja. Ciertamente había un ánimo de ilícito beneficio, pero en dicho “acuerdo previo” no está contenida, ni mucho menos, la determinación de Elena a Abel de cometer un delito de homicidio, y, como hemos visto, la mera “creación de una ocasión favorable para delinquir” no es la inducción al delito. Igual cabe decir de la llegada a la casa. Lo único que puede afirmarse para estos primeros momentos es que hubo una inducción por parte de Elena a un delito contra la propiedad, puesto que es ella quien propone sustraer el dinero de una forma muy concreta –más allá del mero consejo o sugerencia–. Respecto de dicho primer momento ciertamente inductivo (a un hurto al descuido), se produce una incongruencia o divergencia esencial con una parte sustancial de lo realmente ejecutado: el homicidio.

Otros de los argumentos que se ofrecen en apoyo de la inducción tampoco respetan esta –por nosotros denominada– primera e infranqueable cautela que justifique la misma penalidad que el autor. Y así, las sentencias entremezclan cuestiones que nada tienen que ver con la inducción, como es el ánimo de lucro o la prueba de que Elena estuviera efectivamente en la casa de la víctima (el ADN encontrado), etc., pues todo ello nada aporta respecto de los elementos típicos de la inducción: nada dicen sobre si Elena directamente creó el dolo en el autor del delito, Abel. Que Elena fuese “la única que (...) conocía” a la víctima, así como que es quien “permite el franqueo del acceso a su vivienda, al dejar el portal abierto”, son elementos probatorios que, *per se*, nada tienen que ver con la muerte de Pedro –ni con una inducción a la misma–, más allá de la –insuficiente a estos efectos– “creación de la ocasión para delinquir”. Finalmente, nada tienen tampoco que ver con una pretendida subsunción en la figura de la inducción, las afirmaciones con las que terminan las explicaciones de la Sala *a quo* –repetidas por el Tribunal Supremo– relativas a que “a ello se adiciona, que [Elena] es la última, según Abel, que sale de la vivienda”.

4. Es necesario no distraerse, pues, con argumentos como los anteriores que no aciertan a exponer la necesidad de que exista y quede probada la mencionada congruencia entre lo inducido y lo ejecutado. Alcanzamos pues una segunda conclusión, que se anuda a la ya extraída *supra*: Es tal la simetría a la que obliga el legislador entre la pena del autor y la del inductor, que –aun cuando hayamos referido no estar de acuerdo con ella *de lege ferenda*– desde luego la misma impone *lege lata* que en idéntica medida deberá ser la simetría, homogeneidad o congruencia entre lo inducido y lo realmente ejecutado. Desviaciones al respecto, por mínimas que éstas sean, deben hacer que inmediatamente decaiga la figura de la inducción. De otro modo, no puede ser justificada –aún menos, diríamos nosotros– la imposición al inductor de la misma pena que al autor.

Sin duda que a la anterior conclusión podría intentar oponerse, para el ejemplo que hemos querido traer a debate, que hemos dejado de lado la verdadera congruencia, *ergo*: el “pínchale, pínchale”, pues aunque la Sala de instancia hubiera argumentado también con base en los elementos fácticos que acabamos de ver (participación de Elena de principio a fin), de todas formas esas palabras serían realmente la esencia a tener en cuenta. Ello introduce en la *segunda cautela* –como queremos denominarla– que a nuestro entender exige una figura de la inducción equiparada penológicamente a la autoría: la prueba indudable de la creación del dolo en el autor del delito, un dolo que no existía de forma previa. De ello nos ocupamos a continuación.

4. Segunda cautela: la figura del *omnimodo facturus*

4.1 Tendencia al delito y *omnimodo facturus*

1. El inductor debe haber creado el dolo del inducido. El contrapunto lo constituye la figura denominada del *omnimodo facturus*. Hemos pasado, del tipo objetivo, al tipo subjetivo de la inducción. Aquí, ya no se trata de la inexistencia de homogeneidad entre lo inducido y lo realmente ejecutado, sino –por así decir– de todo lo contrario: la congruencia es perfecta, pero resulta que lo es porque el pretendidamente inducido ya tenía el dolo del delito antes de que la inducción se produjese; la inducción, en estos supuestos, lo es en vacío. Por ello, la “inducción” a un delito, cuyo autor ya estaba decidido a cometerlo (*omnimodo facturus*)⁵³ es, por definición, imposible y, por tanto, *per se*, no punible, al menos como inducción.

La problemática es rica en matices: abarca desde el sujeto totalmente decidido a la comisión del hecho y que lo tiene planificado en sus más mínimos detalles, hasta aquel otro que tiene dudas sobre el delito, las cuales son despejadas por el “inductor”, pasando por aquellos otros supuestos en los cuales es provocada una modificación del dolo anterior, a analizar cuidadosamente para comprobar si la misma es esencial o no, *ergo*: si es relevante o irrelevante a los efectos de afirmar o negar que estemos ante un supuesto de *omnimodo facturus*. De nuevo, para la toma de estas decisiones, resulta fundamental no perder de vista el contexto penológico impuesto por el legislador, de la inducción equiparada plenamente a la autoría.

2. Una simple tendencia general al delito, no es estar ya determinado al hecho; pero una tendencia a un delito concreto sí es relevante, de suerte que en este caso sólo podrá concurrir una quasi determinación a dicho hecho no inductiva:⁵⁴ si lo sucedido es que el sujeto venció las barreras que todavía le restaban debido a la “inducción”, probablemente estemos sólo ante una complicidad psíquica, como luego veremos, pues esta conclusión debiera venir impuesta por la premisa taxativa a la que obliga el legislador de una

⁵³ El que lo hace [el delito] –*facturus*– de todos modos –*omni modo*–. Sobre los antecedentes históricos de la figura, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 69 y ss., 168 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 654 y ss.; vid. también, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 402 y ss.

⁵⁴ Cfr. GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 406 y ss., 420 y ss., quien se muestra también, acertadamente, restrictiva en este sentido en la apreciación de la inducción.

inducción con la misma pena que la autoría. Ha sido señalado que existe inducción cuando el autor tiene todavía reparos o escrúpulos serios en contra del delito, y el inductor los soluciona; cuando, empero, el autor está decidido al delito, y lo que hace el “inductor” es despejar las últimas dudas sobre la forma de ejecución, habrá complicidad psíquica.⁵⁵

Los hechos probados que nos acompañan en nuestras reflexiones son sumamente ilustrativos al respecto.

En efecto, podría pensarse, en primer lugar, que como el relato de hechos expone de una forma clara que Abel ya había “pinchado” a su víctima, antes de que Elena lo dijese, pudiéramos estar ante un supuesto de *omnimodo facturus*, por ende, impune como inducción: “En la entrada de la vivienda, (...) se inició un forcejeo en el curso del cual Abel, que portaba una navaja de más de 10 centímetros (...) le causó un corte en el hombro izquierdo, herida que no era mortal (...)”. El hecho de que el resultado de muerte se produjera mucho después, en concreto después de que Elena dijese por dos veces “pínchale”, ni pondría ni quitaría nada a la anterior conclusión, por cuanto, como es sabido, el resultado es parte del tipo objetivo del delito, en tanto que el dolo –que es lo que tendría que haber creado Elena para que pudiera ser condenada como inductora–, es parte del tipo subjetivo. Dicho de otro modo, no es, en todo caso, sólo el resultado (de muerte) el que debe producirse después del pretendido comportamiento inductivo, sino también y sobre todo el propio dolo de matar en el autor, y puede, como decimos, que ya desde el primer momento Abel tuviese ese dolo, puesto que ya había “pinchado” a Pedro *motu proprio* (antes de que Elena dijese nada al respecto) con dicho dolo de matar, teniendo en cuenta el lugar de la puñalada –a escasos centímetros del corazón–, el tipo de arma empleada y lo aleatorio de la puñalada en un rápido forcejeo (dolo eventual).

3. Pero la anterior no constituye más que una mera primera hipótesis de trabajo, no definitiva, para nuestras explicaciones sobre el *omnimodo facturus*, puesto que frente a ella podrían aducirse dos argumentos ciertamente plausibles: Abel no tendría en ese primer momento dolo de matar, sino sólo de lesionar; el de matar fue creado por Elena en un momento posterior, con sus palabras “pínchale, pínchale”;⁵⁶ o incluso, aunque se quisiese mantener que sí había existido un dolo (eventual) de matar previo, en el forcejeo de la escalera, de todas formas el mismo habría ya desaparecido, habiendo Elena –con sus palabras– llevado a cabo una suerte de “renovación” de dicho dolo de matar, una renovación en todo caso inductiva. Piénsese que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que hay inducción “aunque el ánimo estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido”, para distinguir estos supuestos de la “presencia del denominado *omnimodo facturus*”

⁵⁵ Cfr. SCHÜNEMANN en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., Nm. 19 y CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Teoría del delito*, v. 2, 2009, pp. 296: “no es necesario que el autor esté absolutamente decidido para considerarlo *omnimodo facturus*; (pero) un leve motivo adicional para decidirlo a actuar no justifica imputación a título tan grave como el de la inducción”; también: JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/24.

⁵⁶ Así, es hecho probado que la lesión del rellano de la puerta (“corte en el hombro izquierdo”) era “herida que no era mortal”, en tanto que las lesiones que se produjeron cuando Elena ya dentro de la vivienda dijo “pínchale, pínchale” eran heridas “de las cuales dos, de no haber sido asistido con una cierta inmediatez, le hubieran causado la muerte en corto periodo de tiempo”. Con posterioridad, en un tercer momento, Abel se zafó en el forcejeo “y ya frente a frente, le propinó una última cuchillada a Pedro, a la altura del corazón, que le causó la muerte en posteriores escasos minutos”.

cuando “la persona (...) en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas”,⁵⁷ de modo tal que en esa zona gris desde la tendencia o predisposición hasta la decisión firme, hay un amplio margen que debe ser delineado dogmáticamente.

4.2 Renovaciones del dolo del autor

1. La cuestión de este tipo de renovaciones del dolo ha sido resuelta por la doctrina de forma diferenciada. Suelen ser distinguidas tres posibilidades:⁵⁸ la inducción a otro hecho o transinducción (*Umstiftung*), la inducción a un delito menos grave o infrainducción (*Abstiftung*) y la inducción a un delito más grave o sobreinducción (*Aufstiftung*).

a. En la primera de las modalidades se induce a un hecho distinto respecto del que el autor ya tenía dolo: en lugar de a una estafa, a un robo; en vez de a un delito de lesiones a A, que las lesiones sean a B. Como siempre, resulta problemática la distinción con la complicidad psíquica. En general, se trata de supuestos de inducción; sólo cuando lo instigado no es una mera modificación respecto del bien jurídico protegido –se dice–, sino que se trata de una modificación del objeto del delito –en vez de la cosa X, que sustraiga la cosa Z– y no se trata de bienes jurídicos personalísimos, concurriría (tan solo) complicidad psíquica. Cabe decir al respecto: si se trata de bienes denominados personalísimos, habrá inducción, pero no tanto por lo “personalísimo” del bien, sino porque con ello la doctrina se está refiriendo ciertamente a otro plan; ejemplo: A quiere matar al político X y es convencido por B de que mate al político Z, más conveniente para sus planes criminales; es, ciertamente, un nuevo plan. Empero: A quiere matar al político X, pero debido a una equivocación está a punto de hacerlo contra el político Z –quien A cree que es X–, hasta que B le advierte de su error y finalmente, por ello, mata a X; complicidad (o cooperación necesaria) y no inducción.⁵⁹ Lo “personalísimo” del bien, pues, no juega un papel relevante. Un cambio del lugar del hecho, de la hora adecuada para llevarlo a cabo, del medio, etc., son consejos de ayuda, y por ende, complicidad, no transinducción.

b. Por lo que respecta a la denominada infrainducción, no es verdadera inducción: si el autor es “instigado” a la comisión de un hecho menos grave del que ya pensaba llevar a cabo como *omnimodo facturus*, por ejemplo, en lugar de una lesión empleando armas, la misma con los puños, o en lugar de un robo con violencia, un hurto al descuido, no habrá inducción, pues el dolo de llevar a cabo el hecho más grave ya incluye el dolo de llevar a cabo el hecho más leve, de suerte que estamos ante un verdadero *omnimodo facturus*; aquí probablemente no habrá punibilidad ni como complicidad: estamos ante una disminución

⁵⁷ STS de 2 de diciembre de 2008.

⁵⁸ Por todos, CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Parte General. Teoría del delito*, v. 2, 2009, pp. 296 y s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 472 y ss.; SCHÜNEMANN en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *LK*, 12ª ed., Nm. 22 a 36; NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 242 y ss., 247 y ss., 277 y ss., 307 y ss.

⁵⁹ Ampliamente, SCHULZ, «Anstiftung oder Beihilfe», *JuS*, 1986, pp. 933 y ss. (935); NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 277 y ss.; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 22/25 y s. Cfr. también, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 449 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, pp. 204 y ss.

del riesgo,⁶⁰ aunque a salvo quedan otros delitos como la omisión del socorro debido (art. 195 CP) o el delito de omisión del deber de impedir delitos o promover su persecución (art. 450 CP), etc. De todas formas, si el infrainductor realiza una advertencia de que es mejor que el autor lleve a cabo el hecho de esa otra manera porque así disminuye *sus* riesgos, por ejemplo de ser descubierto, o de una ejecución fallida, etc., sí concurrirá complicidad psíquica: disminuye el riesgo de daño a expectativas sociales más importantes –logrando que el daño sea respecto de otras menos esenciales–, sí, ciertamente, pero aumenta el riesgo de que el hecho sea llevado a cabo, y ello es suficiente para afirmar un reforzamiento del dolo del autor en el sentido de la complicidad psíquica. Ahora bien, cuando la infrainducción da lugar a un nuevo riesgo, que no está cubierto por el riesgo anterior, tampoco lo estará el dolo del autor (no será un *omnimodo facturus*): existirá inducción punible, a salvo de que pueda estar justificada por un estado de necesidad. Piénsese que en estos casos no se disminuye –sólo– un riesgo, sino que es causado otro distinto, estando en realidad ante un supuesto de transinducción.

c. Por fin, el tercero de los supuestos, la sobreinducción: la doctrina mayoritaria, creemos que de una forma correcta –lo contrario sobrepasaría la culpabilidad por la única parte del hecho realmente inducida–, considera que solo procede la inducción respecto del plus delictivo creado.⁶¹ El ya decidido al hurto, por ejemplo, es inducido a un robo con violencia o intimidación: inducción a las lesiones o a las coacciones, no al robo.

2. Aunque de la opción de la complicidad nos ocuparemos en detalle *infra*, un sector de la doctrina considera que tal vía, empero, “*es poco clara para abarcar conductas que legalmente están excluidas de la normativa legal*”,⁶² y que procedería únicamente, en su caso, la punibilidad por tentativa de inducción. Según esta opinión, si la decisión ya estaba tomada –y tan sólo es reforzada–, la inducción carece de relevancia y por ende no es eficaz; y si, en cambio, hubiera de afirmarse que fue eficaz, entonces sería poco –por así decir– hablar de complicidad. Que el sujeto de forma previa hubiera tenido ya la idea criminal, no impediría, para este sector doctrinal, que pueda haber inducción, pues la inducción “*no es un problema de originalidad sino de determinación al hecho*”.⁶³

⁶⁰ En la otra cara de la moneda, cuando el autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros que determinan una mayor punibilidad, el exceso no se imputa; por ejemplo inducción a un hurto y comisión de un robo, la fuerza en las cosas no es imputable al inductor: BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, p. 386; otro complejo grupo de casos lo constituye aquel en el que la desviación del autor respecto de lo inducido se produce por un error in persona: cfr., pues ello no puede ser tratado aquí, PEÑARANDA RAMOS, «“Caso Rose-Rosahl”» en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 61 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 513 y ss.

⁶¹ Probablemente doctrina mayoritaria, por todos, NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 270 y ss., 274 y ss. (para otras opiniones –GEILEN, CRAMER, HAFT, BAUMANN, STREE y GÜNTHER–, allí mismo: pp. 247 y ss.); en contra, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 437 y ss., 443 y ss., por creer la solución contraria obligada de *lege lata* (se trataría de una “alteración típica” de un tipo cualificado que ha de ser contemplado unitariamente).

⁶² Aquí y en lo siguiente, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, pp. 135 y s.

⁶³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, p. 135.

Ello arroja luz para el tratamiento de estos supuestos de renovación del dolo que aquí estamos considerando: en efecto, es indiferente que el autor del delito hubiera tenido de forma previa la idea criminal, ya que una renovación del dolo, si es tal, irá más allá de un mero reforzamiento, aliento o confirmación, para adentrarse en la creación de un *nuevo* dolo en un *nuevo* momento temporalmente posterior una vez decayó el anterior, y todo ello debe ser suficiente para afirmar la inducción. Pero, debe haberse producido verdaderamente un nuevo dolo (aunque fuera igual que uno anterior), no siendo suficiente, como vemos, un mero refuerzo de un dolo anterior: la inducción no es un problema de originalidad, sino de determinación al hecho, ciertamente, pero reforzar el dolo no es determinarlo, sino *ayudar* a su mantenimiento o consolidación de modo que no decaiga, y la ayuda es complicidad.

4.3 *Omnimodo facturus* y simultaneidad del comportamiento “inductivo” y el hecho “inducido”

1. En los hechos probados de nuestro ejemplo, conforme a lo que acabamos de explicar no puede hablarse de inducción y sí, empero, de la figura del *omnimodo facturus*. Hemos de ser críticos, como a continuación veremos, con la conclusión alcanzada por la sentencia del Tribunal de instancia que afirma sobre Elena que *“su participación como inductora es directa en los hechos de principio a fin, especialmente cuando en la pelea incita, sin duda alguna a Abel a que acabe mediante la navaja con su contendiente”*.

Y también con la solución alcanzada por el Tribunal Supremo que desestima la *“sugerente doctrina del ‘omnimodo facturus’*”, pues señala que *“no es de aplicación al caso de autos, dada la relevancia de la actuación de la recurrente en toda la secuencia delictiva”*. Para ello, el Tribunal Supremo modifica el título de imputación, a nuestro modo de ver extemporáneamente, tras dividir en *“cuatro secuencias”* la intervención de Elena en el suceso *“de principio a fin”*, y destacar que *“estando presente Elena”* en el momento del acuchillamiento, *“puede observarse (...) la relevancia del aporte de Elena en todas las secuencias analizadas”*, concluyendo: *“Elena no fue inductora del homicidio, sino que actuó como ‘cooperadora necesaria’, pues entre las distintas secuencia ‘existió un continuum sin fracturas temporales ni espaciales’: ‘su ‘quedarse’ e introducirse en el piso junto con Abel en el momento en el que se produce el segundo –y mortal– enfrentamiento con Pedro no es algo pasivo e inerte, sino acreditativo de una actividad y de un concierto con la acción de Abel de la que no se puede dudar por dos datos concretos: a) los gritos de ‘pínchale, pínchale’ que exteriorizan una explícita aceptación activa de la acción que desarrollaba Abel y b) el dato (...) de que aunque no se sepa cómo, en las uñas del fallecido se encontró el ADN de Elena. (...) Cuando se produce la agresión exterioriza una común voluntad homicida con la acción que llevaba a cabo Juan (...) por eso su condición de cooperadora necesaria se prolongó en esta secuencia, ya que su presencia, junto con el reforzamiento de la acción de Abel, tenía una clara naturaleza de actitud vigilante y de intervención si fuese preciso, para culminar la acción”*.⁶⁴

⁶⁴ Esta modificación (cooperación necesaria en vez de inducción) dio lugar a que se planteara por la defensa de Elena un incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo en primer lugar y, frente a su desestimación, se demandara amparo al Tribunal Constitucional: ni uno ni otro prosperaron. El Tribunal Supremo señaló en su Auto resolutorio, de 17 de septiembre de 2007: *“Se estima que esta calificación jurídica la creó una indefensión porque no pudo defenderse de esta calificación que ex novo se introdujo en la sentencia*

Con ello la sentencia del Tribunal Supremo no varía el pronunciamiento penológico de la instancia, y afirma una suerte de cooperación necesaria psíquica –la defensa había planteado subsidiariamente la complicidad psíquica, para intentar rebajar la pena–. Con independencia de lo que luego diremos al tratar la figura de la complicidad psíquica, vaya por delante que resulta muy dudoso que tales aportes meramente psíquicos –si a la vez no son inductivos– puedan considerarse como necesarios. Y además, por lo que hace a la cooperación necesaria en general, ciertamente como ha sido criticado por la doctrina, en ocasiones parece resultar un atajo facilitado por el legislador y utilizado por la jurisprudencia, para no tener que decidirse entre la complicidad y la autoría,⁶⁵ pero que resulta el origen de una gran inseguridad jurídica. Pero el atajo, como vimos, acaba conduciendo de nuevo al camino principal: la inducción es una forma de cooperación necesaria, o, en otras palabras, una forma de cooperar necesariamente al delito es inducirlo creando el dolo. Así las cosas, simplemente se reformula el problema, en lugar de darle solución.

*casacional, solicitando que por quiebra del principio acusatorio sea absuelta de dicho delito, toda vez que esta Sala estimó que no era inductora. (...) No ha existido ninguna indefensión, ni en consecuencia existió quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, y mucho menos existió la pretendida quiebra del principio acusatorio. La Sentencia de esta Sala en relación al homicidio, ni alteró los hechos, que fueron los mismos en todos sus detalles ni recalificó los hechos de forma distinta a la que se efectuó en la instancia. La tesis del recurrente de estimar que hubo alteración con alcance constitucional de lesionar el principio acusatorio parte de una posición errónea e inaceptable pues establece diversas categorías de autoría, de suerte que estima cualitativamente son distintas la autoría directa así como las otras formas de autoría –por cooperación o por inducción–. Tal planteamiento no es exacto ni tiene apoyo alguno en el art. 28 del CP. Más aún, en dicho artículo se define la autoría como aquel que realiza el hecho típico, y a renglón seguido, designa también como autores “...también serán considerados autores...” a los inductores y cooperadores necesarios. Que la doctrina científica haya distinguido entre autoría directa, mediata (por inducción) y por cooperación necesaria, no permite arribar a la conclusión de que se está en categorías jurídicas independientes. Antes bien, la equiparación es total porque todos ellos realizan aspectos esenciales del hecho típico, lo que es típico de los supuestos de coautoría en los que diversas personas colaboran de forma eficaz a la realización de hechos por todos apetecido”. El Tribunal Constitucional, por su parte, inadmitió el recurso por no apreciar tampoco vulneración de derecho fundamental alguno. – Y, sin embargo, sí parece existir vulneración del Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva sin que puede producirse indefensión, además de la quiebra del principio acusatorio, por cuanto, a pesar de haber dado la razón el Tribunal Supremo en gran medida a la recurrente en orden a la inexistencia de la inducción, se mantuvo la condena por otra pretensión distinta, la de cooperación necesaria, no sometida a debate, ni solicitada por las acusaciones. Al resolver el Tribunal Supremo por un título jurídico no alegado por las acusaciones y que no fue objeto del proceso, que obligó a fundamentar *ex novo* la cooperación necesaria, la resolución ha modificado la “causa petendi”, y, a través de ella, ha alterado *de oficio* la acción ejercitada: se trata de una desviación ostensible de lo que se había pedido por las acusaciones, por lo que se incurrió en una clara incongruencia *extra o ultra petitum*, positiva o por desviación. En efecto, se ha añadido *ultra petita* una pretensión que ninguna de las acusaciones había formulado en sus conclusiones definitivas que fijaron para siempre el objeto del proceso. O, en otras palabras, se concedió a las acusaciones una petición diferente a la solicitada, modificando de forma esencial los términos del debate procesal, y, sobre todo, sin posibilidad alguna de contradicción y defensa por parte de la recurrente: nada pudo ya alegar respecto de los elementos típicos que pretendidamente permitirían subsumir unos hechos en la figura de la cooperación necesaria. Es cierto que el órgano judicial puede apoyarse en razones jurídicas distintas a las aportadas por las partes, pero no debe variar la pretensión misma. – Cosa distinta es que las acusaciones, como ahora mantenemos en el texto, hubiera argumentado que la inducción es una forma más de cooperación necesaria al delito, o que el Tribunal Supremo así lo hubiera afirmado, pero ningún debate se produjo al respecto.*

⁶⁵ Críticas ya desde OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., 1986, p. 546; PÉREZ ALONSO, PÉREZ ALONSO en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, pp. 417 y ss.; BOLEA BARDÓN, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, pp. 119 y ss., 124 y ss.; de otra opinión, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «“Caso del vigilante-conductor”» en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, nota 43 en p. 389.

De este modo, la sentencia de instancia no entró en el debate del *omnimodo facturus*, y la del Tribunal Supremo huyó de él mediante el aparente expediente de acudir a la cooperación necesaria, y ambas parecen haber operado de una forma intuitiva: ha dicho “pínchale, pínchale”, luego debe ser inductora señaló la instancia; y, cuando el Recurso de casación planteó la imposibilidad de la inducción, se recurre por el Tribunal Supremo a la cooperación necesaria, que reformula la cuestión sin tampoco entrar al debate: en todo caso, punibilidad con la misma pena que el autor.

2. Frente a todo lo anterior, hubiese sido deseable, empero, un análisis profundo de la figura de la inducción y de sus elementos típicos, con una subsunción pormenorizada, y no su precipitada sustitución por el sorpresivo análisis de la cooperación necesaria o –desde el punto de vista fáctico– por la sencilla simplificación de plasmar en los hechos probados que Elena “*instigaba a Abel*” situando como premisa del silogismo lo que debería haber sido, en su caso, la conclusión. Hay que explicar por qué habría de ser entendido que Elena “*instigaba a Abel*” pues sustituir una palabra –inducción– por otra –instigación–, para evitar el vicio de la predeterminación del fallo, no es suficiente, y buena prueba de ello es que numerosa legislación y doctrina hispanoamericana denominan a la figura “instigación” en lugar de “inducción”, con características prácticamente idénticas a las establecidas por nuestro legislador.⁶⁶

Estamos ante un supuesto de *omnimodo facturus*. Aun acogiendo la tesis de cierta doctrina favorable a que los cambios o renovaciones del dolo del autor principal –aun en espacios tan breves de tiempo– son constitutivos de inducción, es lo cierto que los hechos probados relatan de forma clara que cuando Elena dijo “*pínchale, pínchale*”, Abel y Pedro ya estaban “*ambos en el suelo y forcejeando por la posesión de la navaja, que se le había caído a Abel*” y que éste había vuelto “*a recuperarla*”, “*consiguiendo Pedro en la pelea sujetarlo por el cuello por detrás*”. No hay ni creación ni renovación del dolo en el sentido *supra* explicado, sino, como mucho, un reforzamiento del mismo. ¿Realmente puede sostenerse que resultó probado que si Elena no hubiese dicho “*pínchale, pínchale*” (supuesta creación o renovación del dolo), Abel no hubiese hecho uso de la navaja exactamente igual que como lo hizo? ¿Para qué si no, estaba forcejeando Abel para hacerse con la navaja –hasta que la recuperó–? La respuesta es única: pues naturalmente que para usarla en la pelea, tal y como lo hizo, con o sin las palabras de Elena; en conclusión, cuando quiere hacerse con la navaja posee idéntico dolo que cuando consigue hacerse con ella. Las palabras de Elena cayeron, desde la teoría de la inducción, en el vacío: Abel era un *omnimodo facturus*.

Ciertamente que las palabras de Elena fueron graves, muy graves, pero de ello, a extraer una conclusión de condena por un delito de homicidio doloso por inducción, hay un importante trecho que entendemos que no puede ni debe ser recorrido.

⁶⁶ Cfr. RUSCONI, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2009, pp. 650 y ss.; MACKINNON ROEHRS, *Autoría y participación y el delito de receptación*, 2004, pp. 39 y ss.; en el mismo sentido, art. 84 del CP de Venezuela (instigadores); etc.; vid. también DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, 1990, p. 106: “*a lo largo de nuestra legislación penal histórica se han utilizado, indistintamente, ambos términos –inducir e incitar– para referirse a idéntico tipo de acciones instigadoras*”.

3. Con ello llegamos a una nueva conclusión: cuando exista simultaneidad entre el supuesto comportamiento instigador y la supuesta acción inducida, no puede ser afirmada una renovación del dolo –ni menos su creación–, ni, por ende, una inducción. Ni que decir tiene que si cuando el autor ya está decidido a la comisión de un delito (*omnimodo facturur*) es imposible la inducción, en igual medida será imposible la inducción –aún más claro al tener mayor relevancia comunicativa desde un punto de vista fáctico– cuando incluso no es sólo ya que exista esa intención, sino que la acción (u omisión) delictiva está siendo ejecutada de forma simultánea a las palabras del –fallido– “inductor”.

Ello puede ser ejemplificado al hilo de nuestra sentencia. Los hechos probados relatan una simultaneidad entre las palabras de Elena y la acción de acuchillar: cuando ella decía “pínchale, pínchale”, no sólo es que Abel estaba ya decidido a la comisión del delito al cual se pretende que estaba siendo inducido –lo cual ya sería suficiente para negar una inducción punible–, sino que hay que ir más allá y afirmar que en verdad Abel ya estaba “pinchando” a su víctima, es decir, ya había comenzado incluso la comisión del delito supuestamente inducido. Dice el relato de hechos que “*mientras M^a Elena, en el interior de la vivienda, viendo la escena, le incitaba diciéndole, “pínchale, pínchale”, comenzó a dar a Pedro navajazos hacia atrás*”. La conjunción temporal “*mientras*”, implica siempre simultaneidad de las acciones expresadas por los verbos que une. Y en este caso los verbos que une, y cuyas acciones por tanto son simultáneas, no son otros que, por un lado, “*incitar diciendo ‘pínchale, pínchale’*”, y, por otro, “*comenzar dando navajazos hacia atrás*”; en otras palabras, que al mismo tiempo que Abel había comenzado a dar navajazos hacia atrás, Elena le incitaba diciendo “*pínchale, pínchale*”. La redacción pueda confundir en algo al emplear también la sentencia la palabra “*comenzó*”, pero, en todo caso, si existen dudas entre el empleo de las palabras “*mientras*” y “*comenzó*”, que son dudas fácticas –afectan a la prueba de lo sucedido–, rige el principio *in dubio pro reo*: ello conduce a la tan repetida simultaneidad.

4. Es cierto que en alguna ocasión que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión, ha concluido que es posible la inducción en supuestos de “*concomitancia*”, pero ello se afirmó de forma poco precisa terminológicamente: se trató de una supuesta concomitancia “*del que en el curso de una discusión, incita a uno de los protagonistas a agredir a otro*”, pero basta leer el completo relato de hechos de la sentencia para comprobar que el inductor había dicho –no concomitante pues– *antes* de regresar una segunda vez al bar en el que se produjo la agresión “*aquí hay que venir armado*”, y luego, también *de forma previa* –no concomitante–, “*no tienes cojones para nada, haz lo que hemos venido a hacer*”, siendo así que el autor sacó el arma y disparó; por ello, la propia sentencia en realidad acaba afirmando que la inducción “*ha de ser anterior al hecho, puesto que ha de ser causal para la resolución de cometerlo*” y su referencia a la supuesta “*concomitancia*” lo fue en el único sentido de que había “*existido una excitación inmediatamente anterior a los actos de ejecución delictiva*”,⁶⁷ es decir, en puridad terminológica, no hubo tal concomitancia o simultaneidad.

Estos casos recuerdan a aquellos en los que el autor del delito ya está decidido a su comisión, pero hace depender el inicio de la ejecución de que, a modo de cláusula

⁶⁷ STS de 22 de marzo de 2000.

suspensiva, se produzca el apoyo físico o psíquico de un tercero.⁶⁸ *Ad exemplum*: no es el inductor quien ofrece dinero y el inducido realiza la acción, sino que el supuestamente inducido –en realidad *omnimodo facturus*– tiene decidido el hecho y sólo espera a que alguien le pague para llevarlo a cabo. El supuesto inductor –en realidad cómplice o, en su caso, cooperador necesario, psíquico– instiga a la producción del hecho, no al dolo del autor, que no son conceptos equivalentes. El autor recibe la motivación para comenzar, pero ya posee el dolo: tiene decidido por ejemplo un homicidio y solo espera a que le faciliten el pago –igual que podrían facilitarle la pistola para llevarlo a cabo–. En estos casos, de nuevo, no se justifica la afirmación de una inducción, aunque evidentemente exista responsabilidad según otras figuras participativas.

5. Tercera cautela: ¿es el *omnimodo facturus* un cómplice psíquico?

1. Como ya hemos apuntado, un sector de la doctrina entiende que en estos supuestos de *omnimodo facturus* no procede la condena por inducción, pero comoquiera que existiría un reforzamiento o aliento al dolo del autor, sería adecuada una condena por complicidad psíquica.⁶⁹

2. En primer lugar, debe quedar claro que desde luego lo anterior no significa que, descartada la inducción, la punibilidad por participación psíquica sea automática, ni mucho menos. Antes bien, ha de poder ser concluido que dicho apoyo psíquico ha sido eficaz, si no para crear el dolo que el autor ya tenía (estaríamos ante un caso de inducción), sí para hacer que éste no decaiga, es decir, ha de probarse que estamos ante un aporte psíquico al hecho que ha logrado mantener al autor del delito en su idea criminal. Un mero solidarizarse con el autor, aunque sea con palabras de aliento durante la ejecución, no necesariamente supone un aporte psíquico al hecho, pues el convencimiento del autor del delito de que debe ejecutarlo puede ser independiente y totalmente autónomo de opiniones ajenas. Breve: la eficacia del reforzamiento, ha de ser probada.

En realidad, no estamos afirmando ninguna particularidad diversa que no venga ya contenida en la tipicidad de la complicidad: simplemente han de reunirse los completos elementos de esta figura participativa, pues el hecho de tratar de inducir a alguien que en realidad ya estaba determinado al hecho, no implica necesariamente que se rellene el tipo de la complicidad. La complicidad psíquica, no es sino una forma más de complicidad, y como tal complicidad que es, ha de reunir todos los elementos normativos que la definen.

⁶⁸ Sobre esta problemática, cfr. BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 132 y ss., resumiendo las distintas opiniones doctrinales.

⁶⁹ Vid. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 309 y ss., 446 y ss.; BGH b. DALLINGER, *MDR*, 1957, 393, 396; más referencias en ROXIN, «§ 26» en BURKHARD (ed.), *LK*, 11ª ed., Nm. 17; sentencia de la 1StR 377/95 de 8 de agosto de 1995; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, 1999, pp. 67 y ss., quien –como en el texto– destaca que no existe *per se* responsabilidad, él desde la perspectiva de la imputación objetiva. Para cierta jurisprudencia (STS de 2 de diciembre de 2008) procedería afirmar una suerte de tentativa de inducción, punible como proposición del art. 17.2 del CP; al respecto, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, pp. 384, 386.

Porque tampoco conviene engañarse: un aporte psíquico puede parecer a simple vista más sencillo de llevar a cabo que un aporte físico, pero ello no tiene por qué ser así en el caso concreto, ni el mismo puede ser simplemente presupuesto, sin más. Debe exigirse y probarse que el cómplice haya producido en la psique del autor, aumentando el riesgo, una influencia al hecho. Y la prueba se lleva a cabo igual que la prueba del dolo. La solidaridad, aunque sea manifestada verbalmente, no es un aporte al hecho si no hay prueba de influencia alguna; estar de acuerdo con el hecho, de nuevo aunque sea expresamente manifestado de forma verbal, no es aporte salvo que exista prueba de una contribución influyente.⁷⁰

ROXIN ha señalado para estos casos que podría ser sustituida la necesidad de causalidad del aporte al hecho principal, por el principio de elevación del riesgo. Es cierto, ha de estarse como siempre a la fórmula de la imputación objetiva: el partícipe ha de haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha de haber concretado en su aporte al hecho principal a través del autor. En todo caso, lo que desde luego no puede ser dudado es que hay que realizar un aporte normativamente –lo cual incluye el aporte psíquico– pues de otro modo sería imposible distinguir entre participación consumada –punible– (aunque sea en una tentativa) y tentativa de participación –no punible como tal en derecho español. Cuando el aporte es físico, puede ser prestado incluso sin connivencia con el autor, ya que el mismo, en general, puede ser realizado a través del autor, pero también al hecho directamente. Decisivo es únicamente que el aporte tenga efectividad al menos en la ejecución del hecho.⁷¹ En cambio, si se trata de una complicidad psíquica ésta siempre es prestada a través del autor, en concreto, a través de la psique del autor –esa es la única particularidad–, luego sí tiene que haber sido tomada en cuenta por él y estar probada su eficacia. De otro modo, estamos ante una –no punible– tentativa de participación.

3. La sentencia que hemos querido proponer para nuestras reflexiones, resulta una vez más muy interesante respecto de esta discusión. Parece que habría que llegar a la conclusión de que existen buenos motivos para no afirmar tampoco complicidad psíquica en el comportamiento de Elena, aunque ciertamente, como quiera que la cuestión no fue planteada en la instancia, los hechos probados han sido conformados sin tenerla en cuenta, lo que dificulta ahora adoptar una decisión segura. Con ello, damos respuesta asimismo a la alternativa planteada por el Tribunal Supremo de la cooperación necesaria.

Parece dudoso mantener que las palabras de Elena, pronunciadas en pleno fragor de la pelea que mantenían Abel y su víctima, supusieron un estímulo al dolo de Abel, hasta tal punto de considerar que fueron causales –siquiera sea en una causalidad ideal, psíquica, o como elevación del riesgo (ROXIN)– para el reforzamiento del dolo. Durante la inmediatez y fragor de la pelea, tras haber estado ambos contendientes “en el suelo”, forcejeando “por la

⁷⁰ Sobre todo ello, en detalle, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 127 y ss., 132 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313 y ss., 315, 319.

⁷¹ Vid. BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 34 y ss., 46 y ss., 70 y s., con una completa exposición de las opiniones doctrinales.

posesión de la navaja, que se le había caído a Abel", en ese rápido y súbito forcejeo, con la celeridad que tales hechos implican, fue cuando Elena pronunció sus palabras. Esta realidad fáctica no deja mucho margen a la complicidad psíquica: supone una interpretación contra reo de los hechos, desnudos tal y como fueron plasmados por el tribunal de instancia, afirmar aporte alguno psíquico eficaz al desarrollo del suceso. En el relato de hechos probados, no hay dato alguno que permita siquiera vislumbrar que las palabras de Elena tuvieran la más mínima influencia en el dolo ya formado de modo perfecto en Abel. Ni desde un punto de vista temporal, ni desde uno material, existiría, pues, una hipotética complicidad psíquica, menos pues, cooperación. Abel desde luego no tuvo tiempo ni de –permítasenos decirlo así– procesar la información que se deducía de las palabras "*pínchale, pínchale*". Hemos de insistir no obstante, que al no haberse discutido tal cuestión en la instancia, los hechos probados son poco claros al respecto.

4. En todo caso, en general, podrá discutirse si hay o no prueba sobre la efectividad del aporte psíquico, pero, por ello, la duda se mueve entre la complicidad psíquica y la no punibilidad, no entre la complicidad psíquica por un lado y la inducción o la cooperación necesaria psíquica, por otro. En pocas palabras, nos parece plausible jurídicamente discutir si afirmamos complicidad psíquica o no punibilidad, pero no inducción o cooperación necesaria psíquica. Una antigua sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán,⁷² discutió esta cuestión en un asunto parecido, condenando por complicidad psíquica, dando lugar a numerosas críticas de la doctrina científica que entendió que las palabras de ánimo o aliento del pretendidamente instigador no habían tenido eficacia alguna: después de que el conductor de un automóvil hubiera causado un grave accidente, gritó el copiloto que debía continuar la marcha; según los hechos probados el conductor ya estaba decidido en todo caso a hacerlo; para la sentencia, él se habría sentido reforzado en su decisión y continuó la marcha a toda velocidad. La doctrina discrepante señaló que el tribunal más bien habría supuesto que efectivamente los gritos de continuar la marcha habrían tenido algún tipo de influencia efectiva en la decisión al hecho del autor, sin prueba para ello. Pero hemos de insistir: se trata de la discusión sobre si hay complicidad psíquica (BGH) o no (voces discrepantes en la doctrina) –y, por ende, ausencia de punibilidad–, no sobre si hay inducción (!) o, entre nosotros, cooperación necesaria psíquica. En otras palabras: precisamente la doctrina ha criticado esta jurisprudencia por cuanto habría excedido la complicidad psíquica, luego a mayor abundamiento los reproches contra una afirmación de inducción deben ser más esenciales si cabe.

El proceder no es nuevo. También en Alemania ha sido criticado por la doctrina científica que en más ocasiones de las que se debería, y mediante el expediente de transformar supuestos omisivos –un mero estar, por ejemplo– en activos, ha sido afirmada sin base para

⁷² BGH VRS (Verkehrsrechts-Sammlung) 23 (1962), 207 y ss.; hechos probados y resolución similares en: BGH VRS 59 (1980), 185 y ss.; al respecto, crítica, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 104 y s., 160 y ss. (a la luz de nuevos ejemplos jurisprudenciales); vid. también LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 315 y ss., con nota 158, 319.

ello una complicidad psíquica.⁷³ Y es que, como es obvio, el supuesto omisivo sólo es punible –por cierto: el activo también– si el sujeto está en posición de garante. Por ello, la jurisprudencia más moderna ha acentuado que el simple conocimiento de la comisión del hecho y la conformidad con el mismo, sin que exista un aporte objetivo eficaz al hecho, no es suficiente para afirmar complicidad psíquica. Hoy es criticada en general la antigua sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán⁷⁴ que condenó por complicidad psíquica a un robo y lesiones graves, en un supuesto en el que los acusados estaban en un descampado –tras estropearse su vehículo–, y allí agredieron y sustrajeron 200 marcos a su víctima; durante la pelea, A estuvo primero expectante, luego incluso se puso de parte de la víctima para evitar que le hicieran más daño, y se consideró probado también que ya antes de la pelea se había apercebido que la víctima iba a ser robada; con posterioridad participó en el reparto del botín. El Tribunal Supremo Federal alemán confirmó la condena afirmando que su presencia durante la pelea había transmitido una sensación de más seguridad y que A estaba de acuerdo con la sustracción del dinero; como decimos, la literatura científica más moderna, haciéndose eco de la jurisprudencia más reciente, descarta en un supuesto como éste hablar de complicidad psíquica.⁷⁵ Permanecer en el lugar de los hechos no es un aporte (y el reparto del botín es un delito distinto); y, por lo que respecta a la omisión, no siempre hay posición de garante. Cosa distinta es, naturalmente, cuando ha existido un reparto de roles previo, según el cual unos esperan y otros v. gr. atracan, pero la espera no es una mera presencia, sino un aseguramiento de la huida –y por tanto un dominio funcional antes de la consumación– o una vigilancia activa (en ambos casos: coautoría).⁷⁶

En otros supuestos también existe esta transmisión de sensación de seguridad –y, por ende, es aumentado el riesgo de realización del hecho–, aun cuando el aporte físico concreto no tenga relevancia para el delito: el cómplice da al autor ya decidido a unas lesiones una bata o guardapolvos (aporte físico) para que éste pueda llevar a cabo el hecho sin ser reconocido (aporte psíquico) al ponérsela encima de su uniforme;⁷⁷ complicidad psíquica y no complicidad física pues la ropa que lleve el autor del delito es indiferente respecto de un delito de lesiones, pero no así respecto de la sensación que él tenga de poder ser descubierto, lo cual aumentará el riesgo de comisión.

⁷³ Cfr. BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 155 y ss.

⁷⁴ BGH de 25 de octubre de 1966, MDR 67, 173.

⁷⁵ Cfr. BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 157, 155 y ss., con cita también de BGH NSTZ 93, 233, BGH 93, 385, BGH StV 95, 363 y s., BGH StV 96, 659 y s., BGH 96, 563 y ss., todas en el sentido de que la circunstancia de permanecer simplemente en el lugar de los hechos no puede ser valorado como un actuar positivo.

⁷⁶ Cfr. STS 21 de febrero de 1989; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 y s.; en contra – participación vs. coautoría (STS): GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 470 y s.; así como, en detalle: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «“Caso del vigilante conductor”» en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, 2011, pp. 373 y ss., con las completas referencias bibliográficas a las que dicha sentencia dio lugar.

⁷⁷ Cfr. RG 8, 267 – sentencia de 10 de mayo de 1883, y, al respecto, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 95 y s., 162; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 324 y s.

5. Así las cosas, y puesto que como vemos, la mera presencia –sin que concurran aportes suplementarios– no asegura que pueda hablarse de complicidad psíquica –y menos de inducción–, conviene analizar a continuación también, siquiera sea brevemente, la mera presencia de Elena en nuestro caso, es decir, la parte omisiva del suceso, aun cuando ya puede ser avanzado que en supuestos de permanencia de un sujeto en el lugar del hecho, sea ello visto como acción (al modo de lo analizado hasta ahora) o como omisión, la solución no puede variar,⁷⁸ pues si no intervienen nuevos riesgos, la solución no pasa por calificar el comportamiento como activo u omisivo, sino por las posibilidades de afirmar o no la posición de garante, con independencia de la fenomenología del comportamiento.

6. Cuarta y última cautela: inducción y omisión

1. Quizás porque el propio órgano de instancia era consciente de lo compleja que resultaba su decisión de condena por inducción, en todo caso la sentencia trae a colación de forma subsidiaria y pretendidamente cumulativa una responsabilidad de Elena también por omisión. Aunque se percibe que para la Sala *a quo* y para el Tribunal Supremo lo fundamental fueron las palabras “*pínchale, pínchale*”, así como –sobre todo en la casación– su actividad previa a las mismas, la omisión de impedir el resultado también habría hecho punible a Elena –se afirma también– como *autora* omisiva (y no ya como inductora).

2. Ello sitúa en primer plano la controvertida cuestión dogmática de si es posible, en abstracto, una inducción por omisión. Así, la sentencia parece haber escogido la figura de la *autoría* para la parte omisiva del suceso, probablemente porque la doctrina ha dudado desde siempre que pueda existir la construcción de una inducción por omisión,⁷⁹ siendo precisamente mayoritarias las voces que lo niegan.⁸⁰

Sin embargo, al menos en ciertos supuestos parece posible una inducción por omisión (“ciertos supuestos” únicamente porque su aparición fáctica es poco frecuente, no porque su construcción dogmática constituya una excepción). Por ejemplo, pese a su rareza fáctica, existe inducción en comisión por omisión cuando un *agent provocateur*, tras su comportamiento activo de provocación sin que exista dolo de consumación⁸¹ (*ergo*: no

⁷⁸ Por todos, últimamente, REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, 2010, pp. 163 y ss., con más referencias bibliográficas.

⁷⁹ A favor: STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1986, pp. 273 y ss. Cfr. también, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 207 y ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 507 y ss.

⁸⁰ Por todos, con actualizada bibliografía: MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung – Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 2009, pp. 147 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., 1986, p. 534; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., 1997, p. 384; EL MISMO, *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 144 y ss.; MIR PUIG, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., 2008, pp. 415 y s., p. 410, quien en estos supuestos afirma precisamente una cooperación por omisión; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 523 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 212, 214.

⁸¹ En la medida en que sea admitida la figura: cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, 1995, pp. 166 y ss.

punibilidad como inducción activa), se percibe de que el provocado sí puede llegar a consumir el delito y, a pesar de ello, no lo impide pese a tener oportunidad para ello.⁸²

Generalizando pues, resulta posible la inducción por omisión cuando existe un deber de aseguramiento respecto de una información potencialmente inductora, que ha salido del ámbito de organización del autor y que, en posición de garante, por ejemplo por injerencia, de todas formas no ha sido revertida. En estos casos debe hablarse de un principio de “prohibición de sobrevaloración del aporte”, sobre el que ya nos hemos ocupado en una publicación anterior.

3. Se trata de la imbricada cuestión del encadenamiento o sucesión temporal de las realizaciones activa y omisiva, y de las pautas que deben seguirse en orden a un correcto tratamiento de estos supuestos.⁸³ Así, lo habitual es que la comisión preceda a la omisión: un sujeto dispara a otro dolosamente (acción), dejando después que muera sin socorrerlo (omisión). Estos casos se muestran como no problemáticos, cuando, como en el ejemplo, tanto en la acción precedente como en la omisión posterior, coinciden aspectos tan relevantes como la forma de intervención (autoría o participación), o el tipo subjetivo (dolo e imprudencia): tanto en la parte activa del suceso como en la omisiva, el sujeto de nuestro ejemplo es *autor* y su comportamiento es *doloso*, y por ello no es necesario problematizar si lo relevante es el aspecto activo o el omisivo del suceso; en ambos casos, el sujeto responde como autor doloso.

Pero lo cierto es que cuando la acción precedente y la posterior omisión no coinciden en aspectos como autoría y participación, o dolo e imprudencia, la tendencia jurisprudencial es a afirmar únicamente una autoría omisiva, descartando otras formas de intervención. Elena, tras decir “*pínchale, pínchale*”, omitió toda actuación hasta que se produjo la muerte; por ello, la propia sentencia de instancia plantea que “*puede hoy construirse una autoría por comisión por omisión, cuando el omitente ha creado el riesgo mismo para el bien jurídico protegido, mediante una acción u omisión precedente, que no tiene por qué ser lícita, y que puede ser, y lo será con frecuencia, ilícitamente provocada mediante una acción delictiva*”;⁸⁴ es decir, para la parte omisiva del suceso el órgano enjuiciador de instancia transforma lo que antes era visto como una posible *inducción* ahora en un supuesto de *autoría* omisiva.

4. La anterior conclusión, empero, no parece correcta. Carece de consistencia y coherencia dogmática que quien facilita con su comportamiento la realización del hecho principal, pero después tiene una oportunidad de impedir el resultado, se convierta, *ex art. 11 CP*, en autor por omisión, cuando en realidad era tan sólo partícipe. El comportamiento del interviniente que facilita la realización del hecho principal o que induce a él, puede ser visto ciertamente como un actuar precedente en el sentido de la injerencia del art. 11 CP, que por tanto situaría en posición de garante, pero no es menos cierto que dicha posterior

⁸² PÉREZ ALONSO en ZUGALDÍA ESPINAR (dir.)/PÉREZ ALONSO (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., 2004, p. 737; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, pp. 230 y ss., 233.

⁸³ De siempre ha preocupado esta cuestión; por todos, SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1986, pp. 273 y ss., con más referencias bibliográficas.

⁸⁴ Sentencia de instancia, F. J. 3º, citando la STS de 20 de julio de 2001.

omisión de impedir el mismo hecho al que él con su actuación precedente prestó ayuda o indujo, no le convierte en autor en comisión por omisión, frente a esa responsabilidad como cómplice o inductor. De otro modo, habría una conversión, *ex art. 11 CP*, de prácticamente todos los cómplices o inductores, en autores por omisión, siempre que, como es muy habitual, tuviesen la más mínima oportunidad de, tras su aporte, impedir el resultado, por ejemplo, simplemente, denunciando.⁸⁵

La solución se puede resumir diciendo que, en este tipo de casos, debe imperar una “prohibición de sobrevaloración del aporte”.⁸⁶ El contenido de este principio es: el aporte realizado por el partícipe no debe ser sobrevalorado en virtud de una omisión posterior, de forma que el partícipe se convierta en autor por omisión, y ello a pesar de que se quisiese afirmar la existencia en su persona de una posición de garante por inferencia. En nuestro caso, dicho supuesto acto previo no fue otro que –en su caso– reforzar el dolo de Abel mediante las palabras “*pínchale, pínchale*”, es decir, –como mucho– una complicidad psíquica, y ello no cambia aunque con posterioridad a dichas palabras Elena adoptase una actitud meramente pasiva: seguirá tratándose de una complicidad psíquica, entonces por omisión, que no puede ni debe ser “sobrevalorada” por esa posterior pasividad, transformándola en una autoría, como hizo la sentencia de instancia, confirmada por el Tribunal Supremo.

El interviniente queda siempre vinculado al suceso penal, pero siempre única y exclusivamente según el aporte realizado. Las posteriores omisiones no lo convierten en autor del acontecimiento. El quantum de la intervención (es decir, si se trata de autoría o de alguna de las formas de participación) sólo puede variar cuando las posteriores omisiones constituyan una nueva extensión delictiva del ámbito de organización, es decir, una nueva y distinta creación de riesgos. No ha de insistirse aquí más en ello, pues tal principio fue ya objeto de otra publicación. Sí dejar constancia, al menos, de que el principio –como vemos– no es una mera digresión teórica: debiera haber sido aplicado en la sentencia que nos sirve de ejemplo. Y buena prueba de ello es que –una vez más– también desde las perspectivas de la imputación objetiva, se llega a las mismas conclusiones: en la asignación de deberes positivos no cabe regresar a un momento anterior al de quien asume como propio un determinado curso de riesgo, de modo tal que comoquiera que el partícipe lo es por la intervención en el hecho de otro, y siendo así que los hechos propios son los que legitiman la asignación de deberes de garantía, alguna doctrina señala incluso que ni tan siquiera habría posición de garante por inferencia en estos supuestos para el partícipe por su acto de

⁸⁵ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., 1994, pp. 463 y ss.: el dominio del hecho real, nada tiene que ver con un tal dominio del hecho en el sentido de mera posibilidad (“potencial”) de impedir el resultado. Últimamente destacado una vez más por MOSENHEUER, *Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 2009, pp. 96 y s., 182 y s., o, entre nosotros, FIGUEROA ORTEGA, *Delitos de infracción de deber*, 2008, pp. 89 y s.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, 1998, pp. 253 y ss.

⁸⁶ VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 283 y ss., 286; REQUENA JULIANI, *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, 2010, pp. 155 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, pp. 187 y ss., 234 y ss., 237 y ss.

participación,⁸⁷ llegando desde esta otra plausible forma a la misma conclusión que aquí ha sido defendida.

5. En suma, retornando a la dogmática de la inducción, por los mismos motivos puede existir inducción por omisión, cuando lo que une a un sujeto con el suceso es un aporte inductor, y en verdad, permanece invariablemente durante todo el transcurso del hecho, con independencia de que primero no exista dolo (*ergo*: no inducción activa, por falta de dolo) y posteriormente sí (*ergo*: inducción [dolosa] en comisión por omisión). Empero, no era el caso de Elena.

7. Resumen de conclusiones

Resumiendo lo mismo, someto a discusión las siguientes tesis:

1.^a La inducción, como figura indudablemente participativa que es, debiera merecer –frente a la taxativa previsión legislativa contenida en el art. 28 del Código Penal– una sanción inferior a la autoría, siquiera sea mínima o simbólica, en todo caso atenuada respecto del autor del hecho principal. Sólo de esta forma se atiende al menor grado de culpabilidad que la caracteriza.

2.^a La anterior tesis, apuntada ya por alguna doctrina, parece una obligada consecuencia del actual estado de la dogmática de la autoría y participación, embebida en los postulados más modernos de la teoría de la imputación objetiva, en concreto, de la dogmática de la prohibición de regreso. Carece de justificación una equiparación punitiva que, *de facto*, acerca la inducción a la figura de la autoría mediata, cuando ambas no comparten ningún punto de semejanza normativa. Hemos podido constatar que muchos de los supuestos que eran calificados como de inducción, y que por tanto –otrora– debían tener la misma pena que el autor, hoy día son más correctamente calificados por la doctrina científica como de autoría, desde reflexiones propias de la imputación objetiva. Desde la sentencia del Alcalde de Mancha Real, hasta la más moderna de los *Latin Kings*, pasando por la que resolvió sobre la responsabilidad de un cabecilla del Grapo respecto de un secuestro con desaparición, el Tribunal Supremo también ha asumido como propios, criterios de imputación objetiva que conducen a la autoría, y que hacen innecesaria la figura de la inducción para supuestos de organizaciones jerarquizadas y otros semejantes. Ello también puede ser constatado en la jurisprudencia extranjera sobre aparatos organizados de poder – la terminología, empero, varía notablemente–, y así, en Alemania, Argentina, Chile, Perú o Colombia. La misma tendencia se observa, lógicamente, en organizaciones no delictivas pero igualmente jerarquizadas; por ejemplo, en supuestos del Derecho penal económico y de los negocios, pues las organizaciones empresariales también se encuentran conformadas jerárquicamente. Por su parte, la propia legislación penal también marca esta tendencia: en España, cada vez son más los tipos de la Parte Especial que hacen tabla rasa de las distinciones contenidas en los arts. 28 y 29 del Código Penal, y cuyo tenor literal conduce a afirmar, en su caso, *a la vez*, imputación y autoría. Otros cuerpos legislativos, por ejemplo el

⁸⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 105 y ss.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, plasman igualmente soluciones no diferenciadoras. – Esta senda legislativa, jurisprudencial y doctrinal, que desde la imputación objetiva amplía la autoría allí donde hace años quizás habría “inducción”, produce el corolario para nuestro estudio de que, donde dicha ampliación no ha sido ni necesaria ni pertinente, la afirmación de una penalidad de la inducción idéntica a la del autor, no parece adecuada.

3.^a En todo caso, de *lege lata*, es tal la simetría penológica a la que obliga el legislador con su regulación de la figura de la inducción equiparada punitivamente a la autoría, que la misma impone que en idéntica medida deberá ser la simetría entre lo inducido y lo realmente ejecutado. La congruencia ha de ser perfecta. Desviaciones al respecto deben hacer que inmediatamente decaiga la figura de la inducción. De otro modo, no puede ser justificada –menos aún, diríamos nosotros– la imposición al inductor de la misma pena que al autor. Por ello, la mera creación de una situación que favorezca el delito, o que sea aprovechada por otro para delinquir, no conduce a la responsabilidad por inducción, sino que, conforme a los postulados generales de la imputación objetiva, debe recibir un doble tratamiento: o bien el sujeto garante ha sobrepasado el riesgo permitido, pero su forma de responsabilidad no es la inducción, sino la complicidad (en su caso, psíquica), o bien esa creación de las condiciones para el delito no traspasa, empero, los límites del riesgo permitido, aunque el autor se aproveche de las mismas, de suerte que el comportamiento del supuesto “inductor” será una acción neutral y no dará lugar a responsabilidad. Sea como fuere, no hay “inducción”, sino ausencia de responsabilidad en unos casos, y, en otros, complicidad. La solución adecuada para estos supuestos no se encuentra en sede de la dogmática de la inducción, sino que ha de ser extraída de los parámetros de la teoría de la imputación objetiva.

Por su parte, tratar de reconducir éstos y otros supuestos parecidos, de la “inducción” a la “cooperación necesaria”, no soluciona el problema, sino que tan solo lo reformula: en realidad, las figuras de la cooperación necesaria y la inducción –en tanto en cuanto la inducción deba tener la misma pena que la autoría– se solapan asimétricamente; crear un motivo determinante para la realización del hecho (inducción), es cooperar a dicha ejecución con un acto sin el cual el delito no se habría efectuado (cooperación necesaria); y una de las posibles formas de cooperar a la ejecución de un delito con un acto sin el cual el ilícito no se habría ejecutado (cooperación necesaria), resulta cuando dicho acto consiste –nada más y nada menos– que en la creación del dolo del autor (inducción), es decir, cuando se instiga mediante dicho acto tan necesariamente que ello es constitutivo de una inducción directamente a otro a ejecutar el delito.

4.^a El contrapunto a los anteriores supuestos lo constituye la figura del *omnimodo facturus*: ya no se trata de la inexistencia de homogeneidad entre lo inducido y lo realmente ejecutado, sino de todo lo contrario: la congruencia es perfecta, pero resulta que lo es porque el pretendidamente inducido ya tenía el dolo del delito antes de que la inducción se produjese. Una simple tendencia general al delito, no es estar ya determinado al hecho; pero una tendencia a un delito concreto sí es relevante, de suerte que sólo podrá concurrir

una quasi determinación a dicho hecho, no inductiva: si lo sucedido es que el sujeto venció las barreras que todavía le restaban debido a la “inducción”, probablemente estemos sólo ante una complicidad psíquica, pues esta conclusión debiera venir impuesta por la premisa taxativa a la que obliga el legislador que ha previsto una inducción equiparada penológicamente a la autoría. Otro aspecto que debe de tenerse en cuenta para la solución es si la tendencia al delito –incluso al delito concreto– decayó y, por ende, si estamos ante una verdadera renovación del dolo, o no; sólo en el primero de los supuestos, ciertamente hay una creación del dolo, inductiva pues. Pueden y deben ser diferenciados, como vimos, tres supuestos: *transinducción*, *infrainducción* y *sobreinducción*, con las soluciones diversas para los distintos casos que expusimos *supra* y que no es necesario reproducir aquí.

No hay, de todas formas, renovación del dolo en aquellos supuestos en los que puede ser constatada una simultaneidad entre el supuesto comportamiento instigador y la supuesta acción inducida, de modo tal que en ellos no debe ser afirmada una inducción típica. Son, una vez más, como el estudio ha demostrado, supuestos de *omnimodo facturus*.

5.^a Complemento de la anterior conclusión resulta: en los supuestos de *omnimodo facturus*, descartada la inducción, no debe ser afirmada de manera automática una complicidad psíquica. Antes bien, ha de haber resultado probado que el supuesto apoyo psíquico ha sido eficaz, si no para crear el dolo, sí para hacer que éste no decaiga, reforzándolo o, al menos, manteniéndolo. Cuando el aporte es físico, puede haber sido prestado incluso sin connivencia con el autor. En cambio, si se trata de complicidad psíquica, ésta siempre es ejecutada a través del autor, en concreto, de la psique del autor, luego debe haber sido tomada en cuenta por él y estar probada su eficacia. Poca o nula eficacia podrá afirmarse, en general, cuando el apoyo psíquico, por ejemplo mediante palabras de aliento, se produce de forma simultánea al delito. En la jurisprudencia y doctrina alemanas ha sido muy discutido si estos supuestos de aliento simultáneo al autor son constitutivos de complicidad psíquica (BGH) o –como decimos– si ni siquiera son punibles (en general la doctrina científica), pero no desde luego si se trata de inducción, como parece ser la tendencia en España (*vid.* la sentencia del Tribunal Supremo que hemos comentado, de 28 de marzo de 2007). Además, el análisis penal no debe reconducir estos supuestos a perspectivas omisivas, en el sentido de que la permanencia en el lugar de los hechos reforzaría siempre el dolo (complicidad, *per se*), pues, antes bien, ha de poder ser afirmada la posición de garante. En ocasiones la habrá (el caso del conductor que permanece vigilante para facilitar la huida: coautoría), pero ello es consecuencia de un reparto de roles previo, no de un mero solidarizarse con el autor. En otros supuestos también existe esta transmisión de sensación de seguridad –y, por ende, es aumentado el riesgo de realización del hecho–, aun cuando el aporte físico concreto no tenga relevancia para el delito y el aporte psíquico sobrepase, una vez más, la mera solidaridad delictiva: el cómplice da al autor ya decidido a unas lesiones una prenda para cubrir su uniforme (aporte físico) para que éste pueda llevar a cabo el hecho sin ser reconocido (aporte psíquico): complicidad psíquica y no complicidad física pues la ropa que lleve el autor del delito es indiferente respecto de un delito de lesiones, pero no así respecto de la sensación que él tenga de poder ser descubierto, lo cual aumentará el riesgo de comisión.

6.^a En todo caso, como hemos visto, la mera presencia –sin que concurran aportes suplementarios– no asegura que pueda hablarse de complicidad psíquica –y menos de inducción–, sea ello visto como una acción o como una omisión. La inducción en comisión por omisión es posible, pero –como siempre– tiene que poder ser constatado el aporte “inductivo”, que en buena lógica residirá en el pasado, mediante un comportamiento de injerencia, situando al sujeto en posición de garante, que a su vez dará lugar a su responsabilidad –por omisión– cuando no revierta dicho aporte “inductivo” que con posterioridad se va a concretar en el comportamiento del autor.

8. Tabla de jurisprudencia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS (2 ^a) de 28 de marzo de 2007	Excmo Sr. Joaquín Giménez García
SAP Alicante de 26 de mayo de 2005	Ilmo. Sr. D. José de Madaria Ruvira
STS (2 ^a) de 30 de abril de 2003	Excmo Sr. José Jiménez Villarejo
STS (2 ^a) de 14 de junio de 1993	Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS (2 ^a) de 2 de julio de 1994	Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS (2 ^a) de 24 de febrero de 2011	Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca
STS (2 ^a) de 2 de diciembre de 2008	Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano
STS (2 ^a) de 10 de abril de 2003	Excmo Sr. Juan Saavedra Ruiz
STS (2 ^a) de 2 de diciembre de 2008	Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano
STS (2 ^a) de 25 de julio de 2003	Excmo Sr. José Manuel Maza Martín
STS (2 ^a) de 29 de noviembre de 2002	Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano
STS (2 ^a) de 2 de julio de 1994	Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS (2 ^a) de 14 de julio de 2010	Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca
STS (2 ^a) de 30 de marzo de 2009	Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS (2 ^a) de 2 de diciembre de 2008	Excmo Sr. José Ramón Soriano Soriano
STS (2 ^a) de 4 de julio de 2005	Excmo Sr. Francisco Monterde Ferrer
ATS (2 ^a) de 17 de setiembre de 2007	Excmo Sr. Joaquín Giménez García
STS (2 ^a) de 22 de marzo de 2000	Excmo Sr. José Antonio Maraño Chávarri
STS (2 ^a) de 21 de febrero de 1989	Excmo Sr. Enrique Bacigalupo Zapater
STS (2 ^a) de 20 de julio de 2001	Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar

9. Bibliografía

AMBOS, Kai (2008), «El caso argentino» en EL MISMO (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 17 y ss.

BACIGALUPO, Enrique (1970), *Delitos impropios de omisión*, Pannedille, Buenos Aires.

- EL MISMO (1997), *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 4^a ed., Akal, Madrid.

BARBER BURUSCO, Soledad (2004), *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada.

BAUNACK, Martina (1999), *Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe – unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín.

BECKER, Christian (2009), *Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft*, Nomos, Baden-Baden.

BLANCO CORDERO, Isidoro (2001), *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada.

BOLEA BARDÓN, Carolina (2000), *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- LA MISMA (2004), *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona.

CANCIO MELIÁ, Manuel (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona.

CARO JOHN, José Antonio (2007), *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten. Regressverbot*, Nomos, Baden-Baden.

CORELL, Christian (2007), *Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Mitwirkung an Kollegialentscheidungen auf der Leitungsebene von Wirtschaftsunternehmen bei vorsätzlichen Begehungsdelikten*, Heymann, Köln.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (1978), *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Bosch, Barcelona.

- EL MISMO (2009), *El Derecho penal español, Parte General. Teoría del delito*, v.2, Dykinson, Madrid.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo (1986), *La provocación para cometer el delito en el Derecho Penal español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código Penal)*, Univ. Complutense de Madrid, Madrid.

- EL MISMO (1990), «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *CPC*, pp. 97 y ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (1991), *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.

- EL MISMO (2011), «Caso del vigilante conductor» en SÁNCHEZ OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 373 y ss.

-

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007), *Derecho penal español, Parte General. En esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (1999), *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada.

FIGUEROA ORTEGA, Yván (2008), *Delitos de infracción de deber*, Dykinson, Madrid.

FRISCH, Wolfgang (1988), *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.

GARCÍA DEL BLANCO, Victoria (2006), *La coautoría en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GIL Y GIL, Alicia (2008), «El caso español» en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 89 y ss.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1966), *Autor y cómplice en Derecho penal*, Univ. de Madrid, Madrid.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen (1995), *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GÓRRIZ ROYO, Elena M^a (2008), *El concepto de autor en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María (2001), *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- LA MISMA (2001), «¿Autoría material del delito mediante suministro de instrumentos necesarios para la comisión delictiva? (Comentario a la decisión contenida en el Auto del Tribunal Supremo 1856/2001, de 21 de septiembre)», *Revista de Ciencias Penales*, 2001-2002, pp. 181 y ss.

GUZMÁN, José Luis (2008), «El caso chileno» en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 73 y ss.

HAAS, Volker (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen. Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises (1996), *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada.

JAKOBS, Günther (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York.

- EL MISMO (1999), «Comentario a la sentencia del BGH de 26 de julio de 1994 – 5 StR 98/94» *Revista de Ciencias Penales*, (trad. María Gutiérrez Rodríguez), pp. 264 y ss.

HARTMUT, Johannes (1963), *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässigem Handeln des Werkzeuges. Ein Scheinproblem*, Frankfurt am Main.

KUTZNER, Lars (2004), *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der mittelbaren Täterschaft*, Lang, Frankfurt am Main.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (2002), *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana". Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros"*, Comares, Granada.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2002), *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Tecnos, Madrid.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo (1996), *Autoría y participación*, Akal, Madrid.
- LÓPEZ DÍAZ, Claudia (2008), «El caso colombiano» en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 155 y ss.
- LÓPEZ PEREGRÍN, M^a Carmen (1997), *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOTZ, Henning (2009), *Das "absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug": Ein Fall der mittelbaren Täterschaft? Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur*, Kovač, Hamburg.
- LÜDERSSEN, Klaus (1967), *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden.
- MACKINNON ROEHRS, John (2004), *Autoría y participación y el delito de receptación*, Lexis Nexis, Santiago de Chile.
- MALARINO, Ezequiel (2008), «El caso argentino» en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 39 y ss.
- MARLIE, Marcus (2009), *Unrecht und Beteiligung. Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs*, Nomos, Baden-Baden.
- MELENDO PARDOS, Mariano/GIL GIL, Alicia/LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel/MELEND PARDOS, Mariano/NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José (2011), *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid.
- MEINI, Iván (2008), «El caso peruano» en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, pp. 131 y ss.
- MIR PUIG, Santiago (2008), *Derecho Penal. Parte General*, 8^a ed., Reppertor, Barcelona.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona.
- MORENO Y BRAVO, Emilio (1997), *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión*, Dykinson, Madrid.
- MOROZINIS, Ioannis (2010), *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín.
- MOSENHEUER, Andreas (2009), *Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002), «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista Penal*, (9), pp. 59 y ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1995), *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- NEPOMUCK, Lutz (2008), *Anstiftung und Tatinteresse*, Duncker & Humblot, Berlín.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana (1986), *Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos, Madrid.

OLMEDO CARDENETE, Miguel Domingo (1999), *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique (1990), *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid.

- EL MISMO (2011), «Caso Rose-Rosahl» en SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 61 y ss.

PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (1998), *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Comares, Granada.

- EL MISMO (2004) en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.) y PÉREZ ALONSO, Esteban Juan (coord.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

PÉREZ CEPEDA, Isabel (2002), «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», *Revista Penal*, (9), pp. 106 y ss.

POLAINO NAVARRETE, Miguel/POLAINO-ORTS, Miguel (2004), *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid.

PUPPE, Ingeborg (1984), «Di objektive Tatbestand der Anstiftung», GA, pp. 101 y ss.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (2010), *Parte General del Derecho Penal*, (con la colaboración de MORALES PRATS, Fermín), 4ª ed., Civitas, Cizur Menor, Navarra.

REBOLLO VARGAS, Rafael (1997), *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

REQUENA JULIANI, Jaime (2010), *Intercambiabilidad de acción y omisión en los delitos de dominio: Posición de garante e imputación objetiva*, Dykinson, Madrid.

ROBLES PLANAS, Ricardo (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid y Barcelona.

- EL MISMO (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.

ROTSCH, Thomas (2009), *“Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen.

ROXIN, Claus (1994), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª ed., Walter de Gruyter, Berlín y Nueva York.

- EL MISMO, «§26» en BURKHARD, Jähne (ed.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, Nm. 1 y ss.

RUSCONI, Maximiliano (2009), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires.

SAMSON, Erich (1997), «§26» en EL MISMO (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., Metzner, Frankfurt am Main, pp. 1997 y ss.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (1995), «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, pp. 187 y ss.

- EL MISMO (1998), «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica “trascendencia”», *ADPCP*, pp. 319 y ss.

- EL MISMO (2004), *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Dykinson, Madrid.

- EL MISMO (2004), *Atribuciones normativistas en Derecho penal*, Grijley, Lima.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard (1975), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

SCHROEDER, Friedrich-Christian (1965), *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.

SCHULZ, Joachim (1986), «Anstiftung oder Beihilfe», *JuS*, pp. 933 y ss.

SCHÜNEMANN, Bernd, «§26» en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, 12ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.

SELTHER, Susanne (2008), *Kettenanstiftung und Kettenbeihilfe*, Lit, Berlín.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.

STEIN, Ulrich (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín

VOGEL, Joachim (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker und Humblot, Berlín.