

LA DETERMINACIÓN

Diego E. Corredor Beltrán

De conformidad con nuestro ordenamiento sustantivo, la determinación hace parte de lo que se denomina la participación; entendido este como un concepto de referencia¹ ya que se basa en un hecho ajeno (el del autor material) cuya realización el partícipe ha determinado o a cuya ejecución ha contribuido.

La doctrina tradicional de la intervención en el delito parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra, de conformidad con lo indicado por LESCH, en la suposición de que el autor lleva a cabo su propio hecho específico, existiendo por tanto un injusto *propio* del autor que no es, a la vez, el mismo que el de los partícipes²; por ello es que este concepto de la participación no es un concepto autónomo sino que depende del concepto de autoría y que sólo en tanto exista este podrá surgir aquel.

El partícipe se halla en una posición rezagada o secundaria respecto del autor. El hecho principal le incumbe al autor, no al partícipe. Éste no realiza el tipo principal, sino, como además lo califica MIR, realiza un tipo dependiente de aquél³.

La instigación y la complicidad dependen de la existencia de un hecho principal antijurídico. No es posible una participación punible en acciones que no realizan un tipo penal o que surgen conforme a Derecho⁴.

1. FRANCISCO MUÑOZ CONDE et ál. *Derecho Penal. Parte general*, 3.^a ed., Valencia, Edit. Tirant lo blanch, 1998, p. 488.
2. HEIKO H. LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 41. Este autor extiende el estudio de esta relación analizándola desde la perspectiva de las “normas del comportamiento” de RUDOLPHI y STEIN; en el plano de la tipicidad, bajo el concepto restrictivo de autor y sobre la teoría del dominio del hecho.
3. SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte general*, 3.^a ed., Barcelona, PPU Ediciones, 1990, p. 422.
4. JOHANNES WESSELS. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, p. 162.

El partícipe no realiza por sí mismo el hecho delictivo sino que determina a, o contribuye a, la realización de un hecho ajeno. De la estructura conceptual de la participación se sigue, como consecuencia necesaria, su carácter accesorio, la participación como tal no podrá ser castigada sino en la medida en que llegue a serlo el hecho principal; esto es, en la medida en que el hecho principal alcance la fase de la tentativa cuando menos. Así, entonces el principio de la ejecución traza, también para el partícipe, la frontera de lo punible, con lo que el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no implica entonces un desvalor autónomo⁵.

Dos teorías explican el fundamento del castigo del partícipe:

a. *La teoría de la corrupción o de la culpabilidad*, para la que este debe ser penado por convertir a otra persona en delincuente o contribuir a hacerlo; esta teoría considera esencial que el partícipe haga o contribuya a hacer al autor “culpable” del hecho; esta teoría se descarta hoy, como que va en contravía del principio *nulla poena sine culpa*⁶ y cuando, además, la culpabilidad de cualquier concurrente en el hecho es independiente y en principio no se comparte.

b. *La teoría de la causación o del favorecimiento*, que, en cambio, ve el desvalor de la participación en el hecho de que causa o favorece la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor. No es relevante aquí que el autor obre o no culpablemente, sino que basta la causación o favorecimiento de un hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe que actúa, él sí, culpablemente.

De lo anterior se puede colegir además que la participación supone tanto el injusto doloso de otro (accesoriedad limitada)⁷ como el carácter personal de la culpabilidad que debe haber en cada partícipe; esta es la teoría prevalente en Alemania, en España y, creemos, también en Colombia atendiendo la manera como aparece mencionada en el artículo 30 C. P. que exige la causación de conducta antijurídica.

No obstante, como igualmente se señala, adicional a las anteriores teorías, se erige el planteamiento funcionalista que indica que la accesoriedad nada tiene que ver con una colaboración conocida y deseada, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos,

5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de diciembre de 1999, M. P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO: “... pues es bien sabido que en ésta es indispensable que el determinante no quiera ejecutar el acto por sí mismo, y se vale entonces del ‘determinado’ para que sea éste quien lo ejecute, limitándose él exclusivamente a hacer nacer en aquél la idea delictiva, por lo cual se le conoce también como ‘autor intelectual’, ‘instigador’ o ‘inductor’”.

6. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1995, p. 564.

7. En este sentido las posiciones doctrinales distinguen una accesoriedad mínima que requiere que la conducta principal sea típica, lo que la hace insuficiente; otra limitada que exige cuando menos que el hecho principal sea típicamente antijurídico, y finalmente otras extrema o máxima que requiere un hecho principal típico, antijurídico y culpable. En el mismo sentido, ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 281.

pues no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta la sanción en la participación, de que se trata de algo en común, *sino de la competencia por lo que sucede*, y esta competencia también puede concurrir en casos de ausencia del dolo. Sin embargo, este interesante aspecto en torno a la razón de ser de la participación, tan sólo lo mencionamos, pero debemos dejarlo de lado pues no constituye el aspecto central de este trabajo.

Así entonces, las dos formas de participación son la determinación y la complicidad.

Concentrémonos en la primera de ellas, por abarcar esta ponencia ese aspecto.

La *determinación* aparece citada expresamente en el artículo 30 C. P. colombiano bajo el epígrafe de los partícipes, de la siguiente manera: “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

Así entonces la determinación se presenta cuando se induce a otro a la realización de la conducta antijurídica⁸; es cuando se crea en otro (el autor) la decisión de cometer el hecho punible. Esto quiere decir que el autor material (instigado) debe haber formado su voluntad de realizar el hecho punible como consecuencia directa de la acción del inductor o determinador. No cabe en consecuencia la inducción de un delito que el autor ya decidió cometer (*omnimodo facturus*), pues la presencia de esta situación decaería en imposible la determinación⁹.

-
8. GÜNTHER STRATENWERTH. *Derecho Penal. Parte general 1, El hecho punible*, Madrid, Edit. Edersa, 1982, p. 264: “Instigador es el que ha determinado dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico. Los requisitos que corresponden al hecho se deducen del principio de la participación en lo ilícito, de lo que ya hemos dado cuenta: el autor debe haber obrado en forma adecuada al supuesto de hecho típico y antijurídico, aunque no es necesario que lo haya hecho culpablemente”. DAVID ELBIO DAYENOFF. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Edit. García Alonso, 2002, p. 205: “Instigador es el que determina directamente a otro a la comisión de un injusto doloso. Por lo tanto, el hecho del instigado (autor) debe ser una conducta típica y antijurídica”. En el mismo sentido: J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ et ál. *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, p. 134.
 9. ENRIQUE BACIGALUPO. *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1999. En el mismo sentido M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Valencia, Edit. Tirant lo Blanc, 1987, p. 564: “El que induce hace nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía. La incitación llevada a cabo sobre quien, de todos modos, se hallaba resuelto a cometer el delito (*omnimodo facturus*) no es inducción”. GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 806: “Quien está decidido a cometer el hecho de todos modos (*omnimodo facturus*) ya no puede ser inducido con éxito (pero esta inducción cabe intentarla, si se desconoce que el autor está decidido al hecho). Naturalmente, no se da una decisión de cometer el hecho ya cuando alguien es propenso en general al hecho”. MIR PUIG. Ob cit., p. 430. MARIO GARRIDO MONTT. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 289: “La persona sobre la cual se ejerce la inducción no puede estar decidida a la comisión del hecho, pues esto equivaldría a un delito imposible de parte del inductor; sería como matar a un muerto. Si el inducido ha adoptado la determinación de ejecutar el hecho (*omnimodo facturus*), la inducción no cumple la finalidad que el legislador desvalora, esto es, inclinar a una persona a la comisión del delito”. BERNARDO FEJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág 77.

Con respecto a la *determinación del delito doloso* se ha dispuesto la necesidad de que se den dos requisitos, el primero, de “carácter objetivo”, que se hace consistir en la causación en otro, mediante una influencia moral o síquica, de la resolución y realización de un tipo penal, y el segundo, de “carácter subjetivo”, como es que dicha causación sea a título doloso.

La exigencia objetiva anotada puede descomponerse a su vez en dos partes: en primer lugar, “la necesidad de que se origine la resolución de cometer la conducta punible en el determinado”, con lo que la acción del determinador ha de ser la *conditio sine qua non* de la resolución delictiva en el autor material o determinado; por lo que, como lo hemos acabado de indicar, no es inductor el que influye sobre alguien que ya había tomado la decisión de adelantar el hecho, como que tampoco basta que se limite el determinador a reforzar con sugerencias o simples insinuaciones p. ej., la decisión ya tomada por quien de todos modos iba a atentar contra intereses jurídicos penalmente relevantes. Igualmente, parte de la doctrina considera que tampoco es suficiente para tenerse como determinador de una conducta cuando tan sólo se inspiran los accidentes, los procedimientos o las circunstancias modificativas del delito, si ello no afecta a la calificación del delito que el autor ya quería cometer de antemano¹⁰.

Y el segundo factor que conforma este elemento objetivo se hace consistir en que “la causación de la resolución de delinquir debe tener lugar mediante un influjo psicológico o psíquico”, que podrá consistir en un consejo, una solicitud, un acuerdo, siempre que posea la suficiente entidad para que surja como adecuada y pueda fundar la imputación objetiva. La presencia de un precio o promesa remuneratoria reforzará la presencia de esa influencia psíquica, pero igualmente la mera autoridad moral, la influencia que se pueda tener sobre la personalidad del autor, la insistencia, la amenaza, la coacción también serán mecanismos idóneos para producir esa determinación. En este punto GÓMEZ RIVERO, citado por MUÑOZ CONDE, aduce que “esta exigencia adicional se plasma en la necesidad de que la incitación represente, desde una perspectiva *ex ante* y atendiendo a los especiales conocimientos del inductor, *un incremento relevante del riesgo de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva a la que se le incita*”¹¹. Esa influencia debe ser además directa.

10. MIR PUIG, en la obra ya mencionada, en la p. 430, para ilustrar esta situación trae el ejemplo de que “A convence a B de que es preferible que lleve armas para cometer el delito de robo con intimidación que éste ha decidido cometer previamente. La contribución de A no puede considerarse inducción sino cooperación moral”. WESSELS. Ob. cit., p. 166.

11. MUÑOZ CONDE et ál. Ob. cit., p. 491. JAKOBS. Ob. cit., p. 806: “No se requiere un especial énfasis del determinar. El arsenal de los medios de inducción comprende desde la comunicación, exenta de engaño y de dominio sobre el ejecutor, acerca de que debe realizarse el hecho (lo que también puede tener lugar en forma interrogativa), hasta los medios de la autoría mediata, siempre que el influido actúe dolosamente. Decaen los engaños que excluyen el dolo en el engañado. La distinción que establece la jurisprudencia entre mero ruego (no inducción) y creación de un motivo (inducción) no es factible”. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. Ob. cit., p. 564: “en cuanto a los medios, el Código no establece limitación alguna: la inducción podrá llevarse a cabo mediante la violencia física o moral, el mandato, el consejo y, en general, por cualquier otro medio eficaz para originar en otro la resolución delictiva”.

El requisito de carácter subjetivo se concreta a que el determinado o autor material realice el tipo a título de dolo, así no alcance sino la fase de la tentativa. Es decir, se entiende su presencia cuando el determinador no solo quiere causar la determinación en quien va a actuar como autor, sino también quiere que este realice efectivamente la conducta punible respectiva (doble dolo), e inclusive basta con que se presente el dolo eventual¹². Por consiguiente, por lo menos se ha de requerir el conocimiento de todas las circunstancias relevantes del supuesto de hecho típico que habrá de caracterizar el caso concreto como un delito determinado, es decir, que lo hará aparecer como homicidio, hurto, violación¹³.

-
- STRATENWERTH. Ob. cit., p. 265: “El medio del que se sirve el instigador, puede ser cualquiera. De todos modos, es suficiente la mera inducción verbal, lo mismo que la expresión de ‘deseos’ o buenos consejos, las ‘apuestas’ e, inclusive, los aparentes consejos disuasivos, cuando el instigador sabe que, precisamente, es lo que provocará la decisión en el autor”. WESSELS. Ob. cit., p. 166: “Es indiferente la forma en que el instigador alcanza su objetivo. Pueden ser medios de la instigación todas las posibilidades de la influencia de la voluntad: persuasión, promesa de una remuneración, producción de un motivo de error, abuso de una relación de subordinación, amenazas, etc.”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de febrero de 2004, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS: “Se puede determinar a una persona a realizar una conducta punible, en efecto, no sólo a través de la coacción, como lo entiende la impugnante, sino de otras múltiples maneras como el mandato, el consejo, la inducción, la orden, el convenio o, en fin, de cualquier medio que haga surgir en el autor la decisión de realizar el hecho y de los cuales no se encuentra excluida la posibilidad de que este y el determinador sean amigos o se pongan de acuerdo sobre el itinerario criminal”.
12. GARRIDO MONTT no se muestra partidario de aceptar esta modalidad por cuanto aduce que “fundamentar la alternativa del dolo eventual, como lo hacen los que están en por del mismo, en la circunstancia de que la mayor parte de los instigadores no tiene seguridad de la eficacia de la inducción, es plantear equivocadamente la cuestión, tanto porque en general ningún delincuente puede estar seguro de la eficacia de su actividad, cuanto porque esto es secundario en el dolo eventual, pues la duda debe estar en el resultado de la acción [...] La inducción solo es posible cuando se actúa con dolo directo, con la finalidad concreta de influir en un tercero en cuanto a la comisión de un hecho determinado”: ob. cit., p. 291.
13. WESSELS. Ob. cit., p. 166: “El dolo del instigador debe estar dirigido a producir una resolución, así como a la ejecución y consumación de un hecho determinado, concretado en sus rasgos esenciales por un autor determinado o un grupo de personas individualmente determinables”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. Esta Sentencia se refiere al texto del anterior Código Penal donde se tenía que la determinación era una forma de autoría; sin embargo en las características de la institución, lo planteado en la Sentencia mantiene plena actualidad. Se dijo: “En ese sentido ha de precisarse la Sala que no obstante prever el artículo 23 C. P. igual tratamiento punitivo para el autor material y el instigador del hecho punible, al señalar que ambos incurrirán en la pena prevista para el tipo realizado, no significa ello que ontológicamente tengan igual connotación jurídica, pues mientras el autor lleva a cabo personalmente el comportamiento típicamente antijurídico, el partícipe, en este caso el inductor, hace nacer en aquél la idea criminal, quien a consecuencia de tal motivación la lleva a cabo, o por lo menos da inicio a los actos de ejecución. Sin la pretensión de agotar los desarrollos doctrinarios en torno al tema, es de decirse que el determinador, instigador o inductor es aquél que acudiendo a cualquier medio de relación intersubjetiva idóneo y eficaz, tal como ofrecimiento o promesa remuneratoria, consejos, amenazas, violencia, autoridad de ascendiente, convenio, asociación, coacción superable, orden no vinculante, etc., hace nacer en otro la decisión de llevar a cabo un hecho delictivo, en cuya ejecución posee alguna clase de interés. Como presupuestos de la inducción, así mismo, la doctrina tiene identificados, entre otros, los siguientes que se toman como los más relevantes: en primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple

El tratamiento de este requisito nos lleva al problema del *agente provocador*, que me permitiré referir sucintamente. Se entiende por agente provocador aquél que induce con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en la tentativa del respectivo hecho punible; es considerado como no punible, porque la determinación requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico, como hemos visto en precedencia, pues recordemos que este aspecto se conoce como el doble dolo que hace presencia en la determinación, por el cual el determinador debe haber querido no solo la realización de la acción, sino la consumación de la respectiva conducta.

Consecuentemente, si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado puede alcanzar la consumación e, inclusive, una irreparable lesión al bien jurídico tutelado, habrá que admitir la existencia de la determinación punible, pues habrá existido al menos dolo eventual¹⁴. Pero cuando se produce una actuación posterior del agente provocador encaminada a neutralizar el riesgo previamente creado por él mismo, decae en un acontecer impune de conformidad con los esquemas del desistimiento de la tentativa¹⁵.

cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *omnimodo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico". En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de octubre de 2001, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

14. JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Edit. Dykinson, 1997, p. 212: "Como supuestos de falsa inducción, sin propósito ejecutivo, han de considerarse los del 'agente provocador', que la jurisprudencia ha contemplado más bien desde la perspectiva del 'delito provocado' y posible responsabilidad del inducido que desde la óptica del agente provocador, distinguiendo entre el delito provocado, impune, en que se crea en quien no tenía propósito de delinquir la decisión de hacerlo, generalmente de imposible ejecución por la intervención prevista *ab initio* de la fuerza policial, y aquellos casos, generalmente de provocación policial, en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir una actividad delictiva previa, una infracción ya cometida o que se está cometiendo, como ocurre frecuentemente en el supuesto de tráfico de drogas". VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Ob. cit., p. 566: "De manera generalizada, la doctrina exige que el dolo del instigador se dirija a la consumación del hecho principal, con lo cual se busca amparar con la impunidad al instigador que —con miras a recolectar pruebas en contra del autor— provoca una actividad que normalmente solo debería alcanzar el grado de tentativa (agente provocador)".
15. MUÑOZ CONDE et ál. Ob. cit., p. 493. REINHART JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, t. II, Barcelona, Edit. Bosch, p. 958: "La doctrina dominante entiende que el inductor debe perseguir la consumación del hecho principal; si el mismo únicamente quiere conducir a la tentativa del hecho principal (agente provocador) debería permanecer impune [...] aunque origine la tentativa porque su comportamiento deja de suponer la dirección del ataque al bien jurídico protegido que también resulta exigible al partícipe". EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Edit.

Otro aspecto digno de mencionarse en este acápite se refiere a los eventos en donde se presenta un *exceso del autor material en el adelantamiento de la acción punible*. El concepto general es el de que el determinador no responde por el exceso en que incurra el instigado, lo cual se deriva del principio de culpabilidad. Sin embargo y en relación con el exceso del autor material, la doctrina identifica tres supuestos distintos¹⁶. Son ellos:

a. El autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros que determinan una mayor punibilidad (llamado exceso intensivo). Por ejemplo, A induce a B a apoderarse de una cosa mueble de C. Cuando B concurre a la ejecución de tal conducta, encuentra que dicha cosa está bajo cerrojo por lo que debe romper la cerradura para apoderarse de aquella. Obsérvese que se ha determinado la ejecución de un hurto simple y resulta produciéndose un hurto agravado o robo. Se indica que la fuerza o violencia ejercida sobre las cosas no es imputable al inductor, que respondería solamente como determinador del hurto simple.

b. Igual surge la hipótesis de cuando no existe entre el delito instigado y el delito cometido una relación *minus-plus*, pero sí una *cierta semejanza* que puede provenir del modo de comisión o del bien jurídico protegido. Por ejemplo, se induce a la comisión de una estafa mientras el autor comete un delito de extorsión. También aquí el autor será punible por el delito cometido y el determinador por el que instigó.

c. Si el delito que resulta cometido por el autor es sustancialmente diverso del inducido, el determinador no es responsable por él; es el caso cuando se induce unas lesiones personales y el ejecutor material adelanta la conducta de homicidio¹⁷.

Ediar, 2000, p. 765: “Se sostiene que para los partidarios de la tesis que funda la punibilidad de la participación en la culpabilidad del autor, es decir, para la teoría de la corrupción (accesoriedad extrema), el agente provocador debe ser punible como instigador (MAYER), en tanto que para quienes la fundan en la causación del resultado —modificada o no— la atipicidad de la conducta del agente provocador se impone (MAURACH, SAMSON, BLEI). Por otro lado suele decirse que la conducta del agente provocador es atípica porque falta la lesión de intereses jurídicos (SCHMIDHÉUSER), y también se ha dicho que media un estado de necesidad (STRATENWERTH, MUÑOZ SÁNCHEZ) o que la tentativa del autor configura una tentativa inidónea (TERÁN LOMAS, FONTÁN BALESTRA)”. JUAN BUSTOS RAMÍREZ et ál. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II, Madrid, Edit. Trotta, 1999, p. 301: “Discutible es la situación del llamado agente provocador, ya que instiga a un hecho determinado, que ha de ser evitado o detectado por la autoridad. Luego no habrá instigación, porque no puede haberla sin propósito de ejecución; no hay una verdadera instigación ni tampoco proposición al no haber resolución a cometer el delito”. STRATENWERTH. Ob. cit., p. 268.

16. BACIGALUPO. Ob. cit., pp. 528 y 529; LUIS RODRÍGUEZ RAMOS. *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, 2.^a ed., Madrid, Edit. Trivium, 1985, p. 252; PEÑARANDA RAMOS. *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, p. 162; MUÑOZ CONDE et ál. Ob. cit., p. 494. GONZALO QUINTERO OLIVARES. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Cedecs Editorial, 1997, 2.^a reimp., p. 489: “Esta lógica precisión ha llevado a plantear qué sucede cuando el individuo va más allá del propósito del inductor. Por ejemplo, éste le indujo a golpear a otro y el inducido le mató. La solución es clara, y se deduce de la regla general que exige dolo o culpa (art. 5.º C. P.): el individuo no puede responder más que por aquello que dolosamente hubiere deseado, y nada más que por eso. A la inversa, si el inducido realiza menos de lo deseado por el inductor, la limitación impuesta por la accesoriedad reducirá la pena de éste”.

17. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, aclaración de

Necesario es igualmente tocar en este punto el tema relacionado con el *error in objecto*, sobre el cual habrá de recaer la conducta, pues la opinión dominante entiende que cuando hay este tipo de error es irrelevante para el autor principal y no afecta la punibilidad del instigador, pues lo decisivo es la circunstancia de que el instigado haya cometido el hecho por el dolo producido en él; pues lo que para él no es esencial, no puede eximir al instigador¹⁸.

Lo contrario del exceso se tendría en los eventos en que el autor material adelanta una acción de menor connotación respecto de la que había sido determinado a ejecutar por el instigador. Se instiga un hurto agravado y se comete un hurto simple; se instiga un homicidio y se realiza unas lesiones personales; en este caso debe beneficiarse al determinador reduciendo su responsabilidad al hecho realmente realizado por el autor material.

Otro aspecto que vale la pena referir guarda relación con otra exigencia que se hace de cara a la estructuración de la determinación, como que ha de ser concreta, específicamente orientada al adelantamiento de un hecho delictivo, y, además, ha de ser realizada sobre un sujeto determinado. Este asunto nos lleva a plantear el tema de si es procedente o no la *determinación en cadena*. Por ejemplo, A se dirige a B para que este determine a C para matar a D, lo que en efecto hace. En este punto la doctrina tampoco asume una posición definida pues tenemos cómo, verbigracia, MIR aduce que “el inductor del inductor solo induce ‘directamente’ a una inducción, no al delito ejecutado; pero esta inducción a la inducción no cabe en el artículo 14. 2 C. P. español, que exige que se induzca a *ejecutar* un hecho principal (no de participación), cosa que del mismo artículo legal se deriva que no hace el inductor”¹⁹; por lo que

voto del magistrado JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ: “Si el destinatario de la inducción –o por mejor decir, el destinatario de la determinación– por iniciativa propia va más allá del hecho que fue objeto de la acción propuesta, perpetrando un delito diverso del querido, la responsabilidad de esta última conducta corresponde exclusivamente al inducido y en manera alguna al autor intelectual. Todo resultado que excede el dolo del determinador únicamente es imputable al inducido como autor-ejecutor de esa conducta. O dicho en giro distinto: el determinador solo responde hasta donde el hecho realizado coincide con su influencia síquica, o por mejor decir, con su dolo. En caso ninguno responde por los excesos o las desviaciones del autor al faltar identidad jurídica con la ejecución de una conducta no querida ni propuesta pero tampoco previstas en la programación criminal como consecuencia del desarrollo mismo de la acción. Es que el nuevo delito es absolutamente independiente del hecho instigado y en ningún supuesto puede ser atribuido al determinador porque él no lo quiso, ni tampoco tuvo la posibilidad de la representación del resultado, pero mayormente porque no hay nexo alguno entre su acción y el hecho del ejecutor. Esto, sin perjuicio de entender la posibilidad de una incriminación a título de dolo eventual, aspecto éste hartó discutido en los estadios teóricos y jurisprudenciales. *Mutatis mutandis*, lo propio cabe pregonar del examen de las circunstancias agravantes que concurren a la realización del injusto”.

18. JAKOBS. Ob. cit., p. 748: “No obstante, si el autor que ejecuta se ajusta, poniendo todo de su parte, al programa acordado, su acción ejecutiva se imputa a los demás intervinientes”. GARRIDO MONTT. Ob. cit., p. 299: “Si el instigado al realizar el hecho confunde la identidad de la víctima o incurre en un error en cuanto a su acción, como sería cuando lanza la piedra para dañar la vitrina del negocio de A, pero yerra y rompe la de la tienda de B (*aberratio ictus*), el inductor responde de esos hechos en la misma forma que el inducido”.
19. MIR PUIG. Ob. cit., p. 432.

concluye, como lo hacen GIMBERNAT y RODRÍGUEZ MOURULLO que el inductor del inductor solo debe castigarse como cooperador necesario del delito ejecutado. QUINTERO OLIVARES aduce igualmente que la inducción ha de ser realizada sobre persona concreta, ha de ejercitarse sobre individuo determinado²⁰. De la misma opinión es MUÑOZ CONDE cuando, al dar su interpretación emanada del Código Penal español²¹, indica que siempre que la inducción directa se puede realizar sobre “otro u otros” debe entenderse no como que se avale que el inductor inicial incita a otro sujeto para que induzca a su vez a un tercero a delinquir, sino como el reconocimiento expreso de que es posible que el punto de referencia de la inducción sea tanto un acto de autoría individual como de coautoría; pero también como la posibilidad de inducción a un delito colectivo o de convergencia o encuentro que ya de por sí constituye normalmente un delito autónomo²².

Sin embargo, frente a lo anterior posición existen otros doctrinantes que no le ven objeción a que exista esa cadena de inducciones²³, pues algunos explican que la exigencia normativa que se hace en las legislaciones, en torno a que esa determinación debe ser directa, se refiere a los medios que ha de tener la conducta inductora, o a las circunstancias de que habrá de valerse el inductor, esto es, que debe descartarse las incitaciones sutiles, tales como las tentaciones o las sugerencias veladas o ambiguas. Partidario de esta posibilidad es JESCHECK, quien, p. ej., al admitir esta posibilidad agrega que el inductor que se encuentre en la cadena no precisa de conocer ni el número ni el nombre del autor principal, con tal que posea una representación concreta del hecho principal²⁴.

Interesante en nuestro concepto resulta la opinión expresada por JAKOBS cuando asume, en nuestro parecer, una posición intermedia al indicar que “si la inducción al hecho principal se lleva a cabo a través de personas que transmiten la inducción al autor principal, solo cabe tratar como inductores a aquellos intervinientes de cuya

20. QUINTERO OLIVARES. Ob. cit., p. 488.

21. Artículo 28 C. P. español (Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995): “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores: a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo”.

22. MUÑOZ CONDE. Ob. cit., p. 492. En el mismo sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. Ob. cit., p. 564: “Si la inducción se lleva a cabo por varias personas complementaria y conjuntamente o se induce a otra para que a su vez induzca a un tercero (inducción en cadena) no será de aplicación el literal a del artículo 28, que requiere una conducta de inducir e inducir directamente (no a través de una dolosa actuación ajena). Tales casos habrán de enjuiciarse como hipótesis de complicidad”. ENRIQUE CURY URZÚA. *Derecho Penal. Parte general*, t. II, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 254: “La instigación se refiere a la ejecución de un hecho típico y antijurídico. Puesto que la ley habla expresamente de inducir a ‘ejecutar’, de ello debe deducirse que solo existe instigación a la autoría. No es punible, en consecuencia, la instigación a instigar o a prestar una simple colaboración accesoria (complicidad)”. MIR PUIG. Ob. cit., p. 433.

23. BACIGALUPO. Ob. cit., p. 528; ZAFARONNI. Ob. cit., p. 770: “En el Derecho argentino la solución parece proponerla la misma fórmula legal, que para cualquier caso de determinación exige que sea hecha directamente expresión que no tiene el sentido de excluir la instigación en cadena”. VELÁSQUEZ. Ob. cit., p. 567.

24. JESCHECK. Ob. cit., p. 957.

voluntad el autor principal u otro inductor hacen depender su decisión”²⁵. En efecto, con esta solución se pone de presente la necesidad de examinar en cada caso en particular la relación que pudiera existir entre el autor material y todos esos “inductores” que aparecen en la cadena; ese examen se hace procedente para poder conocer si todos ellos podrían ser tenidos como determinadores en el caso que hayan influido en la decisión de ejecutar la conducta antijurídica o si solamente entre ellos existe una conexión intrascendente frente a esa finalidad, obviamente excluyendo a aquél que efectivamente haya desencadenado la inducción.

La inducción en los delitos de omisión: no debe caber duda que se pueda determinar a un delito de omisión, y ello sigue las reglas de propias del delito por comisión ya vistas. Presupone, en opinión de JAKOBS, que, para el obligado, el dolo del hecho de aquel en el que se influye es suficiente motivo para omitir un comportamiento de evitación del resultado²⁶.

La inducción en los delitos culposos: es este uno de los aspectos más debatidos en la dogmática moderna²⁷. En Alemania p. ej., la situación está en apariencia saldada si entendemos que existe una previsión legal donde se exige que en la inducción como en la complicidad exista dolo en el partícipe y que, además, el hecho principal deba ser doloso²⁸. Por consiguiente, se estableció allí un sistema unitario o extensivo de autor en el caso de los delitos culposos: si varias personas causan imprudentemente un resultado típico, cada una es responsable de la totalidad como autor; esta interpretación ha sido bastante discutida²⁹.

En España, a diferencia de lo que sucede en Alemania, ya se viene aceptando la posibilidad teórica, cuando menos, de inducir la comisión de delitos culposos, y ello con base en que el concepto de autor es idéntico para las dos modalidades de infracción, pues lo importante es “la realización del tipo”, y no la mera interposición de un factor causal³⁰; a pesar de ello, también el sistema cerrado de incriminación de la

25. JAKOBS. Ob. cit., p. 809. Agrega en la nota que acompaña el texto: “SIPPEL, *Strafbarkeit*, pp. 5 y ss., percibe acertadamente la necesidad de tener en cuenta en la interpretación la conminación penal idéntica a la del autor, pero el que restrinja la inducción a la ‘provocación intencional inmediata a la decisión del hecho’ (p. 90) es –desde luego en el elemento de la inmediatez– algo demasiado superficial”.

26. JAKOBS. Ob. cit., p. 1029. En el mismo sentido STRATENWERTH. Ob. cit., p. 317: “No cabe ninguna duda de que se puede instigar a un delito de omisión, así como prestar ayuda al mismo. Por tanto, la instigación y la complicidad en el delito de omisión siguen las reglas propias del delito de comisión. VELÁSQUEZ. Ob. cit., p. 568: “este fenómeno, desde luego, es distinto de la instigación a un delito de omisión, que sí es posible (el esposo induce a la mujer a no alimentar el hijo extramatrimonial de esta)”.

27. J. PÉREZ MANZANO. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, 1999, p. 17.

28. WESSELS. Ob. cit., p. 163: “Sólo es punible la participación dolosa en un hecho principal antijurídico cometido dolosamente”. STRATENWERTH. Ob. cit., pp. 337 y 338.

29. RICARDO ROBLES PLANAS. “Participación en el delito, error e imprudencia”, en *XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2002, pp. 408 y ss.

30. PÉREZ MANZANO. Ob. cit., p. 30. Para tener conocimiento del estado actual de esta discusión en España se recomienda consultar a BERNARDO FEJÚO SÁNCHEZ. “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho Penal español”, en *Derecho Penal contemporáneo. Revista internacional*, n.º 4, julio-septiembre de 2003, Bogotá, Edit. Legis, pp. 131 y ss.

imprudencia acogido por el Código de 1995 ofrece dificultades para admitir el castigo de la participación imprudente en el delito doloso o culposo, o de la participación dolosa en el delito imprudente o culposo³¹.

Así entonces, son dos situaciones que se presentan y que es necesario tener claras: una, la posibilidad de participar culposamente en la comisión de una conducta dolosa, y sobre esta hipótesis el tema se salda acogiendo el criterio del sistema unitario de autor o acogiendo un sistema de concepto restrictivo de autor³², con lo que se tendría que esas conductas de participación serían siempre atípicas, puesto que el Código Penal de 1995 ofrece la dificultad de que no reconoce expresamente la modalidad imprudente de participación, por lo que debería concluirse que la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad sólo son punibles si se realizan dolosamente.

Con respecto al segundo de los supuestos (p. ej., cuando el sujeto A determina por precio remuneratorio al sujeto B a conducir a excesiva velocidad y, como consecuencia de ello, B atropella a C causándole la muerte), existen en cambio algunos exponentes que dejan ver la posibilidad de su estructuración; es el caso de LUZÓN, pues en su entender en los casos de participación dolosa en autoría imprudente no existen razones dogmáticas ni de política criminal para negar su punibilidad, sino que, “cuando aquella participación no llegue a constituir autoría mediata dolosa que maneje como instrumento al autor imprudente, al menos será punible como participación en el hecho principal imprudente”³³; sin embargo, en nuestro criterio el citado autor no se involucra en demasía con el tema a debatir. MIR PUIG acepta tal posibilidad también, y para ello se basa en que el artículo 28 del citado Código que considera autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. En consecuencia, aduce que, pese a que son partícipes, el Código los equipara a autores, pudiéndose deducir que también los inductores y cooperadores cometen el delito, por lo que tanto en los delitos dolosos como culposos la conducta de inductores y cooperadores necesarios es directamente subsumible en el tipo³⁴; esta solución que plantea este autor para el Código español del 95 podría tener cabida en nuestro régimen si se hubiese mantenido la disposición del Código del 80 que consideraba como autores igualmente a los determinadores. SILVA SÁNCHEZ acepta esa misma situación pero argumenta para ello que quien así actúa, actúa dolosamente, y es un dolo de participar que se une a un segundo dolo, cual es el de que el autor realice el hecho principal imprudentemente³⁵.

31. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ. *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1997, p. 105; DIEGO LUZÓN PEÑA. *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Edit. Universitas, 1996, p. 507; MIR PUIG. Ob. cit., p. 435; MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, pp. 353 y ss.

32. Para profundizar sobre los distintos conceptos de autor: unitario, extensivo y restrictivo, cfr. HERNÁNDEZ ESQUIVEL. Ob. cit., pp. 265 y ss.; MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, Ediciones PPU, 1991, pp. 41 y ss.

33. LUZÓN PEÑA. Ob. cit., p. 509.

34. MIR PUIG. Ob. cit., p. 398.

35. SILVA SÁNCHEZ. Ob. cit., p. 107.

Nos parece que para el caso de nuestro país las glosas para aceptar la determinación en los delitos culposos serían del mismo tenor a lo observado en tales sistemas extranjeros, mas sí surge como necesidad el explorar esos caminos, que llevan a que la teoría del delito vaya evolucionando de la mano de la normatividad, o que sea aquella la que vaya marcando el sendero de esta; hemos visto cómo este tema de la determinación posee infinidad de aspectos, lo que hace imperioso entonces ir asumiendo posiciones en torno a los mismos para que igualmente sea la jurisprudencia la que los vaya decantando.