

Motivación e intervención delictiva

Una revisión de la “participación psíquica”

Oriol Martínez Sanromà

TESIS DOCTORAL UPF / 2021

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Ricardo Robles Planas

DEPARTAMENT DE DRET

Als meus pares

RESUMEN

La presente tesis doctoral efectúa una aproximación a la motivación al delito desde una perspectiva dogmática. El objetivo es doble. Por un lado, establecer una base de incriminación materialmente legítima para este fenómeno. Por el otro, analizar la posibilidad de estructurar una forma de intervención para aquellos casos en los que un sujeto se limita a motivar a otro a que ejecute o efectúe otro tipo de contribución en el hecho delictivo. Ambas cuestiones deben resolverse a través del pensamiento subyacente a las antiguas teorías de la corrupción: quien motiva a otro a realizar un injusto provoca que dicho sujeto “caiga en la culpa y la pena”. La justificación de su castigo reside en la capacidad que determinados mensajes comunicativos tienen de erosionar la función de las normas de conducta, a saber, la interpelación motivacional a sus destinatarios a través de razones morales y prudenciales. La trasposición de esta idea básica en un esquema de intervención delictiva debe efectuarse de la siguiente manera: interviene en el delito quien, a través de un mensaje perturbador de la relación comunicativa entre la norma y su destinatario, asigna al hecho delictivo un “estatus deóntico”, en tanto que curso de acción debido o indebido. Establecida esta vinculación con el acontecimiento antijurídico, al interviniente se le debe castigar según el peso de su contribución.

This dissertation makes an approach to crime motivation from a dogmatic perspective. The objective is twofold. Firstly, it aims to establish a materially legitimate basis to incriminate those who motivate the crime of others and when it should be appropriate. Secondly, the aim is to analyze the possibility of structuring a form of participation for those cases in which a subject merely motivates another to carry out a crime or make another kind of contribution to the criminal act. Both questions must be addressed through the thinking underlying the ancient theories of corruption: whoever motivates another to perform an unlawful act causes that subject to “fall into guilt and punishment”. The justification for their punishment lies in the ability that certain communicative messages have to erode the function of the norms of conduct. Namely, the motivational interpellation to their addressees through moral and prudential reasons. The transposition of this basic idea into a scheme of criminal intervention must be carried out as follows: the person who intervenes in the crime is the one who assigns a “deontic status” to the criminal event, through a message that disturbs the communicative relationship between the norm and its addressee, as a due or allowed course of action. Once this link with the illicit event is established, the subject must be punished according to the weight of his contribution.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	xv
INTRODUCCIÓN.....	1

PRIMERA PARTE. LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: CARACTERIZACIÓN Y CRÍTICA

CAPÍTULO I. MOTIVAR A OTROS Y DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN.....	9
II. MOTIVACIÓN Y RESPONSABILIDAD.....	9
III. MOTIVACIÓN Y DERECHO PENAL.....	13
IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DE LA MOTIVACIÓN AL DELITO COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA.....	17
1. El punto de partida actual: entre la inducción y la complicidad psíquica.....	17
2. Formas históricas de abordar el fenómeno de la motivación al delito.....	19
2.1. <i>Consilium</i> y <i>mandatum</i> en la doctrina de los comentaristas italianos.....	20
2.2. El iusnaturalismo racionalista.....	21
2.3. La <i>Urbeberschaft</i> de la doctrina alemana del siglo XIX.....	22
2.4. La formación del estado actual y la recepción española del sistema.....	24
V. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL DE LA MOTIVACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA: LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA.....	27
1. Marco general de la participación psíquica.....	27
2. El origen de la participación psíquica en España.....	30
3. El marco de relevancia jurídico-penal de la participación psíquica.....	33
3.1. Punto de partida sistemático: la figura del <i>omnimodo facturus</i>	34
3.2. Determinación de la resolución al hecho delictivo: la inducción.....	35
3.3. El tratamiento de los “excesos motivadores”.....	38
a) La tentativa de inducción.....	39
b) Supuestos de alteración de la resolución delictiva.....	41
i) Transinducción [<i>Umstiftung</i>].....	41
ii) Sobreinducción [<i>Aufstiftung</i>].....	42
ii) Infrainducción [<i>Abstiftung</i>].....	43
3.4. Breve referencia a los casos de aportación de consejos técnicos.....	45
3.5. Fortalecimiento de la resolución del hecho delictivo: la complicidad psíquica.....	46
a) Concepto general.....	46
b) Formas específicas de aparición del refuerzo motivacional.....	50
i) El “mero estar presente” en la escena del delito.....	51

ii) El encubrimiento anticipado y las promesas de favorecimiento.....	52
iii) La complicidad “física” intentada.....	55

VI. ESBOZO CRÍTICO GENERAL: LA NECESIDAD DE REVISAR LA PARTICIPACIÓN

PSÍQUICA.....	58
----------------------	-----------

CAPÍTULO II. CRÍTICA AL SISTEMA DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: CATEGORÍAS Y

DELIMITACIONES

I. INTRODUCCIÓN.....	65
-----------------------------	-----------

II. LA DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: DE LA “APORTACIÓN

PSÍQUICA” AL “RESULTADO PSÍQUICO”.....	65
---	-----------

1. La irrelevancia del “carácter psíquico” del medio utilizado.....	66
2. El “resultado psíquico” como punto de referencia.....	69
3. El problemático caso de la aportación de consejos técnicos.....	70
3.1. El asesoramiento como componente de la participación psíquica.....	70
3.2. La diferencia material entre la asesoría y las otras formas de participación psíquica.....	72
3.3. La operatividad de la “causalidad psíquica” en el ámbito del asesoramiento.....	73
4. Conclusiones preliminares: una tipología de las formas de participación alternativa.....	76

III. LA FUNCIONALIDAD DE LA RELACIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LA INDUCCIÓN Y LA

COMPLICIDAD PSÍQUICA.....	78
----------------------------------	-----------

1. Dos categorías autónomamente configuradas.....	78
2. El carácter sobredimensionado de la complicidad psíquica y sus efectos en la estructuración de la participación psíquica.....	80
2.1. El apoyo moral como “cajón de sastre”.....	80
2.2. La complicidad psíquica como estructura expansiva.....	84
2.3. Sobre la necesidad de revisar la estructura del refuerzo de la resolución.....	89
3. La posibilidad de castigar la cooperación necesaria “psíquica”.....	91
3.1. Aproximación al presunto carácter “psíquico” de la cooperación necesaria.....	91
3.2. Valoración crítica: la inconsistencia de la cooperación necesaria en el esquema de la participación psíquica.....	93
4. La inducción con respecto a la complicidad psíquica: ¿plus o aliud?.....	96
4.1. Introducción.....	96
4.2. El problema de la demanda de una cláusula de atenuación facultativa para la inducción.....	98
4.3. “Determinar” y “reforzar la resolución”: dos estructuras motivacionales distintas.....	100
4.4. Consecuencias para la participación psíquica y el tratamiento de la motivación al delito.....	103

IV. MOTIVACIÓN AL DELITO Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN.....	106
--	------------

1. El rechazo al recurso de la inducción en el ámbito de organizaciones jerárquicas.....	106
2. Los recursos alternativos: “autor tras el autor”, competencia y ámbito de organización.....	109

V. PROPUESTA DE ESTRUCTURACIÓN DE UNA EVENTUAL INTERVENCIÓN

MOTIVACIONAL.....	113
--------------------------	------------

1. Recapitulación crítica.....	113
2. Del fenotipo al genotipo: la intervención motivacional.....	115

**CAPÍTULO III. CRÍTICA AL FUNDAMENTO Y EXTENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN
PSÍQUICA: CAUSALIDAD Y “RIESGO PSÍQUICO”**

I. INTRODUCCIÓN.....	119
II. SALVEDADES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES.....	116
1. El “tipo de inducción” como punto de referencia.....	116
2. El fundamento, la conducta típica y los medios de la inducción: una discusión intrincada.....	122
III. BREVE REPASO A LAS TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO Y EXTENSIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA.....	126
1. La teoría de la causalidad.....	127
1.1. Presentación.....	127
1.2. Valoración crítica.....	129
2. Las teorías de la corrupción.....	131
2.1. Presentación.....	131
2.2. Valoración crítica.....	134
3. Las teorías del dominio.....	136
3.1. Presentación.....	136
3.2. Valoración crítica.....	137
4. Las teorías del mandato.....	137
4.1. Presentación.....	137
4.2. Valoración crítica.....	139
5. Las teorías del del requerimiento sancionador.....	143
5.1. Presentación.....	143
5.2. Valoración crítica.....	147
IV. CAUSALIDAD Y RIESGO PSÍQUICO-MOTIVACIONAL: EL ESTADO ACTUAL DEL PENSAMIENTO EN LA DOCTRINA.....	149
1. Estructura general: la “peligrosidad motivacional” accesoria.....	149
2. La causalidad psíquica: una primera aproximación.....	154
3. Los criterios de desaprobación típica <i>ex ante</i>	159
4. Esbozo crítico: la “crítica determinista” y la “crítica indeterminista”.....	163
V. LA CRÍTICA INDETERMINISTA: EXPLICACIONES CAUSALES, COMPORTAMIENTO HUMANO Y AUTORRESPONSABILIDAD.....	166
1. Introducción.....	166
2. La relación de causalidad en la dogmática jurídico-penal. Una breve aproximación.....	167
3. Las explicaciones de tipo causal en el ámbito de la psicología.....	173
3.1. El concepto general de explicación y sus distintos modelos.....	173
3.2. La explicación causal y la pragmática de la explicación.....	175

4. Causas, razones y acciones.....	181
4.1. La explicación a través de razones.....	181
4.2. Las razones para la acción.....	185
4.3. Consecuencias para la denominada “causalidad psíquica”.....	187
VI. LA CRÍTICA DETERMINISTA: MOTIVACIÓN, RIESGO Y PSICOLOGÍA POPULAR.....	191
1. Introducción.....	191
2. Riesgo permitido, adecuación social y participación psíquica.....	191
3. La determinación del riesgo motivacional típico (I): <i>experiencia</i>	195
3.1. ¿Existen leyes claras?.....	195
3.2. La determinación del riesgo motivacional y la psicología popular.....	197
4. La determinación del riesgo motivacional típico (II): <i>experticia</i>	202
4.1. Influencias motivacionales y respuestas estereotipadas.....	202
4.2. Psicología y Derecho penal. Compatibilidades.....	204
VII. CONCLUSIONES.....	206

SEGUNDA PARTE

DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA A LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL

CAPÍTULO IV. EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO

I. INTRODUCCIÓN.....	209
II. LA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA.....	210
1. Ideas generales.....	210
2. Una distinción capital: el <i>nivel de fundamentación</i> y el <i>nivel de extensión</i> de la prohibición de intervenir en el delito.....	213
III. PREMISAS DOGMÁTICAS DE UN SISTEMA DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO.....	216
1. Premisas normológicas y concepto de injusto.....	216
2. La responsabilidad por el hecho propio: el principio de autorresponsabilidad.....	221
3. El delito como “obra común”: ¿concepto unitario o restrictivo de autor?.....	224
IV. AUTORRESPONSABILIDAD Y CO-CONFIGURACIÓN DEL HECHO DELICTIVO.....	227
1. Introducción.....	227
2. El sistema de intervención de dos niveles.....	228
2.1. Primer nivel: la conducta prohibida de intervención.....	228
2.2. Segundo nivel: el título de imputación del interviniente.....	233
3. Dolo e imprudencia.....	236
4. La realización mediata del tipo.....	238
4.1 La “mediatez” en la autoría y la intervención delictiva.....	238
4.2. Instrumentalización como suplantación de libertad.....	242
4.3. La vigencia renovada del “principio de responsabilidad”.....	243

V. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.....	246
1. La función del principio de accesoriad.....	246
2. Principio de accesoriad y norma de conducta.....	247
2.1. Ideas generales.....	247
2.2. La antinormatividad de las contribuciones pre-ejecutivas.....	249
3. Principio de accesoriad y norma de sanción.....	251
3.1. Ideas generales.....	251
3.2. Tentativa, desistimiento y renuncia.....	253
4. La denominada dimensión “cualitativa” del principio de accesoriad.....	256
VI. CONCLUSIONES: MOTIVACIÓN Y HECHO DELICTIVO	259
1. Motivación e intervenció.....	259
2. La fragmentación del hecho antijurídico: “contribuciones materiales” y “contribuciones motivadoras”.....	261

CAPÍTULO V. FUNDAMENTOS DE LA DESAPROBACIÓN DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL

I. INTRODUCCIÓN.....	267
II. SECUENCIA METODOLÓGICA.....	267
III. LA MOTIVACIÓN AL DELITO.....	269
1. Caracterización básica.....	269
2. El elemento comunicativo: los “actos de habla”.....	270
3. El elemento motivador: las “razones para la acción” y un concepto funcional de motivación.....	273
4. Recapitulación conceptual.....	280
IV. EL PENSAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN.....	283
1. Entre “astutos seductores” y “moralmente inmaduros”.....	283
2. En defensa de la recuperación del pensamiento de la corrupción.....	285
3. Los problemas del pensamiento de la corrupción: un enfoque crítico sobre la posibilidad de castigar la motivación al delito.....	292
V. ¿POR QUÉ DEBE CASTIGARSE LA MOTIVACIÓN AL DELITO?.....	299
1. Introducción.....	299
2. Norma y destinatario.....	300
2.1. La conexión entre las normas jurídico-penales y sus destinatarios: prevención, comunicación y motivación.....	300
2.2. La dimensión expresiva de la norma jurídico-penal.....	302
2.3. La dimensión aflictiva de la norma jurídico-penal.....	305
3. La motivación al delito penalmente relevante.....	307
3.1. Injerencia y perturbación comunicativa.....	307
3.2. Motivación interpersonal.....	313
a) Situaciones de normalidad motivacional.....	314
b) Situaciones de anormalidad motivacional.....	317

3.3. Motivación masiva.....	314
VI. ¿CONTENIDO DE INJUSTO AUTÓNOMO O INTERVENCIÓN DELICTIVA?.....	331
1. Introducción.....	331
2. Los supuestos de motivación interpersonal.....	332
2.1. La inducción ¿delito autónomo?.....	333
a) Presentación de la hipótesis.....	333
b) Valoración crítica.....	335
2.2. La vinculación de la motivación con el hecho delictivo: presupuestos para la caracterización de la intervención motivacional.....	338
3. Los supuestos de motivación masiva.....	345
3.1. La provocación delictiva.....	346
3.2. Supuestos excepciones de intervención delictiva: los “contextos opositores”.....	350

CAPÍTULO VI. LA ESTRUCTURA DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL (I): NORMA DE CONDUCTA

I. INTRODUCCIÓN.....	355
II. EL DESTINATARIO DE LA MOTIVACIÓN.....	356
1. El grado de individualización.....	356
2. La cualidad de la persona de delante.....	357
2.1. La capacidad de culpabilidad.....	357
2.2 ¿Autor, ejecutor o interviniente?.....	359
2.3 Motivar a través de una persona interpuesta.....	364
2.4. Motivación mediata.....	365
2.5. “Co-intervención” motivacional.....	365
III. EL HECHO DELICTIVO OBJETO DE LA MOTIVACIÓN.....	367
1. El proceso de extracción del suceso delictivo de referencia.....	367
2. Propuesta de injusto y programa delictivo.....	370
IV. LOS “MEDIOS DE LA MOTIVACIÓN”: LAS RAZONES CONTRA-NORMATIVAS.....	374
1. Las razones contra-aflictivas.....	374
1.1. Características generales.....	374
1.2. La reacción positiva: promesas de recompensa.....	379
a) Promesas que tienen por objeto la inhabilitación de las normas de resguardo.....	380
i) Caracterización de las normas de resguardo.....	380
ii) Normas de resguardo e intervención motivacional.....	381
iii) Encubrimiento y receptación.....	382
iv) Blanqueo de capitales. En especial, los deberes de colaboración.....	385
v) La prevaricación y otras conductas lesivas para la Administración de Justicia.....	386
b) Promesas de pago de la cuantía de la pena de multa.....	387
c) Promesas de pago de la cuantía de la responsabilidad civil <i>ex delicto</i>	387

d) Promesas de intervención concomitante.....	389
e) Promesas de omisión pura en relación con los deberes de solidaridad.....	391
2.3. La reacción negativa: amenaza de un mal o de pérdida de una oportunidad.....	392
2. Las razones contra-expresivas.....	393
2.1. Características generales.....	393
2.2. Los ascendientes morales.....	394
2.3. Las subculturas criminales.....	396
3. La intervención motivacional omisiva.....	397
3.1. Motivar a través del “silencio”.....	397
3.2. Riesgos motivacionales, ámbito de organización y omisión.....	401
4. Casos límite: entre la intervención motivacional y la intervención material.....	405
4.1. De nuevo, la aportación de consejos técnicos.....	405
4.2. Una pequeña salvedad: la contraposición entre “consejo” y “recomendación delictiva”.....	407
4.3. Referencia a una oportunidad o hecho favorable [<i>Hinweise auf günstige Tatgelegenheiten</i>].....	412
4.4. Casos de “voluntad condicionada”.....	416
4.5. La “mera presencia en el lugar”.....	418
4.6. Creación o aprovechamiento de errores.....	420
a) Estructura general: intervención motivacional y realización mediata del tipo.....	420
b) Instrumentalización e invencibilidad del error.....	423

CAPÍTULO VII. LA ESTRUCTURA DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL (II): NORMA DE SANCIÓN

I. INTRODUCCIÓN.....	425
II. LA DESAPROBACIÓN <i>EX POSTEN</i> LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL.....	425
1. Los criterios de imputación objetiva en el ámbito de la intervención motivacional.....	425
2. El grado de congruencia: realizaciones perfectas e imperfectas.....	430
2.1. ¿Tipo objetivo o tipo subjetivo?.....	430
2.2. ¿Cómo se puede infringir una “contra-norma”?.....	432
2.3. Congruencia con respecto a la propuesta de injusto.....	434
a) Bases generales.....	434
b) Incongruencia y relación concursal.....	435
c) Incongruencia y relación funcional.....	437
2.4. Congruencia con respecto al programa delictivo.....	441
a) Introducción al problema.....	441
b) La identidad del hecho delictivo.....	442
c) Incongruencias inconscientes.....	444
3. La realización “motivada” del hecho delictivo.....	448
III. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN Y LA FIGURA DEL <i>OMNIMODO FACTURUS</i>.....	449
1. Introducción.....	449

2. ¿Constituye la figura del <i>omnimodo facturus</i> un criterio de cuantificación?.....	450
2.1. Reconsideraciones sistemáticas: el <i>omnimodo facturus</i> como verdadero <i>horizonte motivacional</i>	450
2.2. ¿Cuándo está alguien resuelto a cometer un delito?.....	454
a) Resolución delictiva y dolo del ejecutor.....	454
b) Resolución delictiva y compromiso práctico del ejecutor.....	457
2.3. ¿Qué criterios evidencian la existencia de una resolución delictiva?.....	459
a) Momento <i>a quo</i> : los actos preparatorios.....	461
b) Momento <i>ad quem</i> : la tentativa acabada.....	464
2.4. Modificaciones del hecho delictivo objeto de la resolución.....	465
3. Los criterios de cuantificación.....	466
3.1. Criterio general: el grado de pertenencia de la “motivación del hecho”.....	466
3.2. Variables.....	468
CONCLUSIONES.....	471
BIBLIOGRAFÍA.....	481

ABREVIATURAS

§ / §§	parágrafo/s
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
HRRS	Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LH	Libro Homenaje
LO	Ley Orgánica
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Nm.	número marginal
p./pp.	página/s
PE	Parte especial
PG	Parte general
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
REJ	Revista de Estudios Jurídicos
s./ss.	siguiente/s
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
SSW-StG	Strafgesetzbuch Kommentar (Satzger/Widmaier/Schmitt)
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
StraFo	Strafverteidiger Forum
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

“No case could point up more vividly the critical role that can be played by incitement, Bentley being executed for having uttered five words.”¹

La noche del 2 de noviembre de 1952, los amigos Christopher Craig y Derek William Bentley se encontraron de casualidad en una calle de un municipio al sur de Londres y decidieron entrar a robar en un negocio. Craig iba armado con un revolver y Bentley con un cuchillo y un puño americano. Las prisas y la mala planificación traicionaron a los dos amigos, quienes fueron descubiertos por un viandante mientras intentaban trepar la valla del comercio para asaltarlo desde la trastienda. La policía acudió rauda al lugar y acorraló a los dos jóvenes. Craig, el más hábil de los dos, consiguió zafarse de los agentes y se escondió por las inmediaciones, mientras que Bentley fue rápidamente apresado por la policía. Asustado por su detención, Bentley forcejeó con los agentes mientras lo detenían y consiguió gritar “¡acaba con ellos, Chris! [*let him have it, Chris*]”.² Al oír la llamada de su amigo, Craig, quien se encontraba escondido en el tejado del local, empezó a disparar con su revolver a la policía, con la que estuvo intercambiando disparos durante un tiempo. Al cabo de quince minutos desde que Bentley fuera detenido y pronunciara esas palabras, una de las balas de Craig impactó en la cabeza del policía Sidney Miles, quien murió al instante. Poco después, Craig, sin munición, emprendió una huida desesperada y se lanzó desde el tejado del negocio, fracturándose la pelvis. Fue detenido de inmediato. Ambos jóvenes fueron procesados por un delito de homicidio. Para el caso de Christopher Craig, el jurado no presentó muchas dudas a la hora de condenarlo. Sin embargo, la decisión fue verdaderamente difícil para el caso de Derek William Bentley. El argumento de la acusación era el siguiente: Bentley, al exclamar “*let him have it, Chris?*” había inducido a su amigo a cometer un delito de homicidio, de tal manera que tenía que ser castigado igual que el autor según una doctrina fuertemente asentada en el *common law*.³ La idea convenció al jurado, aunque, dada la edad del condenado, este recomendó la posibilidad de indultarle. En el Reino Unido de aquella época, la pena aplicable era la muerte. La petición, sin embargo, no prosperó. Mientras que Craig, que por aquel entonces solo tenía 16 años, se libró de la ejecución, Bentley fue ahorcado el 28 de enero de 1953 con 19 años de edad.

Pocos casos en la historia como el de Bentley han demostrado la cruenta validez de un dicho muy asentado en la cultura popular: “las palabras matan”. Más allá de cualquier consideración al respecto,

¹ JACONELLI, «Incitement: A Study in Language Crime», *Criminal Law and Philosophy*, (12-2), 2018, p. 255.

² La traducción al castellano de esta expresión, típica en la jerga criminal británica, puede resultar compleja. Literalmente significa “déjalos”, aunque, debido al contexto y los códigos lingüísticos que utilizaban Chris y Bentley, lo más adecuado sería traducirlo como “acaba con ellos”, “dales duro” o, directamente, “mátalos”.

³ JACONELLI, *Criminal Law and Philosophy*, (12-2), 2018, pp. 248 ss.

lo cierto es que bastaron cinco palabras (“*let him have it, Chris?*”) para que Bentley fuera condenado a muerte. No obstante, las dudas que despierta este fatal desenlace son ingentes: ¿Se vio Chris incitado a cometer un delito de homicidio por las palabras de Bentley? ¿La exclamación “*¡Let him have it!*” movió realmente al amigo a disparar sobre Sidney Miles? Aunque ello fuera cierto desde una perspectiva estrictamente psicológica ¿bastaba esta constatación para reprochar de alguna forma a Bentley? ¿Este reproche podía canalizarse a través de la imputación de un delito de homicidio? ¿Merecía Bentley la misma condena que su amigo Chris? Todos estos interrogantes pueden proyectarse sobre una pregunta básica que se relaciona con el dicho que comentaba antes ¿la frase proferida por Bentley mató al policía de la misma manera que la bala que impactó en su cabeza? De otro modo, ¿las palabras matan? Más allá de la respuesta que merezcan estas cuestiones, lo cierto es que en nuestra cultura jurídica está asentada la idea de que incitar a cometer un delito merece pena y, muchas veces, la misma que ejecutarlo. Podría decirse, incluso, que esta idea está fuertemente integrada en la sociedad en un compendio de intuiciones que suelen proyectarse en frases tales como “¡no lo enciendas!”, “¿por qué le das ideas?” o “¿por qué les has dicho eso?”. A lo largo de la historia, esta intuición se ha dispersado, en términos jurídicos, por un cúmulo de palabras técnicas como, por ejemplo, “inducción”, “incitación”, “promoción”, “determinación”, “provocación” o “instigación”. A todos estos términos subyace una pregunta fundamental, a saber, la relevancia penal que presenta la motivación al delito. Este es el objeto básico del presente trabajo. Más en detalle, mi propósito es analizar la corrección material de las distintas estructuras que nos aporta el ordenamiento jurídico para castigar supuestos como el presentado. En consecuencia, la finalidad de esta investigación es averiguar si, desde los esquemas de nuestro Derecho penal, Bentley fue condenado justamente o no.

Pese a lo concreto de este interrogante fundamental, es necesario advertir de la evolución que ha sufrido la presente tesis doctoral con vistas a explicar mejor su estructura interna. En este sentido, el objeto de la presente investigación constituye la culminación de un proceso de estudio que se ha ido ampliando a lo largo del tiempo. En principio, mi objetivo era analizar en exclusiva la complicidad psíquica como forma de intervención delictiva. Como es sabido, la doctrina alemana y española consideran que un sujeto puede ser cómplice de un delito a través de “aportaciones psíquicas”. Junto a los casos de entrega de consejos técnicos, los autores que se han ocupado del tema también han discutido sobre los problemáticos supuestos de refuerzo o estabilización de la resolución delictiva. La idea es, en apariencia, sencilla: participa en un delito quien refuerza la decisión criminal de su autor.⁴ Los exiguos razonamientos dogmáticos sobre esta clase de participación en lengua castellana justificaban emprender un trabajo que tenía como finalidad resolver las múltiples dudas que esta institución despierta. Sin embargo, mi director de tesis y yo pronto nos dimos cuenta de que resultaba imposible dar una solución a los problemas derivados de esta forma de intervención delictiva sin

⁴ Por todos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 319; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355, § 42/3; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 376 s.

abordarla juntamente con la inducción. Ciertamente, tal y como tendré ocasión de detallar, la doctrina mayoritaria ha venido indicado que la complicidad psíquica encuentra su “límite superior”, precisamente, en la instigación.⁵ Esta última ha sido definida como una manera de participar en el hecho delictivo a través de la creación de la resolución delictiva del autor.⁶ Por lo tanto, mientras el inductor *determinaría* al autor del delito, el cómplice psíquico lo *reforzaría* psicológicamente. Este abordaje conjunto me llevó a cambiar el título provisional de esta tesis: ya no se trataba de analizar una forma de intervención delictiva en concreto, sino toda la *participación psíquica*. No obstante, esta modificación duró bien poco. Tanto mi director como yo convenimos que se hacía impracticable abordar esta supuesta forma de participación sin ocuparse antes de un problema subyacente: la respuesta penal que merecen aquellas conductas dirigidas a motivar a un tercero a la comisión de un delito. No fue hasta entonces cuando la investigación tomó la dimensión actual.

En efecto, la motivación al delito como fenómeno abre un campo de investigación que trasciende, ya no solo a la inducción o a la complicidad psíquica, sino a la teoría de la participación. Así pues, en su campo de juego operan un cúmulo de instituciones jurídico-penales que, dadas sus implicaciones motivacionales, pueden conectarse con el fenómeno referido. La provocación delictiva y todo el conglomerado de incitaciones públicas, los delitos de odio o la provocación de la legítima defensa son solo unos ejemplos de las múltiples manifestaciones que puede tomar la simple expresión “motivar al delito”. Aunque mi pretensión es intentar dar una respuesta más o menos cerrada a estas cuestiones, no es menos cierto que la perspectiva que se toma en las siguientes páginas está reciamente condicionada por la participación psíquica. En este sentido, efectúo el abordaje de esta cuestión central a través de la inducción y la complicidad por refuerzo de la resolución delictiva, sin que ello me haga perder de vista las otras manifestaciones de la motivación al delito (principalmente, las vinculadas a la denominada “incitación pública”, por ejemplo, la provocación). La evolución por etapas que anunciaba en el párrafo anterior ha influido en gran medida en esta manera de abordar el problema y, consiguientemente, en el desarrollo del texto. El lector podrá observar la particular e intensa atención que dedico a la participación psíquica, lo que contrasta con el tratamiento más reducido que ofrezco a la provocación delictiva, a los delitos de odio o a otras estructuras vinculadas al fenómeno motivacional. Esta situación produce que la motivación interpersonal (tradicionalmente más vinculada a la inducción y a la complicidad psíquica) reciba una atención más detallada que la motivación masiva o incitación pública. Con ello no cierro la puerta a ocuparme de otras instituciones con implicaciones motivacionales, pero estas no pueden ser sino objeto de un desarrollo más accidental y menos exhaustivo.

⁵ BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)*, ADPCP, (3), 1989, pp. 1095 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 449.

⁶ Por todos, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 226; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 491; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 413 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 2015, 9ª ed., p. 472.

Esta desigualdad en el tratamiento y el análisis afecta también, a la inversa, al abordaje de la intervención delictiva en general y de la participación psíquica en particular. En efecto, son muchos los interrogantes que la combinación de estas dos grandes cuestiones despierta. No obstante, algunos de estos temas, o bien no serán tenidos en cuenta por suponer un desvío demasiado intenso del eje del trabajo, o bien serán analizados de una manera más superficial. Hago referencia, básicamente, a las siguientes cuestiones. En primer lugar, el problema de la participación en los delitos especiales. Pese a que efectuaré alguna reflexión sobre ellos, estos no serán objeto de un tratamiento pormenorizado. En segundo lugar, la problemática del agente provocador. Este un tema ampliamente discutido en la dogmática de la inducción que, sin embargo, no he podido abordar con la suficiente profundidad como para plasmarlo en toda su completitud en el presente trabajo. Como ha puesto de relieve la doctrina más actual, esta cuestión no solo implica una particularidad dogmática en el sistema de incriminación de la instigación, sino que también conlleva plantearse una serie de interrogantes filosófico-políticos que se apartan del objetivo principal de este texto.⁷ En tercer lugar, muchas cuestiones específicas que la doctrina trata al hilo del tipo subjetivo de la inducción (básicamente, los excesos y desvíos del inducido y las modificaciones de su resolución al hecho delictivo) no centralizarán la preocupación básica de esta investigación. Por lo tanto, aunque les ofreceré una respuesta, esta no ocupará una parte sustancial del texto. Sin perjuicio de todas estas salvedades y avisos, con la lectura de las siguientes páginas, el lector podrá obtener una respuesta a la pregunta fundamental que inspira el presente trabajo, a saber, la relevancia jurídico-penal de la motivación al delito. A partir de ella, abordaré la pregunta implícita a la participación psíquica, esto es, la posibilidad de articular una forma de intervención en la que subsumir aquellos casos en los que un sujeto se limita a motivar al autor o a otra clase de interviniente del hecho delictivo.

En consecuencia, los dos grandes interrogantes de este trabajo de investigación son los siguientes. Por un lado, cuál es el fundamento que permite desaprobado jurídico-penalmente el hecho de motivar a otro u otros a cometer un delito. Por el otro, de qué manera esta desaprobación puede transformarse estructuralmente en una forma de intervención delictiva. El desarrollo de las respuestas a estas dos preguntas no solo debe dar con un fundamento de incriminación materialmente legítimo. Además, es necesario que el mismo establezca con precisión cuáles son los límites de la prohibición de motivar al delito. Ciertamente, afirmar la interdicción de determinadas expresiones comunicativas por su capacidad motivacional implica un fuerte golpe en la cotidianidad de los contactos sociales. La restricción de estos últimos solo puede nacer de una base de desaprobación que, desde los principios que inspiran y fundamentan el Derecho penal, permita señalar cuáles son aquellas expresiones comunicativas que resultan ya intolerables para el ordenamiento jurídico. Como tendré ocasión de detallar, las estructuras de incriminación ideadas para abordar este fenómeno, plenamente asentadas en la doctrina y la legislación, tienden a convertir en “peligrosas” muchas manifestaciones de algo tan

⁷ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, 2020, *passim*.

cotidiano como lo es el hecho de hablar con los demás. Se dice al respecto que “determinados” comportamientos implican un riesgo motivacional que no puede resultar aceptable al comportar un peligro real de que un tercero se resuelva a cometer un delito.

Pese a la plausibilidad de esta máxima, inscrita en los huesos de nuestra tradición dogmática, la necesaria concreción de estos “riesgos” y la posterior identificación de aquellas conductas comunicativas que merecen pena acaba resultando en un ejercicio carente de criterios claros y basado en indicadores demasiado porosos. El dicho “las palabras matan” toma, en este contexto, un nuevo significado: en manos del intérprete queda el determinar si tal o cual expresión ha comportado un peligro motivacional penalmente relevante; conclusión a la que se accede, muchas veces, a través de una argumentación (palabras) sin ataduras con la que puede convertirse en peligroso hasta lo que en apariencia es inocuo. El ejemplo con el que he antecedido todas estas líneas, pese a su antigüedad, puede resultar un buen ejemplo a estos efectos. De esta forma, resulta pernicioso para la libertad (en específico, para la libertad comunicativa y de expresión) que un sistema jurídico contemporáneo no disponga de herramientas más seguras para determinar si expresiones como la que pronunció Bentley suponen o no un peligro que justifique la intervención penal. Ciertamente, el ejercicio diario de “medir las propias palabras” no puede convertirse en una actividad sujeta a la incertidumbre y a las posibles reinterpretaciones que pudieran darle los jueces. Es pertinente, por lo tanto, aportar herramientas y estructuras de desaprobación e imputación que permitan escapar de la porosidad con la que el sistema penal limita actualmente la libertad comunicativa de sus ciudadanos.

He decidido sistematizar la respuesta a estas dos cuestiones fundamentales en dos grandes partes. En la primera, profundizo en el fenómeno de la motivación al delito y, muy especialmente, en la respuesta que le ofrece el Derecho penal a través de la participación psíquica, analizando su corrección tanto sistemática como material. En la segunda, aporto las bases para armar la respuesta a los dos interrogantes, indicando por qué considero que la motivación al delito merece pena, en qué casos y en qué medida puede considerarse una forma de intervención en el hecho delictivo. La primera parte consta de tres capítulos. En el primero de ellos, centro el objeto de la investigación, estableciendo qué debe entenderse provisionalmente por motivación al delito y cuáles son las instituciones de la Parte General y los tipos de la Parte Especial relacionados con dicho fenómeno. De entre ellos, como indicaba más arriba, centrarán la investigación la inducción y la complicidad psíquica, esto es, la participación psíquica. Por lo tanto, dedicaré este primer capítulo a desarrollar el entendimiento doctrinal más asentado al respecto de estas dos formas de participación. De esta explicación extraeré unos presupuestos básicos para responder a la pregunta, más amplia, de por qué la motivación puede desaprobarse penalmente. En el segundo y el tercer capítulo relacionaré las críticas que, en mi opinión, merece la participación psíquica en su comprensión más unánimemente compartida. En concreto, mi pretensión es analizar hasta qué punto las disquisiciones vertidas al hilo del tratamiento de la inducción y la complicidad psíquica aportan un fundamento adecuado para abordar la motivación al

delito, su merecimiento de pena, su conversión en una forma de participación y, muy especialmente, la demarcación de los espacios de prohibición en el ámbito de la comunicación. A estos efectos, en el segundo capítulo efectuaré una crítica más ceñida a la participación psíquica, analizando su capacidad para abordar el fenómeno objeto de la investigación a través de las formas de intervención que la componen y su relación sistemática. En el tercer capítulo, analizaré las distintas teorías que se han aportado para fundamentar la incriminación de la inducción y la extensión de su prohibición en tanto que ideas de referencia para el abordaje de la motivación al delito. Al respecto, entiendo que los dos parámetros sobre los que se asienta el castigo de esta forma de participación (causalidad y peligrosidad) no constituyen puntos de partida adecuados para responder por qué merece pena este fenómeno y, en su caso, si merece la pena del autor o del partícipe.

La segunda parte consta de cuatro capítulos. En el primero de ellos, presento el sistema de intervención delictiva que defiendo. Ciertamente, responder a la pregunta de si motivar al delito puede convertirse estructuralmente en una forma de autoría o participación requiere, previamente, asentar un sistema de intervención en el que contextualizarla. A este respecto, en esta tesis tomo partida a favor del denominado sistema de intervención en un “hecho común”. Según este último, la determinación de la vinculación entre los distintos intervinientes y el hecho delictivo es una operación previa a la graduación de sus respectivos injustos a través de la imputación del correspondiente título de autoría o participación. En el quinto capítulo asentaré las bases para dar respuesta a los dos grandes interrogantes del presente trabajo. Por un lado, indicaré por qué, en mi opinión, la motivación al delito merece pena. Por el otro, expondré en qué medida este merecimiento puede canalizarse a través de un sistema de intervención que permita considerar autor o partícipe a un sujeto por haber motivado a otro a ejecutar o realizar algún otro tipo de contribución en el hecho delictivo. Estas dos estructuras se asientan sobre una idea que ha acompasado el desarrollo de la presente tesis doctoral. En efecto, considero que la relevancia penal que puede presentar el fenómeno en el que un sujeto motiva a otro a cometer un delito debe relacionarse con el pensamiento de la corrupción. Este último tuvo cierta relevancia con el desarrollo de las llamadas “teorías de la corrupción” que, en el ámbito de la inducción y la participación en general, pretendían justificar la incriminación de esta clase de conductas. A mi parecer, a estas teorías subyace una idea, la de que un sujeto “corrompe” al motivar, que es clave para entender la dinámica de la motivación al delito. A partir de esta base y tal como desarrollaré en su momento, entiendo que a la motivación al delito se la puede castigar legítimamente por perturbar la comunicación con la que el Derecho pretende motivar a sus ciudadanos al cumplimiento de las normas. Esta perturbación se efectúa en el contexto de un proceso corruptor, en la que el agente motivador contraprograma el mensaje deóntico de la norma de conducta. Por su parte, considero que esta base de desaprobación puede convertirse estructuralmente en una forma de intervención delictiva en caso de que la contraprogramación de la comunicación expedida por el Derecho permita asentar el futuro hecho delictivo en un curso de acción debido o permitido. De esta

manera, interviene en el delito quien dota al acontecimiento antijurídico de un determinado “estatus deóntico”.

Sobre la base de estas dos grandes ideas, en los capítulos sexto y séptimo desarrollaré con mayor detalle la estructura de una forma de intervención centrada en los supuestos de motivación al delito. En el sexto, articularé los pormenores de la desaprobación *ex ante* de esta clase de conductas, indicando cómo debe comportarse en específico un sujeto para intervenir en un hecho delictivo motivando a otros a intervenir en él. En el séptimo, desarrollaré los criterios de desaprobación *ex post* y los de imputación del correspondiente título de intervención. Ciertamente, es necesario que la persona de delante se comporte de una determinada manera para poder afirmar que ha sido “motivada” por la persona de detrás. La posibilidad de confirmar este extremo es lo que permite imputar objetivamente el hecho delictivo al agente o interviniente motivador. En otro orden de cosas, no toda forma de intervención a través de la motivación merece la misma pena en todos los casos, de tal manera que es necesario establecer un sistema que permita graduar los distintos supuestos, distinguiendo aquellos que merecen la pena del autor de aquellos que merecen la del partícipe. Al hilo de esta problema, analizaré la posición que merece la figura del *omnimodo factorus*, clave de bóveda de la participación psíquica, en el sistema de intervención motivacional que defiendo.

PRIMERA PARTE

LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: CARACTERIZACIÓN Y CRÍTICA

CAPÍTULO I

MOTIVAR A OTROS Y DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

En este primer capítulo expondré una aproximación al tratamiento que el Derecho penal ofrece a la motivación al delito. A estos efectos, iniciaré la explicación delimitando el objeto del presente trabajo, esto es, la responsabilidad que puede presentar un sujeto por el hecho de motivar a otro a realizar un injusto (ap. II). Seguidamente, analizaré cuáles son las vías que utiliza el Derecho penal para abordar este fenómeno, concretando cuál de ellas centrará los esfuerzos de la investigación: el *topos* de la autoría y la participación (ap. III). Con base en estas dos premisas, pasaré a abordar el mecanismo de incriminación que parece ocuparse de esta cuestión, la participación psíquica. A estos efectos, en primer lugar, expondré el origen de esta estructura, señalando cuáles han sido los otros mecanismos de atribución de responsabilidad penal que se han planteado históricamente para abordar la motivación al delito (ap. IV). En segundo lugar, trataré en detalle las características de la participación psíquica, presentando los aspectos que particularizan a las formas de intervención que la componen (ap. V). Finalmente, esbozaré la crítica que, en mi opinión, merece este entendimiento, plenamente asentado en la doctrina, a los efectos de desarrollarla en capítulos posteriores (ap. VI).

II. MOTIVACIÓN Y RESPONSABILIDAD

1. Los ciudadanos, por lo general, a la hora de realizar comportamientos con relevancia jurídico-penal, suelen venir cargados de motivos por los que se sienten empujados a este mismo espacio de ilicitud. Desde intrínsecas cuestiones espirituales, políticas o ideológicas, a meros intereses económicos, muchas son las razones que pueden llevar a alguien a conculcar las normas emanadas del ordenamiento. Así las cosas, es plausible afirmar que las personas nos sentimos guiadas por nuestra motivación en tanto que “factor dinámico del comportamiento animal y humano que activa y dirige

un organismo hacia una meta.”⁸ Por ello, cuando actuamos, disponemos de motivos por los que nuestra voluntad se ve impulsada hacia un determinado curso de acción.⁹ Al inspeccionar estos comportamientos lesivos con el Derecho, no es menos cierto que el público que los visualiza (la sociedad política en la que se integra el individuo infractor) tiende a buscar uno o dos motivos con el fin de satisfacer una necesidad explicativa de lo ocurrido en el caso concreto, más que para tomar conciencia de una determinada imagen biográfica del sujeto. De esta manera, los motivos conforman un estado interno del agente orientado a un objetivo, consecuencia de una serie de factores exógenos y endógenos con los que es posible “comprender el comportamiento de los demás y (...) explicar o justificar nuestros propios actos.”¹⁰ Precisamente, en el ámbito de la psicología de la motivación, se afirma que las explicaciones que tienen por objeto los motivos o las razones del agente están estrechamente vinculadas con “nuestra propensión a explicar el comportamiento (sobre todo el de los demás) en términos de causas internas, de fuerzas o impulsos que ponen en movimiento la conducta.”¹¹ Esta operación se produce en el contexto de un proceso psicosocial de *atribución*, esto es, una “operación consistente en una inferencia causal acerca de las razones por las que se ha producido un determinado evento” lo que conforma un “proceso de búsqueda causal” con respecto al que los seres humanos siempre hemos demostrado tener una “especial predisposición”.¹²

2. Sobre esta premisa, no son pocas las veces que la explicación del comportamiento de un individuo requiere necesariamente de la comprensión de su interacción con otro.¹³ En efecto, en el contexto de una transacción comunicativa entre dos o más agentes, el proceso motivacional de uno de ellos puede verse configurado, en su totalidad o solo en parte, por el comportamiento del otro. Así, las razones de que alguien puede disponer para llevar a cabo un determinado hecho no solo nacen de un proceso de búsqueda unilateral —interna o externa—, sino también por la intervención de terceros. Estos brindan motivos que pasan a formar parte de la explicación de la conducta realizada por quien los recibe. Cuando esta última constituye un ilícito (del tipo que sea), surge el interrogante de qué

⁸ GALIMBERTI, *Diccionario de psicología* (trad. María Emilia G. de Quevedo), 2002, p. 714.

⁹ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, t. II, 5ª ed., 1965, p. 235, recordando el origen etimológico de la palabra “motivo” en “lo que mueve”. Remarca la misma idea REEVE, *Motivación y emoción*, 2010, 5ª ed., p. 6: “[u]n motivo es un proceso interno que energiza y dirige el comportamiento.” Desde esta comprensión, los términos *motivo* y *móvil* son sinónimos.

¹⁰ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación. Un enfoque de procesos*, 2005, pp. 277-278, 280. Igualmente, AUDI, *Action, Intention and Reason*, 1993, p. 145: “Si no sabemos por qué razón ha actuado una persona, no podemos entender plenamente a dicha persona.”

¹¹ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, pp. 277.

¹² AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, pp. 324 ss. Falta por comprobar, en todo caso, si el abordaje de los motivos constituye un proceso normativo o descriptivo, esto es, si se trata de atribuir motivos que desde fuera permiten comprender el comportamiento del sujeto o de describir los motivos reales que, efectivamente, han impulsado el obrar del agente.

¹³ La idea es clara en ALEXANDER, «Incitement and Freedom of Speech», en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 101: “las personas, generalmente, actúan por razones. Una gran cantidad de estas razones están basadas en las ideas que dichas personas reciben a través de las comunicaciones de otros. Y dentro de la clase de ideas recibidas (...) hay ideas que pretenden dar a las personas razones para cometer delitos.”

tratamiento otorgar a la persona que ha influido en el curso deliberativo del agente —en principio, autorresponsable— dirigido hacia el acto infractor.¹⁴

3. Imagínese un caso cotidiano: un adolescente, animado por su mejor amigo, rompe con una pelota la ventana de su instituto. A las preguntas de los profesores sobre el *porqué* de su inadecuado comportamiento, es posible que el joven se ampare en que su amigo le dijo que lo hiciera. Por lo tanto, la explicación del actuar del sujeto, relativa a sus razones y motivos, deberá tener en cuenta necesariamente su interacción con el otro agente, movido a su vez por sus propias razones. Sin embargo, una vez convertidos en inteligibles estos comportamientos, surgirá la duda de cómo valorarlos sobre la base de las razones normativas que, en su caso, debían haberlos guiado, respectivamente.¹⁵ En efecto, la sabiduría popular llevará a los maestros a inquirir al chico con la conocida pregunta “si tu amigo te dijera que te lanzaras por un precipicio, ¿tú te lanzarías?”. No obstante, no por ello parecerá menos culpable el amigo. A este, acabada la reprimenda al primero, se dirigirán los profesores para interpelarle con un “¿y tú por qué le das ideas?”. Pese a la trivialidad de la escena relatada, de ella surgen una serie de interrogantes significativos con graves repercusiones en el entramado axiológico que permite atribuir una desaprobación a un sujeto en tanto que responsable por un determinado acontecimiento. ¿Cómo conjugar, en este mismo espacio de valoraciones, la desconsideración de oveja del primer sujeto con la calificación de pastor del segundo? Si el joven que golpeó la pelota no debe verse guiado por nada más que por su deber personal de no romper ventanas ajenas, ¿por qué se acusa al segundo, justamente, por haberlo guiado hacia la infracción de la norma? ¿Acaso la autorresponsabilidad del primero, de quien rompió la ventana con su disparo malintencionado, no debería constituir una cortapisa frente a la imputación de responsabilidad disciplinaria al otro amigo?¹⁶ Nuestras vivencias pasadas nos llevan irremediabilmente a contestar de modo negativo a estas preguntas. En efecto, al animador de nada le servirá alegar que él no lanzó pelota alguna. Al final, tanto golpeador como incitador acabarán castigados sin recreo en sus respectivas aulas.¹⁷

¹⁴ En el ámbito de la psicología de la motivación se entiende que una de las dimensiones básicas de la evaluación causal de las conductas motivadas es la pregunta “¿la causa depende del propio individuo o de algún factor externo?”. Así, AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, pp. 325.

¹⁵ En la filosofía de la acción, se entiende por razón normativa aquel argumento que apoya la afirmación sobre qué comportamiento es el correcto, justificándolo desde una determinada perspectiva (no necesariamente moral). Por todos, ÁLVAREZ, «How many kinds of reasons?», *Philosophical Explorations*, (12-2), 2009, pp. 182 s. Vuelvo a este tema *infra* Capítulo III, ap. V.3.

¹⁶ GERSON, «Strafgrund, Wessen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppel-pathologischen Diskurses – Teil 1. Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft», *ZIS*, (3), 2016, p. 184, expresa de manera muy elocuente esta misma preocupación: “¿Qué debe y puede entenderse por 'influencia' en la voluntad? ¿Cómo se influye en los pensamientos ajenos si uno no es un hipnotizador, un mentalista [*Mentalkünstler*] o un sofista? ¿Y por qué se castiga esta influencia?”

¹⁷ De esta manera se conjugan las dos posibilidades que existen a la hora de abordar estos casos: se hace responsable tanto al destinatario del mensaje (a la audiencia) como a quien lo comunica. Así, ALEXANDER, en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 101.

4. La intuición con la que solemos resolver supuestos parecidos no debe considerarse fruto del azar, pues ya se infiere de los sistemas más antiguos de imputación de responsabilidad. Al respecto, téngase en cuenta el ejemplo bíblico de la seducción de la serpiente.¹⁸ Así pues, el relato contenido en los primeros versículos del Génesis puede entenderse como la consecuencia punitiva de una situación de interacción entre múltiples personas en la que las motivaciones del ejecutor (Eva) estuvieron determinadas por un tercero (la serpiente). Allí se indica que el Adversario sedujo a la nacida de la costilla de Adán para que comiera el fruto prohibido con el fin de alzarse contra el enunciado deontológico prescrito por Dios.¹⁹ Indican algunos teólogos que Satanás hizo que “la mujer [percibiera] la realidad de un modo nuevo (...) [concediendo] crédito a la serpiente.”²⁰ Y así hizo Eva, lo que provocó la ira de Iahveh en forma de castigo, que no solo tuvieron que soportar los primeros hombres, sino también la serpiente. A esta, le dijo Iahveh: “por haber hecho esto, maldita tú entre todo el ganado y todas las fieras del campo; te arrastrarás sobre el vientre y comerás polvo toda tu vida.”²¹ Con ello, partiendo de una óptica creacionista, los seres humanos fuimos desterrados del Edén como respuesta a un hecho en el que intervinieron diversos agentes: induciendo la serpiente y ejecutando Eva.²² Por lo que la cuestión acerca de la responsabilidad de aquellos terceros que seducen, motivan o determinan a otros a la comisión de actos ilícitos hunde sus raíces hasta los albores de la reflexión humana.

5. “La serpiente me sedujo y comí”,²³ así respondió Eva a la pregunta inquisitiva planteada por Dios. Quizás intentaba escudar su tentación detrás de las insidiosas palabras del Oponente, pero en todo caso dejó claro que sus razones y motivos no podían sino entenderse como la consecuencia de su interacción dialógica con la serpiente. Si esta última no hubiera cautivado a Eva, embobándola con la posibilidad de igualar al Creador al comer el fruto,²⁴ Iahveh hubiera tenido motivos para señalar a la primera mujer como la única responsable de lo sucedido. Pero no fue esto lo que ocurrió, puesto que fue el Inspirador quien concedió a Eva una razón de peso con la que, aunque era falsa, se vio motivada a infringir la norma divina. Más allá de las razones sustantivas por las que Dios condenó también a la serpiente, pese a que, entre su actuar y la infracción, figuraba el comportamiento autorresponsable de Eva (base de su propia condena), lo cierto es que en su esquema de valoraciones disponía de

¹⁸ No es el único “ejemplo clásico”. Así, AMELUNG, «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhüten», *FS-Schroeder*, 2006, p. 149, señalando los ejemplos de la tentación del demonio a Jesús, el caso de Ortrud y Terlamund en la ópera wagneriana de Lohengring, el caso de Lady Macbeth o la persuasión de Mefistófeles a Fausto.

¹⁹ “No comáis de él ni lo toquéis, de lo contrario moriréis” (Gn. 3, 3).

²⁰ GARCÍA-JALÓN DE LA LAMA, «Génesis 3, 1-6. Era la serpiente la más astuta alimaña que Dios hizo», *ScrTh*, (38-2), 2006, p. 430.

²¹ Gn. 3, 14.

²² Sobre la responsabilidad de Adán en términos jurídico-penales, véase JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal* (trad. Manuel Cancio Meliá), 1996, pp. 38 s.

²³ Gn. 3, 13.

²⁴ “[E]s que Dios sabe que el día en que comáis de él, se os abrirán los ojos, y seréis como Dios en el conocimiento del bien y el mal” (Gn., 3, 5).

suficientes instrumentos como para hacer responder a alguien por motivar a otro a contravenir sus prohibiciones.

6. De esta manera, no es descabellado pensar que existe un fundamento material que otorga un apoyo a todas estas estructuras por medio de las que se imputa responsabilidad a aquellas personas que han motivado a otros a cometer actos ilícitos. En otras palabras, por emular a la serpiente: por hacer que otros actúen de una determinada manera. Este fundamento material otorgaría legitimidad a nuestras intuiciones, así como validez conceptual a las múltiples estructuras de imputación que se han presentado a lo largo de la historia para abordar este mismo problema. Sin embargo, no es menos cierto que la búsqueda de este fundamento debe enfrentarse con ciertos principios básicos del sistema de atribución de responsabilidad. De esta manera, si se parte de la idea de que toda persona es autorresponsable de su propio hecho, parece que dicha intuición no acaba de encajar bien. Efectivamente, el hecho de que, entre la incitación del amigo, en el primer caso expuesto, o la seducción de Satanás y el ilícito, se ubique una persona capaz de autodeterminarse, dificulta la imputación de lo que en apariencia es un hecho realizado por otro en ejercicio de su libertad. Aunque nuestras intuiciones impidan, tanto al amigo como al Diablo, apelar a la autorresponsabilidad de la persona de delante (justamente por eso los profesores “se dirigieron” al niño una vez regañado el golpeador), es preciso cerciorarse de si estas son sostenibles en el marco de un Derecho penal contemporáneo. Este proceso de desaprobación tampoco parece escapar, por su parte, de considerar que la autorresponsabilidad del seducido se ha visto, de alguna manera, menoscabada, sin perjuicio de poderle atribuir el pleno desvalor de su conducta.²⁵ Consiguientemente, es preciso analizar si las estructuras de imputación aplicables en estos casos, pese a su fuerte base intuitiva, son susceptibles de legitimación real sobre la base de los principios que deben informar el proceso de desaprobación jurídico-penal.

III. MOTIVACIÓN Y DERECHO PENAL

1. Con lo anterior debe quedar claro que el objeto de la presente investigación lo constituyen aquellos casos en los que toda o una parte de la motivación al hecho ilícito de un sujeto se ha visto definida por el comportamiento de otro en el marco de una “transacción interpersonal”.²⁶ En este punto,

²⁵ Para el caso de Eva y Adán, GARCÍA-JALÓN DE LA LAMA, *ScrTh*, (38-2), 2006, p. 443-444: “(...) la comisión del pecado a instancias de la serpiente, atenúa la responsabilidad del hombre y presupone un juicio sobre él. La iniciativa de rebelarse contra Dios no ha partido de su intimidad” remarcando que el individuo “[h]a sido engañado.” En contra, desde una cristología protestante particular, BONHOEFFER, *Jesucristo: historia y misterio* (trads. Sergio Vences y Úrsula Kilfitt), 2016, pp. 130 s.: “yo, siendo creatura de Dios, he cometido lo totalmente opuesto a Dios, lo malo, (...) por esto, mía es la culpa, y culpa indisculpable. Nunca será, pues, posible remitirse sencillamente al diablo como el que nos ha seducido, sino que el diablo existe precisamente y solo en la medida en que yo no he querido (...) vivir en el mundo como creatura de Dios.”

²⁶ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 51, engloban en las “transacciones interpersonales” [*interpersonal transaction*] todos aquellos supuestos caracterizados por el uso estándar de expresiones como “él hizo que lo hiciera”, “él me persuadió a hacerlo”, “él me indujo” o “lo hice porque él me lo ordenó.”

resulta imprescindible advertir que no es un propósito de este trabajo analizar aquellos motivos que, a modo de elementos de actitud interna [*Gesinnung*], pudieran agravar la desaprobación global del injusto culpable.²⁷ Por el contrario, interesa el fundamento de la responsabilidad en la que un agente puede incurrir por entregar a otro un motivo en tanto que sustento de una toma de posición frente al Derecho. En lo que sigue, voy a englobar a este fenómeno bajo la expresión de *motivación al delito*. Por el momento, puede valer la definición que BALDÓ LAVILLA dio en su día a la realidad “psíquico-comunicativa” que se desprende de este suceso, relacionándolo con aquellos supuestos en los que “el influjo motivador se incorpora en un mensaje comunicativo apto para ocasionar psíquicamente la prevalencia de la voluntad del sujeto en favor del delito (formación de la voluntad).”²⁸ En este contexto, una persona (aquí, *agente motivador*) impulsa internamente la conducta de otra (aquí, *agente motivado*) hacia la comisión delictiva.

2. En el contexto del Derecho penal, existen diversas instituciones que permiten abordar este fenómeno y efectuar una atribución de responsabilidad sobre la base de las mismas intuiciones que llevaron a los profesores a castigar al adolescente o a Iahvé hacer lo mismo con la serpiente. Como cuestión de *lege lata*, está fuera de toda duda que el legislador ha querido atribuir relevancia a este hecho. Efectivamente, tanto en el entramado sistemático de la Parte General como en los tipos en concreto definidos en la Parte Especial, se incluyen de costumbre una serie de mecanismos por los que se incriminan, precisamente, determinadas manifestaciones fenoménicas, o bien de la propia motivación al delito en sentido estricto, o bien de la motivación a un determinado comportamiento (o estados de pensamiento) en sentido amplio. Por citar algunos de estos institutos, encontramos, en el ámbito de la autoría y la participación, la inducción, la complicidad psíquica y determinadas formas de autoría (principalmente, la autoría mediata y la particular formulación del “autor tras el autor”). En el contexto de los actos preparatorios, se sitúan la proposición (art. 17 CP), la provocación al delito (art. 18.1 CP) y la apología (art. 18.1 *in fine* CP). A estas formas de incriminación de la Parte General se les pueden añadir determinados tipos penales específicamente positivados en la Parte Especial. Por ejemplo, las incitaciones al odio (art. 510.a y b CP),²⁹ la incitación o refuerzo de la disposición a llevar a cabo desórdenes públicos (art. 557.2 CP), la incitación a la colaboración

²⁷ Sobre su caracterización, por todos, MILTON PERALTA, *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, 2012, pp. 31 ss. A este respecto, considero que es posible diferenciar dos problemas: “los motivos del autor” y la “motivación al autor”. En la primera, se cuestiona la trascendencia penal que puede atribuirse a determinados motivos sobre los que el autor ha realizado el delito (p.ej., los motivos racistas del art. 22.4 CP). En la segunda, se pregunta por el significado penal que puede presentar el hecho de dar a alguien estos u otros motivos para que cometa un delito.

²⁸ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1098. Aunque el autor solo habla de esta realidad “psíquico-comunicativa” en relación con la inducción, considero que esta es trasladable a todo supuesto de contribución motivacional en el proceso de creación de la voluntad delictiva.

²⁹ Con la actual redacción del art. 510.a CP tras la reforma de 2015, las posibilidades de acercar hermenéuticamente este delito a la provocación, a modo de incitación masiva a un delito en concreto, parecen desvanecerse, por lo que estaríamos más cerca de la promoción pública de un determinado “estado de pensamiento”. Al respecto de este tema, críticamente, ALASTUEY DOBÓN, «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *REDPC*, (13-14), 2016, pp. 8 s.

terrorista (art. 577 CP), la incitación a los delitos del Capítulo VII del Código [organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo] (art. 579 CP); así como las incitaciones a la rebelión (art. 473 CP) y a la sedición (art. 545 CP). Incluso otros delitos podrían encajar en el tema de ampliarse más allá de la específica motivación al delito para alcanzar conductas motivadoras con respecto a comportamientos no típicos de por sí, pero relevantes con respecto a otras estructuras de imputación de responsabilidad. Principalmente, la inducción al suicidio (art. 143 CP), la inducción a menores al abandono familiar (art. 224 CP), la estafa (art. 248 CP) o la falta de provocación suficiente de la legítima defensa (art. 20.4º.tercero CP).

3. Todas estas estructuras pueden vincularse, de manera genérica, con la pregunta de si “existe un deber moral de refrenar determinadas formas de hablar que incitan a una clara violación de los derechos de los demás.”³⁰ No obstante, en este texto me centraré en el *topos* de la intervención delictiva. Así pues, son objeto de este trabajo todas aquellas estructuras que posibilitan la atribución de una desaprobación, a título de autor o partícipe, a aquel sujeto que ha motivado a otro a la realización de un injusto penal. Sin perjuicio de esta afirmación, claro está que las demás instituciones citadas pueden presentar conexiones materiales o sistemáticas, más o menos directas, con el marco del presente estudio. De este modo, para empezar, históricamente se ha remarcado la posibilidad de señalar a los actos preparatorios indicados como estructuras en las que subsumir formas previas de participación que, en el caso de la aportación de motivos, deberían reputarse como de tentativa de inducción.³¹ De esta manera, el art. 17.2 CP podría tener, en principio, la capacidad para capturar el desvalor *ex ante* de una conducta de instigación carente de desaprobación *ex post* (esto es, como mínimo, el inicio de la tentativa por parte del inducido).³² A su vez, estos mismos actos preparatorios (principalmente, la provocación y la apología, así como algunos de los tipos penales citados) pueden relacionarse con el fenómeno de la “motivación masiva” o “incitación pública”, en la que un sujeto instiga a un conglomerado indeterminado y numeroso de personas.³³ En efecto, si la definición teórica más generalizada de la inducción veta su aplicación en aquellos casos en los que la persona o las personas inducidas no pueden ser individualizadas,³⁴ las “instigaciones” dirigidas a una masa

³⁰ HOWARD, «Dangerous Speech», *Philosophy and Public Affairs*, (9999), 2019, pp. 6 s., relacionando la cuestión, a su vez, con la idea del “discurso o forma de hablar peligrosa” [*dangerous speech*].

³¹ CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer delito: interpretación del art. 4.I CP (los actos preparatorios de la participación)*, 1978, p. 19; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 417; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 287 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 283 ss.

³² Sobre la discusión generada en España al respecto de cuál es el acto preparatorio más idóneo para captar esta desaprobación *ex ante* (proposición, conspiración o provocación), por todos, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 281 ss. Esta estructura carece de problemas en el Derecho positivo alemán dada la literalidad del § 30.I StGB con el que se castiga, justamente, la tentativa de inducción [*versuchte Anstiftung*]. Sobre esto, por todos, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 387 ss.

³³ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 283 ss. El autor utiliza, según quien sea el destinatario del influjo, los conceptos de “incitación indeterminada” y “determinada”.

³⁴ CRAMER/HEINE, «§ 26», *Sch/Schr*, 26ª ed., 2001, nm. 14; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 18ª ed., 1995, p. 677; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1094, n. 6; MIR

compuesta por agentes anónimos solo pueden constituir, a lo sumo, un supuesto de provocación (art. 18 CP).³⁵ Lo mismo ocurre en el caso alemán con el § 111 StGB, destinado a aplicarse en aquellos supuestos en los que se emiten exhortaciones instigadoras con carácter público.³⁶

4. Muy de cerca le siguen determinados tipos penales que presentan una mayor vinculación con el entramado de la intervención delictiva pero que, de su específica criminalización en la Parte Especial, se desprende que legislador está pensando en un campo de relevancia que trasciende el marco aplicativo de las formas de autoría y participación. De lo contrario, su incriminación expresa en estos tipos carecería en principio de sentido habida cuenta de la existencia de los “tipos de participación” consignados en la Parte General. Hago referencia, por ejemplo, al ámbito típico que se infiere del art. 557.2 CP, cuya lectura podría hacer pensar en el castigo de estadios de intervención previos a la consumación que, de no existir tal precepto, deberían reputarse impunes (caso de la complicidad psíquica) o castigados en menor medida a través de alguno de los actos preparatorios punibles dispuestos por la legislación positiva (caso de la inducción).³⁷

5. Por su parte, el desarrollo dogmático de la inducción al suicidio guarda relación con la condición de autorresponsable de la persona inducida, a los efectos de diferenciarla de un delito de homicidio a título de autoría (mediata).³⁸ La configuración de esta “capacidad de responsabilidad” presenta paralelismos con el desarrollo de esta misma calificación en determinados casos de intervención delictiva, en el marco de la “zona gris” delimitada, precisamente, por la inducción y la autoría mediata. Casos como la utilización o creación de errores, la configuración de situaciones de necesidad o de las que es posible extraer una dimensión coactiva, así como las influencias psíquicas dirigidas a personas cuya imputabilidad se advierte *a priori* dudosa (menores de edad, semiimputables),³⁹ abundan en esta zona de contacto entre los genuinos supuestos de participación delictiva (inducción) y los de autoría. También, y presentando un alejamiento más contundente con respecto al núcleo del problema, la inducción al abandono familiar puede interpretarse como la incriminación de comportamientos dirigidos a introducir a determinados sujetos en contextos de vulnerabilidad aprovechándose, en

PUIG, PG, 9ª ed., 2011, p. 415; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 117. Críticamente, DEL ROSAL BLASCO, «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», CPC, (4), 1999, pp. 111 ss.

³⁵ ANTÓN ONECA, PG, 1986, p. 405; RODRÍGUEZ DEVESA, PG, 18ª ed., 1995, p. 766; CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer delito: interpretación del art. 4.1 CP (los actos preparatorios de la participación)*, 1978, p. 153; MIR PUIG, PG, 9ª ed., 2011, pp. 351, 415; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, PG, 2015, 9ª ed., p. 472; En contra, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 343, indicando que el elemento central de la provocación es el medio de transmisión del mensaje (público o de difusión) y no el carácter indeterminado del destinatario.

³⁶ SCHMIDHÄUSER, AT, 1970, pp. 452, 454; KÜHL, AT, 7ª ed., 2012, p. 831; EBERT, AT, 3ª ed., 2001, p. 211; KINDHÄUSER, AT, 4ª ed., 2009, p. 349.

³⁷ Al respecto, ALONSO RIMO, «Los nuevos delitos de ¿desordenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», EPC, (35), 2015, pp. 364 ss.; EL MISMO, «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret*, (4), 2017, pp. 25 ss.

³⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO, «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozos del tratamiento penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, (8-79), 2012, p. 128; MUÑOZ CONDE, «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», ADPCP, (40-2), 1987, pp. 301 ss.

³⁹ Por todos, véase GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 214 ss.

parte, de la situación de menor autorresponsabilidad que presentan. Finalmente, la ausencia de provocación en la legítima defensa constituye una condición negativa de su aplicación que puede relacionarse con el efecto que produce que la agresión ilegítima se derive de un influjo motivador creado por el propio defensor.

6. Pese a las intensas vinculaciones de estas estructuras de imputación con el marco de la intervención delictiva y su punto en común con el fenómeno de la motivación, decía que solo me centraré en las formas de autoría y participación. Por lo tanto, lo que aquí interesa es dilucidar hasta qué punto es penalmente relevante que una persona se vea motivada por parte de un tercero a la realización de un delito sobre el entendimiento dogmático del sistema de intervención delictiva. Evidentemente, este cuestionamiento implica preguntarse, a su vez, por el merecimiento de pena *in abstracto* que merece la motivación al delito entendida como un fenómeno global. Consiguientemente, aunque la investigación se centrará en la estructura de la autoría y la participación, las figuras delictivas de la Parte Especial o las instituciones de la Parte General relacionadas *supra* merecerán de un análisis particular, pero en todo caso contingente, dados los puntos de fricción indicados. En todo caso, el objetivo principal del trabajo estriba en determinar si un agente motivador puede considerarse interviniente en el delito ejecutado por el agente motivado. De superarse afirmativamente este interrogante, faltará por comprobar cuál es el *quantum* de responsabilidad atribuible a cada sujeto. Todo ello, en el contexto de una operación de graduación de las responsabilidades que cada uno de los agentes presenta en la conjunta configuración del acontecimiento delictivo. Dicho esto, parece claro que a este interrogante le dan una respuesta las distintas formas de autoría y participación vinculadas con el fenómeno que he relacionado *supra*, básicamente, la denominada participación psíquica. Sin embargo, es preciso certificar la adecuación —tanto material como sistemática— de esta respuesta. En otras palabras, la pretensión de este trabajo es esclarecer si es posible hablar, en términos dogmáticos, de una genuina *intervención motivacional* en el hecho sobre la base de un fundamento de incriminación materialmente legítimo. Asimismo, también es necesario responder sobre la extensión de esta prohibición, esto es, acerca de la delimitación entre el riesgo prohibido y el riesgo permitido en los contactos interpersonales con implicaciones motivacionales.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO DE LA MOTIVACIÓN AL DELITO COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

1. El punto de partida actual: entre la inducción y la complicidad psíquica

1. La búsqueda de un fundamento para una hipotética intervención motivacional debe partir necesariamente de las instituciones que, en la actualidad, emplea el Derecho penal para abordar el fenómeno de la motivación al delito como forma de intervención delictiva. Entender tanto su base conceptual como el campo de aplicación que configura su interacción es capital para encontrar un

elemento que dote de una fundamentación dogmática adecuada al problema. Dicho esto, bien parece que el objeto del presente estudio se contextualiza en el debate generado alrededor de la inducción y la complicidad psíquica —concretamente, en su modalidad de apoyo moral o fortalecimiento de la resolución al hecho delictivo—; en principio, en tanto que límites máximo y mínimo del problema, respectivamente.⁴⁰ De esta manera, ambas figuras erigen un ámbito de relevancia penal aparentemente centrado en aquel círculo de sujetos cuyos comportamientos han consistido en fomentar o promocionar motivacionalmente al ejecutor del delito.

2. Así pues, es pacífico definir la inducción como una forma de intervención en el hecho por la que se incrimina la determinación a otro a la realización de un injusto penal.⁴¹ Por lo habitual, las alusiones genéricas a los verbos “determinar” o “inducir” se concretan con la fórmula de la creación de la resolución criminal.⁴² Históricamente, esta afirmación se ha vinculado con el nacimiento del dolo del autor.⁴³ De esta manera, se afirma que el inductor participa en el suceso delictivo al desarrollar, por medio de un influjo psíquico [*psychische Einfluss*],⁴⁴ una específica inclinación resolutoria a la comisión de un hecho antijurídico en la mente del inducido. Con esta premisa se impide la aplicación de esta estructura en aquellos casos en los que el sujeto receptor del influjo ya está resuelto delictivamente (los supuestos de *omnimodo* o *alias facturatus*).⁴⁵

3. Por su parte, la complicidad psíquica ha sido precisada como aquella prestación de ayuda realizada a través de medios “psíquicos”, “morales” o “espirituales”.⁴⁶ Siguiendo con los postulados de la

⁴⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 174, mientras que la autoría mediata constituiría el “límite máximo”; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 446; JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 21

⁴¹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 226; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 491.

⁴² MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 413 s.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 2015, 9ª ed., p. 472; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364, § 27/97; KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 823.

⁴³ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998, p. 384; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 4; GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 437.

⁴⁴ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739.

⁴⁵ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*, 1982, p. 214; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 414; BALDÓ LAVILLA, *Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díez Palos)*, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1106; BLEI, *AT*, 18ª, 1983, p. 283; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349.

⁴⁶ En contraposición a la complicidad física, realizada por medio de “actos físicos”. Así, ZUGALDÍA ESPINAR, *PG*, 3ª, 2016, p. 205; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 421; BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 3ª ed., 1989, p. 294, hablando de contribuciones de “carácter estrictamente intelectual”; CONDE-PUMPIDO, «art. 29», en EL MISMO, *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, 1997, p. 967. En Alemania, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 376, § 129; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355. La distinción alemana entre complicidad física [*physische Beihilfe*] y psíquica [*psychische Beihilfe*] tiene su origen en la redacción del § 49 RStGB y su clasificación entre complicidad a través de hechos (física) y a través de consejos (psíquica). No obstante, la composición actual del § 27 StGB —introducido en la reforma de la Parte General de 1975 y de la que no se desprende ninguna referencia a “hechos” o “consejos”—, esta misma contraposición teórica ha permanecido intacta. Con respecto a este punto, aunque el precepto citado en su redacción moderna no haga referencia a los “medios” por los que puede tener lugar la complicidad, “se tendrá que diferenciar como hasta ahora entre complicidad intelectual (psíquica) y técnica (física)” (JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 744; igualmente, BLEI, *AT*, 18ª, 1983, p. 287 indicando que no se necesita la mención expresa “a través de un consejo” para castigar la complicidad psíquica; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 747).

doctrina jurídico-penal alemana, esta definición estándar se suele clasificar entre (i) casos de aportación de consejos técnicos [*technischen Rathilfe*] o de *asesoría técnica*, y (ii) supuestos de fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho delictivo [*Bestärkung des Tatentschlusses*] o de *apoyo moral*.⁴⁷ Así pues, se señala que está llamado a soportar la pena no solo el sujeto que aconseja a otro sobre la mejor manera de entrar en una entidad financiera para perpetrar un robo, sino también el que estabiliza la decisión delictiva del ejecutor, sacándole de dudas.⁴⁸ En todo caso, las dos estructuras acabadas de relacionar parecen tener poco en común más allá de la recurrente referencia al carácter psíquico o etéreo del medio utilizado por el cómplice. Según esta idea, en ambos ejemplos es posible constatar que un elemento intangible o supramaterial ha sido vehiculizado por medio de un actuar corpóreo o directamente aprehensible.⁴⁹ De esta manera, cuando *A* le entrega a *B* una información en la que se especifica cómo utilizar un arma de fuego, difunde algo efectivamente etéreo (un conocimiento) por medio de un obrar determinado. Lo mismo vale para los casos de refuerzo de la resolución delictiva. En este sentido, el amante que le promete a la mujer casarse con ella si finalmente ejecuta la decisión previamente tomada de matar a su marido hace exactamente lo mismo: canaliza un refuerzo motivador a través de un acto comunicativo.⁵⁰ Frente a esta idea, una parte de la doctrina presenta una configuración más clara del elemento subyacente a la estructura de la complicidad psíquica. Este último, según estos planteamientos, no debe focalizarse en la *aparición* de la aportación, sino en el *ámbito* en el que se desarrolla su efecto, esto es, la psique del autor.⁵¹ Sea como fuere, a lo extraño de estos intentos de caracterización (asentados, en principio, en fuertes premisas naturalísticas), volveré más adelante en el texto.⁵²

2. Formas históricas de abordar el fenómeno de la motivación al delito

A continuación, voy a exponer cuál ha sido la evolución histórica del tratamiento del fenómeno objeto de esta investigación y en qué medida hemos llegado al campo de relevancia suscitado *supra*, esto es, el configurado por la inducción y la complicidad psíquica. Repárese que el desarrollo que se presenta

⁴⁷ Así, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 319; CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA, *PG*, 3ª ed., 2015, p. 156; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 477. En Alemania, p.ej., KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 850, §20/225-226; KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 534-535; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355, § 42/3; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 376 s.; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, t. 1, 12ª ed., 2007, nm. 48. Por cuestiones estilísticas, utilizaré indiferentemente los términos “auxilio moral”, “auxilio motivacional” o “complicidad psíquica por fortalecimiento de la resolución” para referirme a una misma estructura de participación.

⁴⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 316-317.

⁴⁹ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 421.

⁵⁰ Caso solucionado en la sentencia RGSt, 73, 52, citada por PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 15.

⁵¹ Entre otros, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149; PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 303; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, optando por el criterio del “efecto de la ayuda” para efectuar distinciones en el marco de la complicidad. Esto le lleva a descartar que los casos de aportación de consejos técnicos formen parte de la complicidad psíquica, pues esta quedaría únicamente integrada por los supuestos de refuerzo de la resolución.

⁵² Véase *infra* Capítulo II, ap. II.

en las siguientes páginas solo tiene por objetivo ofrecer una sucinta referencia al lector, por lo que no se trata de desarrollar una relación histórica completa del tema.⁵³ Por el contrario, la idea es analizar brevemente en qué figuras dogmáticas se ha ido dispersando históricamente el fenómeno de la motivación al delito hasta alcanzar el marco de la actual participación psíquica.

2.1. *Consilium* y *mandatum* en la doctrina de los comentaristas italianos

1. En las construcciones teóricas efectuadas por el *mos italicus*, la motivación al delito encontraba un tratamiento penal en el contexto formado por las figuras del “*consilium*” y el “*mandatum*”.⁵⁴ De este modo, en el marco del *ius commune* se entendía —bajo la influencia directa del nebuloso Derecho penal romano—⁵⁵ que el criterio para identificar al autor de un delito pasaba por la idea de la voluntad criminal: era autor aquel sujeto que realizaba aportaciones causales con el fin de ejecutar *su* propia decisión delictiva.⁵⁶ Sobre esta idea, el “*mandatum*” agrupaba los casos en los que un sujeto —el *mandante*— influía sobre el otro —el *mandatario*— para que ejecutara su decisión criminal en su nombre o interés. Este sujeto se consideraba, así pues, como la “*causa prima remota*” del acontecimiento, mereciendo la calificación de autor intelectual.⁵⁷ Por su parte, el “*consilium*” reunía aquellas aportaciones psíquicas meramente cooperativas (auxiliares) respecto de una decisión de delinquir ajena. De esta estructura general se derivaban dos grandes modalidades plenamente accesorias: el impulso del desarrollo o la creación de la resolución criminal de un tercero (los casos de “*persuasio*”, “*instigatio*” y “*suggestio*”), y los supuestos de fortalecimiento de una decisión criminal ya tomada (el “*auxilium verbo*” dirigido al “*alias facturus*”).⁵⁸

⁵³ Para una relación histórica del tema completamente pormenorizada, imprescindible, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 14 ss.

⁵⁴ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 13, 14, n. 2. En el ámbito de la teología moral y el Derecho penal canónico, con respecto a la “restitución del daño”, se habla también de *jussio* para referirse al *mandatum*. Así, AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia Católica según el código canónico vigente*, 1922, p. 64, n. 1. Igualmente, HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, (119-3), 2007, p. 541.

⁵⁵ Sobre la (inexistente) figura de la inducción en el Derecho penal romano, por todos, BOCK, «Die Anstiftungdes zur Tat bereits Entschlossenen — zum Begriff des »alias« oder »omnimodo facturus«, *JR*, (4), 2008, p. 144.

⁵⁶ El Derecho romano carecía, en todo caso, de una terminología clara para denominar a las distintas formas de participación. Al respecto, véase PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 3. La estructura del *mandatum*, en todo caso, se extraía del siguiente fragmento de Ulpiano en D. 47, 10, 11, 3-5: “*Si mandatu meo facta sit alicui iniuria, plerique aiunt tam me qui mandavi quam eum qui suscepit iniuriarum teneri. Proculus recte ait, si in hoc te conduxerim, ut iniuriam facias, cum utroque nostrum iniuriarum agi posse, quia mea opera facta sit iniuria. Idemque ait si filio meo mandavero, ut tibi iniuriam faciat.*” Sobre otros pasajes del Digesto que sirvieron de referencia, véase BOCK, *JR*, (4), 2008, pp. 144 s.

⁵⁷ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, p. 36, con ulteriores referencias. Su consideración como autor, así como su equiparación punitiva con el ejecutor —*mandatario*— pasaba por la máxima “*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*” (CEREZO MIR, «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *ADPCP*, (28-1), 1975, p. 42).

⁵⁸ Tomo la distinción de OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 37, 39. También, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, p. 13, n. 2. En un sentido distinto, RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 13ª ed., 1990, p. 815. Junto a estas dos modalidades, también se discutía sobre el denominado “*auxilium*” (figura próxima a la actual complicidad física) y el “*malefactor*” o “*faciens*” (en principio, autor material o ejecutor del delito).

2. Dicho esto, repárese en que la figura del “*consilium*” reunía dos casos que actualmente merecerían —según sus características— bien la calificación de inducción, bien la de complicidad psíquica. En efecto, la distinción entre esta forma y el “*mandatum*” se basaba en la idea ya indicada de la ejecución de la propia voluntad criminal, no en la relevancia, la clase de contenido o el tipo de resultado del influjo psíquico (en definitiva, en cuestiones relativas al fenómeno de la aportación de motivos para realizar un delito). Así, solo en el esquema conceptual del “*consilium*” es visible una distinción basada según la importancia de la influencia ejercida sobre el tercero, por lo que únicamente su segunda estructura, el “*auxilium verbó*”, puede identificarse como el germen más remoto del actual entendimiento de la complicidad psíquica. Como mínimo, en su modalidad de refuerzo de una resolución a delinquir ajena (esto es, el apoyo moral); pues, como indica PEÑARANDA RAMOS,⁵⁹ esta estructura no agotaba todos los supuestos actualmente incluidos por la doctrina en el ámbito de la complicidad psíquica. En efecto, en la categoría del “*auxilium*” se agrupaban, entre otros, los casos de aportación de consejos referidos a la ejecución del delito (al plano intelectual, no al motivacional).

2.2. El iusnaturalismo racionalista

La idea genérica bajomedieval, de la que se desprendía la tenue necesidad de distinguir entre “influjos psíquicos determinantes” e “influjos psíquicos reforzadores”, se fue actualizando hasta el punto de predicarse un castigo atenuado para aquel que con su “consejo” no creaba la resolución criminal (no era causa moral del delito) al dirigirse su influjo a un *alias facturus*.⁶⁰ Así, ya a partir de los siglos XVI y XVII, si la denominada participación física se separaba según cuál hubiera sido la importancia de la aportación,⁶¹ esta misma distinción se empezó a defender también para los casos de participación psíquica o moral. Así, PUFENDORF defendería la distinción entre “*causa principalis*” y “*causa minus principalis*” con evidentes repercusiones en los casos de instigación o determinación a la comisión de un delito.⁶² Este mismo autor influiría en gran medida a LARDIZÁBAL, quien, con su *Discurso*, trajo a España la distinción entre “consejo general y especial”, sin abandonar con ello todavía la distinción entre “*mandatum*” y “*consilium*”.⁶³ De esta manera, la primera estructura hacía referencia al sujeto que “aconseja y persuade sin pasar adelante”,⁶⁴ esto es, sin instruir al autor.⁶⁵ Por su parte, por medio del “consejo especial”, incluía los casos que actualmente podríamos denominar de asesoramiento o

⁵⁹ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, p. 13, n. 2.

⁶⁰ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, p. 65 ss.

⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, p. 61.

⁶² OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 40. Esta misma distinción ha sido identificada por algún autor como la semilla más remota de la diferenciación entre las formas de autoría y participación. Al respecto, FALCONE, «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *InDret*, (3), 2017, p. 21, n. 100.

⁶³ Véase, al respecto, LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas: contraído á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, 2001, pp. 108 ss.

⁶⁴ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, 2001, p. 136.

⁶⁵ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, 2001, p. 137.

aportación de consejos técnicos. En ellos, según el autor, “no se puede dudar que el consejero fue un verdadero cómplice, y por consiguiente, según fuere mayor ó menor su influxo, se deberá aumentar o disminuir la pena”⁶⁶ En el primero de los casos, los de “consejo general”, la punibilidad dependería, siguiendo la idea de la relevancia causal, en si el consejo o sugestión hubiera sido determinante, o en otras palabras, “el delinqüente hubiera cometido el delito, aun quando no hubiera sido aconsejado, ó el consejo que le diéron le determinó a delinquir.”⁶⁷ Todas estas ideas permitieron iniciar la cimentación de un concepto novedoso que superaba la clara influencia civilista en la diferenciación entre el “*mandatum*” y el “*consilium*”. Por ello, el acento que las concepciones iusromanistas pusieron sobre el “interés propio o ajeno” como punto límite entre estas dos instituciones varió radicalmente para dar entrada a un concepto unificado que reunía tanto los casos de “*mandatum*” como los de “*persuasio*” e “*instigatio*”.⁶⁸ De esta manera, se agrupaban bajo una misma perspectiva todas aquellas contribuciones caracterizadas por la determinación a otro a cometer un delito. El “*auxilium verbo*”, como construcción primitiva de la actual complicidad psíquica, se observaría como una aportación secundaria, no tan importante (determinante) para la configuración del hecho delictivo.

2.3. La *Urheberschaft* de la doctrina alemana del siglo XIX

1. En la Alemania del siglo XIX, a diferencia de Italia y España,⁶⁹ el planteamiento de las formas de autoría o participación vinculadas con el fenómeno de la motivación giró alrededor del concepto de la *Urheberschaft* intelectual. De esta manera, los términos de *autor delicti* y *socius delicti*, en boga durante el siglo XVIII, pasaron a integrar, respectivamente, los de *Urheber* y *Gehilfe*. Concretamente el primero, la *Urheberschaft*, se empezó a diferenciar, de la mano de FEUERBACH, entre física (*acutor physice talis*) y psíquica o intelectual (*auctor intellectualis*).⁷⁰ Mientras que la categoría del *Urheber* físico incluía los casos en los que un sujeto ejecutaba el ilícito de manera inmediata, su modalidad intelectual agrupaba aquellos supuestos, parecidos al *mandatum*, en los que se determinaba a una voluntad ajena al delito. En algunos códigos penales germanos, como en el bávaro, este *Urheber* intelectual se castigaba de manera más severa que el físico en apoyo a cuestiones de prevención general: se entendía que quien motivaba a alguien erosionando directamente el carácter contramotivador de la pena (la coacción

⁶⁶ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, 2001, p. 137.

⁶⁷ LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas*, 2001, p. 136.

⁶⁸ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, pp. 76 s., recalando la idea de que se empezó a entender que se estaba ante “dos especies de un mismo género”.

⁶⁹ Cuyos desarrollos teóricos giraron alrededor del concepto de la *participación psíquica*. Al respecto de este punto, véase en este mismo capítulo *infra* ap. IV.2.

⁷⁰ HRUSCHKA, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, p. 181, n. 33. Distinción que tiene su origen, a su vez, en la clasificación —ya por aquel entonces histórica— efectuada por PUFENDORF entre *causa physica* y *causa moralis*.

psicológica) merecía un castigo mayor.⁷¹ Sobre esta premisa estructural, fue MITTERMAIER el primer autor que empezó a utilizar el concepto de *Thäter* para designar al *Urheber* físico, contraponiéndolo al término *Anstifter*, que pasaría a integrar los casos de *Urheberschaft* intelectual.⁷² Aunque esta distinción no tuvo una aceptación inmediata, por lo que los términos de *Urheber* físico e intelectual siguieron empleándose durante buena parte del siglo XIX,⁷³ fue objeto de una progresiva adaptación, tanto por los escritos de la doctrina, como por las legislaciones penales de determinados Estados germánicos.⁷⁴ Por su parte, también existieron voces que abogaban por integrar los antiguos casos de *auxilium verbo* en una modalidad intelectual de la complicidad [*intellektuelle Gehilfe*], en tanto que origen más próximo de los actuales supuestos de auxilio moral.⁷⁵

2. El arraigo de las tesis hegelianas (principalmente, de la mano de HÄLSCHNER) y su exigencia de voluntad como fundamento básico de la imputación de responsabilidad,⁷⁶ hicieron que la distinción de MITTERMAIER tomara otro carácter, pasando de ser una mera clasificación terminológica a una diferencia de fondo.⁷⁷ Así pues, ya LANGENBECK cuestionó que el *Urheber* intelectual se definiera como el determinante de una voluntad ajena, lo que entraba en conflicto con el reconocimiento, a ese mismo individuo determinado, de una libertad plena en tanto que autor del acontecimiento.⁷⁸ Con estas premisas, se empezó a asentar la idea de que solo podía ser autor del hecho (*Täter*) aquel quien con su *actio libera* había iniciado una “cadena causal nueva” que, por definición, no podía estar causada por un tercero. Los agentes concurrentes en el hecho que no reunían esta cualidad, en tanto que entre su comportamiento y el ilícito aparecía una *causa libera*, fueron expulsados del nuevo concepto de *Täterschaft* y reubicados, ahora ya definitivamente, en el de *Anstiftung*⁷⁹ o en el de *Beihilfe* (para aquellos casos de prestación de ayuda). Por lo tanto, quien motivaba o determinaba solo podía merecer la calificación de *Anstifter* (inductor), pero no la de *Täter* (autor), en tanto que entre su comportamiento y el resultado mediaba un actuar autodeterminado (el del “auténtico” autor). Sobre esta base, aquellos supuestos en los que la determinación al delito llegaba hasta tal punto que se

⁷¹ ECKSTEIN, «Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813», en KOCH/KUBICEL/LÖHNING/PAWLIK (eds.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, 2014, p. 283.

⁷² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 45.

⁷³ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 46.

⁷⁴ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, p. 182, también n. 40, con múltiples referencias a estas legislaciones.

⁷⁵ BERNER, En su manual, considera que la entrega de consejos no puede considerarse un caso de inducción, sino de mera “complicidad intelectual” [*intellektuelle Beihilfe*] (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1857, p. 168).

⁷⁶ HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política* (trad. Joaquín Abellán), 2017, pp. 129 ss.

⁷⁷ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, pp. 182 s.

⁷⁸ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, p. 183. Algunos autores redujeron el ámbito de la *Urheberschaft* intelectual a los casos en los que se “causaba” el comportamiento delictivo de otra persona carente de “voluntad criminal” [*verbrecherischen Willen*], p.ej., LUDEN, *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts*, 1847, p. 354, reservando los casos de inducción para la *intellektuelle Teilnahme* (pp. 454 s.).

⁷⁹ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (tr. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, pp. 183 s.

negaba la libertad del “inducido”, impidiendo con ello su consideración de *causa libera*, pasaron a integrar el concepto de *Täterschaft* en tanto que primeros supuestos de autoría mediata.⁸⁰

2.4. La formación del estado actual y la recepción española del sistema

1. Todo este proceso de depuración conceptual nos legó el ya conocido sistema tripartito de intervención delictiva (autoría [*Täterschaft*], inducción [*Anstiftung*] y complicidad [*Beihilfe*]). Esta misma estructuración fue objeto de confirmación a partir de la redacción del RStGB de 1871, que culminaría un proceso de sistematización que sigue vigente en nuestros días. Con la elevación a Derecho positivo de la distinción entre autor [*Täter*] e inductor [*Anstifter*], no quedaban dudas acerca de la punibilidad, como forma de participación accesorio, de aquellos comportamientos que se basaban en la determinación de un tercero al delito.⁸¹ No obstante, no ocurrió lo mismo con los casos de complicidad psíquica, concretamente, en su modalidad de fortalecimiento o estabilización de la resolución delictiva. Al respecto de esta última consideración, el § 49 RStGB introducía la complicidad [*Beihilfe*] como aquella forma de prestación de auxilio a través de hechos [*Beihilfe durch Tat*] o por medio del consejo [*Beihilfe durch Rat*].⁸² Con base en esta definición, no quedaba del todo claro que de la palabra “consejo” [*Rat*] pudieran derivarse también los denominados casos de auxilio o apoyo moral. Efectivamente, aunque un consejo puede realizarse a modo de sugerencia de cometer un delito,⁸³ su inclusión en un ámbito como el de la complicidad llevaba a pensar mejor en casos de aportación de conocimientos técnicos aptos para orientar un determinado comportamiento sobre la base de una decisión ya tomada (la de cometer el delito). PHLEPS ha defendido esta misma impresión, indicando que el texto histórico, al mencionar únicamente el término “consejo”, habría dejado de lado todas aquellas afectaciones sobre el componente volitivo de la psique del autor.⁸⁴ No obstante, la propia autora nos aclara que ello no impidió que el *Reichsgericht* considerara que el antiguo § 49 RStGB incluía también los supuestos de fortalecimiento de la resolución en tanto que formas de complicidad psíquica típicamente relevantes. De esta manera, el alto tribunal del Imperio alemán, en una famosa sentencia,⁸⁵ condenó a los integrantes de una “corte de honor” como cómplices de un delito de duelo en tanto que reforzaron la resolución de uno de los duelistas de participar en la contienda, confirmando con ello la “modalidad volitiva” de la complicidad psíquica.⁸⁶ A partir de esta sentencia, los pronunciamientos del *Reichsgericht*, primero, y del BGH, después, sobre el tema no pararon de

⁸⁰ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (tr. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, pp. 184 ss.

⁸¹ HAAS, *ZStW*, (119-3), 2007, p. 540.

⁸² Concretamente, el párrafo rezaba en su primer inciso: „*Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zu Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wissentlich Hülfe geleistet hat.*“

⁸³ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 542 ss.

⁸⁴ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 9.

⁸⁵ RGSt 5, 140.

⁸⁶ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 9 ss.

producirse, por lo que se asentó con fuerza la vía inculpativa de aquellas conductas por las que se reforzaba o estabilizaba la decisión del autor dirigida al injusto.⁸⁷

2. En definitiva, puede afirmarse que, desde finales del siglo XIX, disponemos de un campo de relevancia de la motivación al delito como forma de intervención enmarcado por los extremos de la inducción y la complicidad psíquica. Este, como es sabido, ha sido acogido también por la doctrina española.⁸⁸ Con respecto a la inducción, pese a la existencia de una definición típica que se remonta al art. 12 del CP de 1848,⁸⁹ su consideración dogmática como forma de participación frente a la autoría quedaría reflejada sistemáticamente, en los términos que conocemos actualmente, en la manualística de principios del siglo XX.⁹⁰ En el caso concreto de la complicidad psíquica por fortalecimiento de la decisión, esta asimilación de contenidos se ha producido hasta tal punto que puede afirmarse que en España se tiende a trasladar, sin más, un problema tradicional de la doctrina penal alemana. De esta manera, esta institución ha merecido un tratamiento limitado por parte de nuestra literatura penal,⁹¹ por lo que sus exiguas disquisiciones se presentan en un inconfundible plano de desigualdad con respecto a la reflexión teórica alemana, mucho más elaborada al respecto.⁹² Asimismo, este desequilibrio a nivel expositivo tiene a su vez un seguimiento unívoco en la praxis judicial. Dan fe del mismo las numerosas sentencias del BGH elaboradas al hilo de los problemas derivados de esta forma de participación,⁹³ que contrastan con el sosiego de nuestro Tribunal Supremo sobre el tema.⁹⁴

⁸⁷ Puede encontrarse una relación de estas resoluciones históricas en PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 13 ss.

⁸⁸ Abandonando, con ello, el concepto unitario de la *participación psíquica*. Al respecto, véase *infra* ap. IV.2.

⁸⁹ La paradigmática definición “inducen directamente a otros a ejecutarlo”.

⁹⁰ Sobre la influencia de las tesis alemanas sobre la autoría y la participación, véase OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, 112 ss., 116 ss. Véase en pp. 81 ss. la evolución de la doctrina española sobre el carácter accesorio de la inducción y la participación en general.

⁹¹ Con la salvedad del detallado análisis efectuado por LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 309 ss., las demás aproximaciones –no tan exhaustivas– siempre se han efectuado al hilo de otros temas. Principalmente, de la inducción (por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 173 ss.), del encubrimiento (por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 30 ss.; EL MISMO, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, pp. 427 ss.) y de los actos preparatorios (FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 ss.)

⁹² Dejando de lado los numerosísimos apuntes presentes en comentarios al Código penal, manuales y otros trabajos, el tema ha merecido la elaboración de dos monografías completas. Así, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, *passim*; y BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, *passim*.

⁹³ Véase un séquito importante de referencias en ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 284 ss., indicando que la jurisprudencia “va muchas veces demasiado lejos con su admisión de la cooperación psíquica mediante 'fortalecimiento de la resolución al hecho'.” Por ejemplo, decirle a un conductor “¡venga ya y tras él!” como modo de reforzar la decisión de conducir temerariamente (BGH VRS 59 (1980)).

⁹⁴ Este último pocas veces ha roto su silencio más allá de anunciar *obiter dicta* la posibilidad de su inculpativa. Son ejemplo de ello las SSTS 666/2016, 21 de junio (MP: Saavedra Ruíz), FJ 3º; 155/2008, de 8 de abril (MP: Andrés Ibáñez), FJ 4º, para casos de promesas de actuación en caso necesario; 292/1988, de 25 de enero (MP: Jiménez Villarejo), FJ 5º; 377/2004, de 25 de marzo (MP: Bacigalupo Zapater), FJ 2º, para casos de inducción dirigida a un *omnimodo facturus*; o 363/2007, de 28 de marzo (MP: Giménez García). En otras ocasiones, el alto tribunal también ha remarcado la peculiar dicotomía entre “contribuciones materiales” y “contribuciones morales o psíquicas”, como medios idóneos de la complicidad, sin abundar

3. Sin perjuicio de lo anterior, aunque solo sea a nivel doctrinal debido a los escasísimos pronunciamientos del Tribunal Supremo, la inclusión de esta peculiar forma de complicidad en la sistemática española de la participación se acepta por la práctica unanimidad de la doctrina.⁹⁵ Solo tuvo cierto eco, en su momento, la crítica expuesta al respecto por ANTÓN ONECA, que entendía que la voz “actos” utilizada por parte del antiguo art. 16 CP de 1973 —con una definición que ha venido empleándose desde el CP de 1870 (art. 13) y sigue vigente en la actualidad— impedía incriminar esta hipotética forma de participación delictiva.⁹⁶ Esta oposición ha sido correctamente contestada por destacados autores. Así, volviendo a lo que se ha expuesto más arriba, MIR PUIG considera que el término “acto” no implica problemas gramaticales para entender incluida la complicidad psíquica al tener lugar por medio de actos físicos que le “sirven de vehículo”.⁹⁷ Por su parte, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN indican que, tanto el lenguaje común, como la ubicación de la palabra “actos” en la sistemática del Código, permiten adherir al término un significado más amplio, también respecto a las omisiones.⁹⁸ Sobre este punto, cabe recordar que, durante el período de redacción del Proyecto de reforma del Código penal de fecha 17 diciembre de 1979, se desechó la posibilidad de incluir la expresión “cooperan material o *moralmente*” en el precepto que debía contener la definición de la complicidad. Según CEREZO MIR, tal redacción “fue rechazada por considerarse innecesaria la mención expresa de la cooperación moral o psíquica.”⁹⁹ De tal manera que, a día de hoy, se asume sin oposición que en el constructo legal del art. 29 CP son subsumibles, tanto los casos de

más en el *porqué* de la distinción. Así, véanse las SSTs de 27 de enero de 1988 (La Ley 1027-2/1988; MP: Ruíz Vadillo), FJ 1º; de 28 de octubre de 1983 (La Ley 8237-JF/0000; MP: Latour Brotóns); de 13 de noviembre de 1992 (La Ley 2250-5/1993; MP: Delgado García, FJ 3º; 1312/1994, de 24 de junio (MP: Ruíz Vadillo), FJ 4º; 210/2013, de 5 de marzo (MP: Conde-Pumpido Tourón), FJ 7º; 487/2019, de 15 de octubre (MP: Del Moral García), señalándola como aquella complicidad llevada a cabo a través de un aporte inmaterial. Las veces en las que la jurisprudencia se ha pronunciado con más detalle sobre el tema han sido para centrarse en casos específicos de este tipo de complicidad. Principalmente, aquellos en los que un sujeto se limita a estar junto con el autor del delito en el momento de la comisión del hecho. Por ejemplo, en la STSJ Cataluña 4/2012, de 20 de febrero (MP: Núria Bassols Muntadas). Sin embargo, a la hora de resolver estos supuestos, la alusión al esquema de la cooperación psíquica se presenta confusa, mezclada con otras consideraciones relativas, o bien a la complicidad por omisión, o bien al efecto producido, no ya en la esfera resolutive del autor, sino en la “sensación de inseguridad” de la víctima.

Lo mismo sucede en los casos de aportación de consejos técnicos. Un conglomerado de supuestos que, quizás a causa de su falta de complejidad aparente, son desaprobados sin necesidad de particularizar la doctrina jurisprudencial general sobre la complicidad. Valga como ejemplo reciente la STS 120/2018, de 16 de marzo (MP: Berdugo Gómez de la Torre). En esta resolución se castigó como cómplice al sujeto que suministró información sobre las características y posibilidades de acceso a una vivienda en la que el autor tenía intención —finalmente ejecutada— de entrar a robar. La incriminación se efectúa sin una alusión concreta a la complicidad psíquica, al presunto carácter supramaterial de la aportación o a la propia idea de la entrega de consejos técnicos. Acaba únicamente confirmando que el sujeto efectuó una “aportación de un esfuerzo propio, secundario o auxiliar”, en aplicación de las tesis sostenidas en la STS 1216/2002, de 18 de junio.

⁹⁵ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 760; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 421; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 309 ss.; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1095.

⁹⁶ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1986, p. 473.

⁹⁷ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 421.

⁹⁸ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 760.

⁹⁹ CEREZO MIR, «Autoría y Participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penab», *ADPCP*, (32-3), 1979, p. 578.

asesoramiento técnico, como los de apoyo moral, junto con los supuestos prototípicos de “participación física”.¹⁰⁰

V. EL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL ACTUAL DE LA MOTIVACIÓN COMO FORMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA: LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA

1. Marco general de la participación psíquica

1. La evolución del tratamiento del fenómeno de la motivación al delito como forma de intervención ha llegado a nuestros días, tal y como expresaba en el anterior apartado, con un esquema encabezado por la inducción y cerrado por la parte de abajo por la complicidad psíquica. Más allá de que bajo esta sistemática se estructure una composición dogmática suficientemente estable de la intervención delictiva centrada en los supuestos de aportación de motivos criminales, lo cierto es que entre estas dos estructuras donde mejor puede entreverse la desaprobación jurídico-penal del fenómeno. De esta manera, si la pregunta estriba en determinar el tipo de tratamiento jurídico-penal que merece la motivación al delito, nada mejor que empezar la investigación presentando el esquema brindado por estas dos formas de intervención. Todo ello, sin perjuicio de que, después un análisis más detallado, se pueda llegar a la conclusión de que este fenómeno sobrepasa el marco citado. Ciertamente, también otras formas de participación o autoría pueden conectarse con el asunto, provocando que el esquema “inducción-complicidad psíquica” se aleje de la posibilidad de aunar de manera unívoca la totalidad del tema objeto del estudio.¹⁰¹

2. Sea como fuere, el campo de relevancia jurídico-penal conjugado por estas dos estructuras se sigue denominando con el término de participación psíquica.¹⁰² De esta suerte, puede decirse que bajo este último concepto se estructuran (gran parte de) los casos cuya desaprobación se fundamenta en el hecho de que un sujeto haya motivado a otro a cometer un delito. Sobre esta premisa, la inducción se erige a modo de regla general, mientras que la complicidad psíquica adquiere el carácter de cláusula subsidiaria. Así pues, es común defender que aquellos influjos psíquicos no constitutivos de inducción pueden inculparse por medio de la estructura de la complicidad psíquica por apoyo moral de darse una estabilización o refuerzo motivador de la resolución delictiva.¹⁰³ Esto debe ponerse en relación

¹⁰⁰ Sobre la posibilidad de subsumirlos también en el redactado del art. 28.b CP (en tanto que formas de cooperación necesaria “psíquica”) véase *infra* Capítulo II, ap. III.3.

¹⁰¹ Respecto de las otras formas de intervención con capacidad para subsumir los supuestos de motivación al delito, véase *infra* Capítulo II, ap. III.

¹⁰² Por todos, FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, 1999, p. 71. En la jurisprudencia, alguna resolución ha denominado a la inducción como un supuesto de “complicidad psíquica”. Por ejemplo, STS, 1022/2012, de 19 de diciembre (MP: Colmenero Menéndez de Luarca).

¹⁰³ Así, MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 414, n. 41; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 9ª ed., 2015, p. 474; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1095; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer delito*, 1995, p. 174, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª

con la manera en cómo es diferenciada la complicidad psíquica por parte de la doctrina alemana, a saber, según la parte del dolo del autor afectada por el influjo psíquico-comunicativo emitido por el cómplice.¹⁰⁴ De esta suerte, los supuestos de aportación de consejos técnicos se visualizan como incidencias en el lado cognitivo, por lo que también son denominados casos de apoyo intelectual [*kognitive Beihilfe*].¹⁰⁵ Por otro lado, los de fortalecimiento de la resolución se presentan como afectaciones de su parte volitiva o de apoyo motivador o volitivo [*voluntative Beihilfe*].¹⁰⁶ Una estructuración del problema, esta última, relativamente idéntica a la definición dogmática más generalizada de la inducción, en tanto que conducta dirigida, precisamente, a promover la dimensión volitiva del receptor del influjo psíquico.¹⁰⁷

3. Más allá de que se acepte, por el momento, la identificación de la resolución delictiva con el dolo del autor,¹⁰⁸ lo cierto es que los distintos modos de motivar a la comisión de un delito deben ponerse en relación con la configuración de la parte volitiva del proceso de decisión encaminado hacia la actividad criminal. Aunque sea de manera provisional, la resolución al delito puede visualizarse como el punto de referencia con respecto a las contribuciones efectuadas por parte de terceros destinadas a promover motivacionalmente al ejecutor del hecho.¹⁰⁹ Partiendo de este punto, es posible desgranar una contraposición —conceptual y sistemáticamente frágil— basada en el contacto entre dos coordenadas (inducción/complicidad psíquica por fortalecimiento o estabilización de la resolución criminal) entre las cuales poder subsumir, *grosso modo*, los distintos supuestos estructurales de influjos psíquicos dirigidos a motivar a la comisión un delito.

4. De allí que el propio legislador español haya asumido esta constante esquemática, introduciéndola en el Derecho positivo por medio de la reforma operada por la LO 1/2015. Efectivamente, los arts. 557.2 y 559 CP indican a día de hoy que son responsables penales aquellos sujetos que *incitaran* o *reforzaran la disposición de llevar a cabo* delitos de desórdenes públicos,¹¹⁰ asumiendo de manera clara la generalizada contraposición entre conductas constitutivas de inducción y comportamientos

ed., 2003, p. 723; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 805; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 355; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741.

¹⁰⁴ Sobre esta consideración, por todos, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 1.

¹⁰⁵ KINDHÄUSER, «§ 27», *NK-StGB*, 6ª ed., 2015, p. 270, Rn. 10.; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 2011, p. 92.

¹⁰⁶ KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 355; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 93. En España, próxima, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 313.

¹⁰⁷ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 68 s; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493; INGELFINGER, «§ 26», *Gesamtes-StGB*, 2008, nm. 5.

¹⁰⁸ Al respecto de este punto, véase *infra* Capítulo VII, ap. III.3.

¹⁰⁹ Parecido, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1104 ss.

¹¹⁰ Esta es la conducta típica descrita en el art. 557.2 CP. Por su parte, el art. 559 CP viene a añadir que también son responsables aquellos que realizaran las mismas conductas haciendo uso de medios de difusión pública.

paradigmáticos de la complicidad psíquica.¹¹¹ Por ello, puede decirse que, en la actualidad, gran parte del problema de la intervención delictiva por la motivación de un tercero a la comisión de un hecho antijurídico se subsume en el marco de aplicación delimitado, por la parte de arriba, por la inducción y, por la parte de abajo, por la complicidad psíquica en su modalidad de auxilio o apoyo motivacional. Consecuentemente, esta última figura adquiere un marcado carácter subsidiario con respecto a la inducción, posibilitando que se incluyan en su ámbito de aplicación, no solo la estructura de tentativa de inducción dirigida a una persona ya determinada a cometer el delito,¹¹² sino también los “excesos motivacionales” derivados de los casos de “renovación del dolo del inducido” o “alteración de la identidad de la resolución”, en los que el influjo psíquico modifica la resolución originaria del agente-receptor.¹¹³

5. De todo esto se deduce un marco en el que subsumir los casos de motivación al delito cuya relación estructural debe entenderse, según LÓPEZ PEREGRÍN, en términos de “proporcionalidad inversa”. En esta medida, “cuanto más amplio es el ámbito de aplicación de la inducción, menor será el de la complicidad psíquica” por fortalecimiento de la resolución criminal, y viceversa.¹¹⁴ Con ello obtenemos una estructuración que bien puede definirse de *cualitativo-cuantitativa*. Así pues, partiendo de una identidad cualitativo-estructural centrada en la afectación de la parte volitiva de la resolución al delito, se desglosa una clasificación según la expresividad cuantitativa del influjo psíquico. A mayor intensidad, estaremos ante inducción, mientras que una influencia de menor expresividad solo podrá dar lugar a complicidad psíquica. Por lo dicho, identificándose el “elemento común” de ambas formas de participación en la afectación producida en la resolución criminal, estas deberán diferenciarse según un “elemento distintivo” relativo a la forma que toma dicha afectación.¹¹⁵ La caracterización de esta última en tanto que *determinación* supondrá la aplicación de la estructura de la inducción, mientras que su identificación como *fortalecimiento* hará lo suyo con la complicidad psíquica por apoyo moral.¹¹⁶ Con esta última idea se concluye que ambas formas son *especies* de aquella *clase* de comportamientos en los que, transcribiendo las palabras de FUENTES OSORIO, el sujeto “actúa sobre la psique del autor principal: desarrolla su efecto directamente sobre el sujeto de la actividad delictiva

¹¹¹ Sobre el tema, véase, ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 361. También incide en la idea de que este artículo parece tipificar formas de inducción y complicidad psíquica, BARBER BURUSCO, «Del delito de “difusión” o “propaganda” terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios», *CPC*, (116), 2015, pp. 53 ss.

¹¹² Por todos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 460 ss.

¹¹³ Al respecto, véase, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1106 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, pp. 21 ss. Desarrollo este punto *infra* ap. IV.4.

¹¹⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 449.

¹¹⁵ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1097. Está por ver, en todo caso, si esta “distinción cuantitativa” está relacionada con el desvalor del comportamiento (mayor o menor gravedad del influjo) o con el desvalor del resultado (tipo de producto mental que consigue dicho influjo psíquico). Vuelvo a este tema *infra* Capítulo II, ap. III.4.

¹¹⁶ Cabrá comprobar, en todo caso, si la distintas formas que toma el influjo psíquico se fundamentan solo en cuestiones cuantitativas o, por el contrario, también suponen la fundamentación de dos tipos de influencias estructuralmente diversas.

(y no sobre el hecho que este comete como sucede en la complicidad) mediante la creación (inducción) o refuerzo de la resolución delictiva (complicidad psicológica).”¹¹⁷

2. El origen de la participación psíquica en España

1. He indicado *supra* que el campo formado por estas dos formas de participación sigue denominándose, por parte de la doctrina española, con el término “participación psíquica”. Este tiene su origen en las exposiciones doctrinales decimonónicas italianas y españolas. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, las disquisiciones del siglo XIX partían directamente del concepto de participación psíquica para estructurar una genuina forma de intervención delictiva. En efecto, hoy en día, el término parece utilizarse para remarcar una característica común (bien se identifique en el “carácter psíquico” de la aportación, bien en la esfera mental del autor) de dos formas de participación cuya fundamentación y desarrollo dogmático no parten de una base unitaria (por un lado, la inducción, por el otro, la complicidad psíquica). Esta situación puede dar la impresión de que, en la actualidad, la doctrina española ha abandonado un punto de partida unitario para el problema de la motivación al delito, abrazando con ello la rígida sistemática de las formas de participación de cuño alemán. De esta manera, aquel término servía de apoyo conceptual para todos aquellos actos de intervención delictiva (tanto de codelincuencia como de complicidad, siguiendo el esquema del momento) en los que el sujeto ejercía una influencia eficaz “sobre el alma del agente” (ejecutor del “acto externo”),¹¹⁸ o, en otras palabras, en los “actos resolutivos del delito, cuando [este último] está aun en las posibilidades de la mente, cuando se trata de decidirse á él y de ejecutarlo pero todavía no se ha puesto por obra”.¹¹⁹ En este sentido, “si en efecto el delito tiene como partes muy asignables y diversas la resolución y la ejecución, no cabe duda de que en cada una de ellas, y también en ambas, es posible esa concurrencia capital de que vamos hablando”.¹²⁰

2. Ciertamente, la literatura decimonónica española trasladó a nuestro país la esquemática de las formas de participación defendida por aquellos tiempos en Italia. Principalmente, a partir de la

¹¹⁷ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 174. Igualmente, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 330: “(…) la inducción y la complicidad (…) no se diferencian en el *si* [O] de la influencia en la resolución delictiva, sino en el *cómo* [Wie]” (sin cursivas en el original); MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 356, identificando el punto en común en el “contacto espiritual” requerido para ambas estructuras. Al respecto de este último punto, la caracterización basada en este “contacto espiritual” puede erigirse como un elemento central en la distinción entre participación “física” y “psíquica” (como mínimo, según los planteamientos de la doctrina mayoritaria), puesto que en la primera sería posible efectuar una aportación típica sin conocimiento del autor (lo que ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 280 denomina “cooperación clandestina”) mientras que en la segunda se requeriría siempre algún tipo de comunicación previa. Con todo, esta definición parece vincular la construcción, más que al “carácter psíquico” de la aportación, a su mediatización posterior por parte de la mente del destinatario del influjo, en tanto que comportamiento que facilita la ejecución “a través de la psique del autor” (así, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455).

¹¹⁸ CARRARA, *Programa del curso de derecho criminal* (trads. Octavio Béeche y Alberto Gallegos), 1889, pp. 244-245, §§ 440-439 (sin cursivas en el original).

¹¹⁹ PACHECO, *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, 1842-1843, p. 8 (sin cursivas en el original).

¹²⁰ PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 12.

traducción a la lengua castellana del *Tratado de Derecho penal* de ROSSI.¹²¹ En esta obra, el autor italiano configuró una manera de estructurar el histórico problema de la “participación de muchas personas en un delito”¹²² a través de dos clasificaciones principales. Una primera entre *participación moral*¹²³ y *participación física*, según cuál hubiera sido la *parte* del delito afectada por el sujeto, bien la planificación, bien la ejecución.¹²⁴ Por su lado, una segunda entre *codelinuencia* y *complicidad*,¹²⁵ según el papel principal o secundario desplegado por el sujeto.¹²⁶ De esta forma, se articulaba una bipartición de las formas de participación de un aparente carácter cualitativo-cuantitativo sobre cuya base el “autor de la resolución criminal” (provocador), en tanto que participe moral, merecía la calificación de *codelincente* por haber sido, sin cooperar en el plano físico-natural de la ejecución delictiva, “causa de que otros la ejecuten”.¹²⁷ En consecuencia, “[a]quellos que se limitan a aprobar y alentar a los autores de un proyecto criminal, aquellos que solo les dan consejos o les hacen exhortaciones que propendan a confirmarlos en su intento, son *cómplices* por participación *moral*.”¹²⁸ Todo ello se configuraba en clara alusión a criterios naturalísticos basados por lo general en la eficacia causal de la contribución. Al final, la consideración de cómplices (morales) pasaba por la idea de que estos provocaban al autor de manera accesoria o secundaria, de tal manera que, por sí solos, “no hubiera[n] producido efecto”¹²⁹

Esta estructuración sigue vigente en el país cisalpino con base en la idea de *partecipazione psichica o morale*, entendida como aquella que tiene lugar en la fase de ideación del hecho delictivo y contrapuesta a las formas de intervención “físicas” [*concorso materiale*].¹³⁰ En esta categoría psíquica se identifica al *istigatore* como aquel sujeto que refuerza el propósito criminal del autor frente al *determinatore*, cuya incriminación se fundamenta en haber creado en aquel su reolución delictiva.¹³¹

¹²¹ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839.

¹²² Así lo introducía el propio ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p. 157.

¹²³ Aquí, por moral puede entenderse igualmente “psíquico” en tanto que afectación del fuero interno del autor. Al respecto, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, pp. 13, 14, n. 2, relacionándolo con la concepción hegeliana de “moral”.

¹²⁴ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p. 157.

¹²⁵ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p. 162.

¹²⁶ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p. 161.

¹²⁷ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p. 163. Es interesante que el italiano defina la figura del “provocador” como aquel que se esfuerza a prestar los motivos del delito (p. 164).

¹²⁸ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p.

¹²⁹ ROSSI, *Tratado de derecho penal* (trad. Cayetano Cortés), 1839, p.

¹³⁰ Véase, p.ej., ANTOLIESI, *PG*, 1994, p. 509.

¹³¹ FIANDANCA/MUSCO, *PG*, 1994, pp. 370 ss.; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, 2ª ed., 2001, pp. 519, 513; ANTOLIESI/CONTI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1994, p. 296; MANTOVANI, *Diritto Penale*, 2001, pp. 542 ss; GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2020, p. 515). Algunos autores también incluyen los casos de “*consiglio*” en esta estructura, aunque pensando en sugerencias con vocación motivacional relativas a la futura comisión de un hecho delictivo (lo que en España es analizado bajo la idea de “inducción por medio de consejos” —por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 175 ss.—, más que en la asesoría técnica relativa al modo en el que se efectuará el objetivo delictivo (sobre este último caso, véase, PERINI, «Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2003, (16-3), pp. 719 ss.).

3. La distinción señalada no tardó en tener resonancia entre los penalistas españoles. De este modo, PACHECO —acogiendo la misma terminología que ROSSI— ya defendía en sus *Lecciones* una clasificación entre participación física y participación moral o psíquica.¹³² De allí, el autor calificaba como cómplice (partícipe secundario) y no como codeincuente (partícipe primario) a aquellos sujetos que solo realizaban aprobaciones, consejos (no decisivos) y demás actos insidiosos en el ánimo criminal. Reservaba para la codeinuencia aquella forma de participación moral “sin cuya concurrencia no se habría verificado el crimen”.¹³³ En efecto, según el autor citado, no tenía el mismo significado jurídico-penal contratar a un sicario para matar a un tercero (partícipe primario) que dar consejos sobre su ejecución (partícipe secundario), pues “sin el que pagó el asesinato, este crimen no se habría cometido.”¹³⁴ Con todo, erigió una sistemática de la participación basada en la idea de “codeinuencia moral” o “codeinuencia en la resolución”, puesto que la decisión dirigida al hecho delictivo podía configurarse por parte de una tercera persona, o bien mandando, o bien pactando, o bien aconsejando.¹³⁵ Por su lado, ya más entrado el siglo XIX y desde la óptica del Código penal de 1870, GROIZARD siguió defendiendo una estructuración idéntica, caracterizando como cómplices a quienes, tomando parte en la resolución, “también contribuyen, pero prestando una accidental, indirecta, contingente y mediata cooperación, moral (...)”.¹³⁶ Así, mientras que el autor moral o inductor influye directamente en otro para causar su “acto moral” (el plan del delito), el cómplice (psíquico o moral) se limita a reforzar ese acto en tanto que “pone espuelas a la avaricia, a la ira, a la lujuria, al dañado deseo del ladrón, del homicida, del violador.”¹³⁷ Igualmente, AZCUTIA indicaba que tanto la autoría como la complicidad podían presentar una naturaleza moral. En concreto, para el caso de la complicidad, el autor nos indica que en ella podía incurrir “el que, valiéndose de la persuasión ó del engaño, ó por cualquiera otro medio, aleja, por ejemplo, á los testigos, que hubieran podido presenciarse ó estorbarlo, ó aconseja á la víctima el viaje, que ha de dar ocasión al mismo, ó practica hechos análogos.”¹³⁸

4. La aceptación, a principios del siglo XX, de los esquemas defendidos por la doctrina alemana provocó que el concepto de la participación psíquica se perdiera y fuera substituido progresivamente por los de inducción y complicidad psíquica. De esta manera, las referencias a la participación psíquica han quedado, o bien en desuso, o bien se han convertido en un mero etiquetaje formal para denominar el (convulso, como se tendrá ocasión de relatar) marco formado por estas dos formas de participación. Pese a esta mención, pensar que la doctrina española ha sufrido una regresión a la hora de tratar la problemática de la motivación al delito en tanto que forma de intervención como causa

¹³² PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 8.

¹³³ PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 11.

¹³⁴ PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 10.

¹³⁵ PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 13.

¹³⁶ GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, 1870, p. 521.

¹³⁷ GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, 1870, p. 575.

¹³⁸ AZCUTIA, *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*, 1876, p. 294.

del abandono de ese concepto, más que una crítica en exceso, supone una consideración errónea. Ciertamente, la distinción entre participación psíquica y participación física no supuso más que una clasificación intuitiva de las maneras por las que un sujeto podía participar (en sentido amplio) en un delito. Más allá de esta contraposición —en cierto sentido, basada en meras características naturalísticas externas— el debate en esencia se centraba en el marco delimitado por la codelinuencia (participación primaria) y la complicidad (participación secundaria) en tanto que ejes centrales en la identificación de comportamientos jurídico-penalmente relevantes en casos de intervención de una pluralidad de agentes.¹³⁹ En este contexto, la alusión a la participación psíquica era meramente anecdótica y circunstancial. Algo que habría sido provocado por la impresión de “intangibilidad” que desprendían sus distintos supuestos de hecho. Una impresión que, por otro lado, llevaba a fijarse, no ya en casos de comportamientos dirigidos a la motivación delictiva, sino en todos aquellos supuestos que producían efecto en el conjunto total de la esfera psíquico-mental del ejecutor. En otras palabras, no solo se trataban los casos relativos a la volición del sujeto receptor del influjo (motivación en sentido estricto), sino también en relación a su capacidad intelectual, esto es, respecto a aquel conglomerado de actos mentales dirigidos a la canalización material de una determinada decisión/intención.¹⁴⁰ Este último aspecto aproxima esta construcción histórica al uso que la doctrina española le da en la actualidad, en tanto que concepto que aúna todas aquellas formas de participación caracterizadas por su “dimensión psíquica”.

5. Sea como fuere, en lo que sigue utilizaré el término “participación psíquica” para nombrar el espacio operativo que, en la actualidad, forman la inducción y el auxilio moral. Este marco será objeto de ulteriores críticas para desentrañar si tiene la capacidad de dar una respuesta adecuada al fenómeno de la motivación al delito.

3. El marco de relevancia jurídico-penal de la participación psíquica

Es momento ya para visualizar el ámbito operativo conformado por las dos categorías que integran el concepto de la participación psíquica. Al respecto, cabe tener en cuenta que un eventual juicio crítico de este marco estructural no puede sino partir de un entendimiento general del mismo. Con este se debe alcanzar una exposición a partir de la cual pueda visualizarse, tanto la interacción interna que se produce entre la inducción y la complicidad psíquica por auxilio moral, como su vinculación con el fenómeno de la motivación al delito. Por lo tanto, paso a continuación a exponer las líneas generales de ambas formas de participación, remarcando sus espacios limítrofes y su relación con la cuestión de fondo. Iniciaré la exposición con el elemento fundamental que permite una distinción

¹³⁹ PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, p. 10.

¹⁴⁰ Por ejemplo, PACHECO, *Estudios de derecho penal*, 1842-1843, pp. 8 s., en tanto que introduce en el concepto de participación moral todo aquel comportamiento vinculado con la ideación de la futura materialización del hecho; AZCUTIA, *La Ley penal. Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*, 1876, p. 294.

entre ambas construcciones dogmáticas: la figura del *omnimodo facturus* (ap. a). Sobre la base de esta premisa teórica, se estará en condiciones para pasar a abordar, por un lado, los supuestos de *determinación* (esto es, inducción —ap. b—) y, por el otro, los de *fortalecimiento* (complicidad psíquica por apoyo moral —ap. d—), haciendo especial hincapié en el carácter subsidiario de esta construcción con respecto a los casos de determinación delictiva (lo que denomino con la etiqueta de “excesos motivadores” de la inducción —ap. c—). Con todo, por su escaso tratamiento dogmático en nuestro país, considero necesario particularizar el análisis de la complicidad psíquica frente a la de la inducción, cuyos pormenores son conocidos por todos. Se trata, por el momento, de observar con qué estabilidad sistemático-conceptual conjugan estas dos figuras una estructura de intervención en la que poder subsumir los casos de motivación al delito.

3.1. Punto de partida sistemático: la figura del *omnimodo facturus*

1. La posibilidad de motivar a una persona a través de los mecanismos dotados de relevancia jurídico-penal (determinar y reforzar) debe ponerse en relación con el específico estado motivacional del individuo destinatario del influjo psíquico. De esta manera, el grado de definición de la resolución al hecho delictivo [*Tatenschlusses*] conforma el elemento de referencia para las eventuales influencias por las que el destinatario puede ser llevado internamente al injusto. Este estado psíquico se ha relacionado históricamente con la contraposición entre la figura del *non omnimodo facturus* y la del *omnimodo* o *alias facturus*; esto es, entre una persona no resuelta todavía a cometer el delito y aquella que sí lo está, respectivamente. Esta premisa conforma la línea divisoria entre *influjos determinantes* e *influjos reforzadores* (en otras palabras, entre inducción y complicidad). Efectivamente, en términos lógico-sistemáticos, un *omnimodo facturus* solo puede ser susceptible a un refuerzo motivador, mientras que a un *non omnimodo facturus* solo se le puede determinar al hecho.¹⁴¹ En conclusión, esta figura constituye el “horizonte motivacional” [*Motivationshorizont*]¹⁴² a partir del cual se cerraría el campo de la determinación (estructura de la inducción) y se abriría el del refuerzo o la estabilización de la resolución al injusto (estructura de la complicidad psíquica).

2. La definición del concreto estado resolutivo que debe presentar una persona para ser considerada *omnimodo facturus* ha sido objeto de un extenso debate en la doctrina.¹⁴³ Sin embargo, de este solo es posible inferir formulaciones genéricas de difícil concreción práctica. Esta característica se evidencia todavía más cuando uno se fija en que las definiciones más extendidas se refieren siempre a

¹⁴¹ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1095; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 657; SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm 17 ss.; HOYER, «§ 26», *SK-StGB*, 9ª ed., nm. 7; HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 14; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349; SATZGER, «Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *JA*, (10), 2017, p. 1174; MURMANN, «§ 27», *SSW-StGB*, 2009, nm. 5.

¹⁴² SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 8 s.

¹⁴³ Por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 402 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 654 ss., con numerosas referencias.

determinados estados psíquicos de profunda raíz naturalística.¹⁴⁴ Sea como fuere, se coincide en que, por un lado, el hecho de tener dudas sobre la realización de un concreto acontecimiento con relevancia penal no significa que no se esté resuelto al mismo.¹⁴⁵ En otro extremo, una decisión de cometer delitos en general no presenta la concreción suficiente como para poder afirmar la concurrencia de la figura del *omnimodo facturus*.¹⁴⁶ Con estas alusiones, tampoco debe entenderse que la doctrina exija una decisión “firme como las rocas”¹⁴⁷ para poder afirmar que ya no cabe un influjo motivador de carácter determinante dado el estado subjetivo en el que se encuentra la persona receptora de aquel.¹⁴⁸ En todo caso, se acepta que es suficiente un conocimiento general de un determinado hecho del que sea posible inferir una dimensión de injusto concreta.¹⁴⁹ La especificación de esta idea suele basarse en una teoría ideada por ROXIN llamada “criterio de la preponderancia”. Según esta formulación, nos encontraremos con un *omnimodo facturus* cuando los motivos que el sujeto tiene para cometer el delito sean preponderantes a las razones idóneas para refrenar su voluntad criminal.¹⁵⁰ Por lo tanto, un influjo motivador dirigido a un agente receptor en dicha situación psíquica sólo podrá calificarse como constitutivo de complicidad psíquica si con este se refuerza la resolución (siguiendo con el criterio expuesto, se aumenta la preponderancia de los “motivos criminales” frente a los “motivos inhibitorios”).¹⁵¹

3.2. Determinación de la resolución al hecho delictivo: la inducción

1. Teniendo en cuenta el (vago) criterio para identificar el “horizonte motivacional”, cuando se está por debajo de este, esto es, frente a un *non omnimodo facturus*, el sistema de intervención en el delito recoge la *determinación* en forma de inducción como el modo general de participar en su proceso de motivación al ilícito. De esta manera, no existen dificultades a la hora de identificar la inducción como una forma de intervención en la que se subsume el supuesto en el que un sujeto motiva a un tercero

¹⁴⁴ Sobre esto, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 77.

¹⁴⁵ EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, p. 211, relacionándolo con personas que “todavía vacilan”; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 453, incluso cuando el destinatario carece de un plan concreto de acción; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 368.

¹⁴⁶ STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 354; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 228.

¹⁴⁷ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 229.

¹⁴⁸ De lo contrario, se cerraría el espacio para una estructura motivacional en forma de refuerzo o estabilización (esto es, para la complicidad psíquica). Así, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 421.

¹⁴⁹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 229; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349, nm. 11; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 368, nm. 105.

¹⁵⁰ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 229.

¹⁵¹ Acogen esta misma construcción, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 421; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 77; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 122: “[s]ólo cuando un motivo ha superado la barrera de la admisión, adquiere cierta fuerza vinculante para el comportamiento del delincuente”; SCHÜNEMANN/GRECO, «§ 26», *LK-StGB*, 13ª ed., 2021, nm. 18.

para que cometa un delito.¹⁵² De esta manera, lo que parece incriminarse es la efectiva promoción de la dimensión volitiva del (futuro) autor o ejecutor del delito,¹⁵³ sin llegar al punto de suprimirla (lo que la diferencia de la autoría mediata).¹⁵⁴ Esta opinión es compartida tanto en España como en Alemania. Así, aunque el redactado del § 26 StGB difiera del art. 28.a CP, en el que no hay ninguna referencia al verbo “determinar” [*bestimmen*],¹⁵⁵ la discusión doctrinal en ambos países puede calificarse de paralela. Sin perjuicio, ello esta, de la inclusión positiva del adverbio “directamente” en el texto legal español. Ello impediría, según parte de la doctrina, en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la posibilidad de incriminar los casos de “inducción en cadena” [*Kettenanstiftung*].¹⁵⁶ Esta última salvedad contrasta con la viabilidad positivamente declarada del lado alemán sobre la base del § 30.I StGB.¹⁵⁷ Más allá de este punto concreto, las máximas legales, dada su amplitud semántica, han permitido desarrollar una sistemática de la inducción al delito donde tanto las premisas dogmáticas como las conclusiones específicas se desarrollan en un marco de reflexión común. Una comunidad de pensamiento que trasciende la relación hispano-alemana para alcanzar también los desarrollos teóricos latinoamericanos donde, pese al uso generalizado del concepto “instigación”,¹⁵⁸ su configuración conceptual es plenamente equivalente a la otorgada a la construcción nominal “inducción”.¹⁵⁹

2. Por lo que se refiere a su conducta típica, y pese a que detallaré su análisis en apartados posteriores,¹⁶⁰ la doctrina mayoritaria exige la concurrencia de una provocación fuerte contextualizada en un contacto psíquico inductor-inducido.¹⁶¹ De esta manera, superadas las tesis que focalizan la

¹⁵² Contundente, LAMPE, «Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen», *ZStW*, (77-2), 1965, p. 267, definiendo la inducción como la determinación del comportamiento a través de la aportación de motivos para cometer el delito.

¹⁵³ Sin perjuicio de otras aproximaciones teóricas que ponen el peso en el “dominio” de la parte intelectual de la resolución, esto es, el plan del hecho delictivo (así, principalmente, SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers. Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 1980, pp. 137 ss.; igualmente, INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, pp. 137 ss.). Aun la importancia histórica de estas tesis, la doctrina mayoritaria se centra en la dimensión volitiva del receptor del influjo.

¹⁵⁴ MEZGER, *Lehrbuch des Strafrecht*, 1931, p. 435; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 453; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 196.

¹⁵⁵ También lo utiliza el Código penal argentino en el redactado de su art. 45.

¹⁵⁶ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 415 s.; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 119; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 124 ss., exigiendo que la inducción se refiera al hecho ejecutado por el autor. Para salvar la impunidad de estos casos, la doctrina española defiende calificar como cooperador necesario a quien induce a otro a participar, que no ejecutar, en un delito. Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 293 ss.

¹⁵⁷ Más allá de esta previsión legal, la discusión dogmática alemana se centra en determinar si los casos de “inducción en cadena” merecen la consideración de “inducción a un tipo de participación” o “inducción a un hecho delictivo”. Así, JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 525.

¹⁵⁸ Por todos, CREUS, *PG*, 3ª ed., 1992, pp. 420 ss.; FONTÁN BALESTRA, *PG*, 1998, pp. 421 ss.

¹⁵⁹ Al respecto, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 25. Este último autor remarca el uso indistinto de ambos términos a lo largo de la historia. Por esta razón y a efectos estilísticos, en este trabajo se utilizará tanto inducción como instigación para hacer referencia a una misma forma de participación delictiva.

¹⁶⁰ Véase *infra* Capítulo III, ap. IV.

¹⁶¹ Con ello se combinan dos de las grandes teorías que, en Alemania, han intentado dotar de contenido al término “determinar”. Por un lado, aquella por la que se entiende que entre inductor e inducido debe existir un “contacto comunicativo” (JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, pp. 719 s.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455); por el otro, aquellas que, además, exigen un contenido incitador expreso en

relevancia de la influencia en su mera capacidad de causar la resolución,¹⁶² el inductor debe efectuar un comportamiento capacitado para llevar a otro a un estado resolutorio por medio de herramientas motivacionales adecuadas.¹⁶³ Todo ello, de tal manera que entre agente motivador y agente motivado se efectúe un contacto directo y fuerte, por lo que es necesario que la persona de detrás emita un mensaje comunicativo inequívocamente motivador, vinculando su influencia a la comisión de un futuro hecho delictivo. Sobre esta premisa, la constatación de una conducta típicamente inductora acaba derivando a una constatación estrictamente casuística en la que se carecen de criterios más concretos. Como mucho, la manualística suele enumerar los antiguos medios de la instigación indicados por el antiguo § 48 StGB, por ejemplo, el abuso de autoridad, el engaño, las amenazas, entre otros.¹⁶⁴ En todo caso, se remarca que este listado no constituye un *numerus clausus*, de tal manera que los medios a través de los que el inductor consiga crear la resolución en la mente del autor son indiferentes.¹⁶⁵ Este margen extenso conduce a la doctrina a tener que tratar caso por caso la relevancia de la motivación. Así pues, se discute si es posible inducir a través de promesas de recompensa o de cualquier otro tipo, mediante la creación de situaciones estimulantes, con meros consejos, invitaciones o sugerencias, los casos limítrofes con la autoría mediata, entre una amplia amalgama de conductas.¹⁶⁶

3. Así estructurada, la conducta típicamente relevante de inducción debe orientarse a la realización de sus dos resultados típicos: (a) la provocación o creación de la resolución delictiva en la mente del “autor” y (b) la ejecución por parte de este último del hecho principal.¹⁶⁷ Estos, a su vez, deben estar abarcados por el dolo del inductor en el marco de la clásica estructura del doble dolo del instigador [*doppelter Anstiftersvorsatz*],¹⁶⁸ bastando para ambos casos el dolo eventual.¹⁶⁹ De esta manera, no solo es suficiente con tener una representación de la creación de una resolución al hecho ilícito en la mente del receptor del influjo. Por el contrario, es necesario, además, representarse la futura consumación del delito por parte del inducido (dolo de consumación).¹⁷⁰ A través de esta última exigencia, gran

dicho acto comunicativo (FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 412; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 354; SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 23; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 232; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493).

¹⁶² Para quienes lo relevante es que el comportamiento motivador haya causado la resolución delictiva del destinatario del influjo, bastando cualquier mecanismo al efecto. Así, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 724; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329.

¹⁶³ Para con cuya concreción se suele remitir al listado abierto de medios de influencia del antiguo § 48 StGB.

¹⁶⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 345.

¹⁶⁵ BOCKELMAN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 196; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 345. Para PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 292, bastará cualquier medio siempre y cuando se mantenga el dolo del inducido.

¹⁶⁶ Por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 173 ss., 214 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 2000, pp. 528 ss.

¹⁶⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, pp. 347 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 740; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 383 ss.

¹⁶⁸ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 724, § 30/36; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 454.

¹⁶⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 724, § 30/37; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 454.

¹⁷⁰ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 740; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455.

parte de la doctrina considera impunes los casos de agente provocador.¹⁷¹ En estos supuestos, relacionados con determinados mecanismos policiales de lucha contra específicas formas de criminalidad organizada, el sujeto provoca la decisión al delito en la mente de otra persona pero estableciendo mecanismos *ex ante* para que este nunca pueda llegar a consumir objetivamente su representación subjetiva.¹⁷² Es también en el ámbito del tipo subjetivo donde se analiza el problema de la concreción del hecho y del receptor del influjo típico.¹⁷³ Con respecto al primer elemento, se acepta unánimemente que no es suficiente con determinar a hechos delictivos en general,¹⁷⁴ pero tampoco es necesario que el inductor defina hasta el más mínimo detalle su propuesta de injusto.¹⁷⁵ Basta con que la persona de detrás presente un plan de hecho en sus rasgos esenciales del que pueda inferirse una concreta dimensión de injusto, así como la modalidad del ataque y la víctima.¹⁷⁶ Finalmente, en lo que se refiere al grado de concreción del receptor del influjo, tal y como se ha indicado *supra*,¹⁷⁷ se defiende por lo general que solo se satisface este requisito cuando el inducido es susceptible de individualización o cuando el aporte motivador se dirige a un círculo de personas determinables.¹⁷⁸ De lo contrario, solo sería aplicable el § 111 StGB, en el caso alemán, o el art. 18 CP, en el caso español.

3.3. El tratamiento de los “excesos motivadores”

En el propio ámbito de la inducción, la complicidad psíquica empieza ya a operar con base en su carácter supletorio. En este sentido, es posible que determinadas contribuciones motivadoras en forma de determinación al hecho delictivo pasen a integrar el ámbito de la complicidad psíquica por fortalecimiento de la resolución al no poder subsumirse en el concepto de la inducción. A estos casos los denomino “excesos motivadores”, puesto que los mismos “superan” el grado de convicción delictiva del receptor del influjo con respecto al acontecimiento delictivo a ejecutar. Estos excesos pueden clasificarse en dos grandes estructuras: (i) la tentativa de inducción y (ii) la renovación o

¹⁷¹ BOCKELMAN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 196; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 740; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455.

¹⁷² Véase una exposición detallada del tema en MUÑOZ SÁNCHEZ, *El agente provocador*, 1995, pp. 45 ss.; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, pp. 57 ss.; CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, pp. 260 ss.

¹⁷³ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p.

¹⁷⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 7ª ed., 1989, p. 343, negando también los casos de “apelación al instinto criminal”.

¹⁷⁵ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, p. 723; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 165.

¹⁷⁶ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 174; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 356; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1095; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, pp. 416 s.

¹⁷⁷ Véase *supra* ap. II.

¹⁷⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. II, 7ª ed., 1989, p. 347; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 258 s.; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª 3d., 2009, p. 355; INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, p. 202. En el caso español, esta misma exigencia se canaliza a partir del término “directamente”. Sobre esta discusión, por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 114 ss.

modificación de la resolución criminal previamente existente en el acervo motivacional de “inducido”. Paso a explicarlas a continuación.

a) La tentativa de inducción

1. Tal y como he ido indicando, la caracterización de la inducción como determinación a otro a la comisión de un delito impide aplicar esta forma de intervención en aquellos casos en los que el receptor del influjo psíquico ya está resuelto delictivamente (los supuestos de *alias* u *omnimodo facturus*). No obstante, este no es el único caso en el que una conducta de inducción puede “fallar” en la configuración de los resultados dogmáticamente exigidos. En todo caso, bajo la etiqueta de la “tentativa de inducción” se reúnen los supuestos en los que, constatada la conducta típica de instigación desde una perspectiva *ex ante*, no es posible afirmar, de alguna u otra manera, uno de sus dos resultados bajo una óptica *ex post*.¹⁷⁹ Estos dos resultados pueden ser, recordemos, o bien la creación de la resolución delictiva en la mente del receptor de la influencia psíquica (futuro ejecutor o autor del hecho), o bien el inicio de la tentativa por parte de este último. Expuesta esta premisa, es preciso delimitar correctamente todos los supuestos que podrían subsumirse en una estructura de tentativa de instigación, puesto que el fracaso en sentido amplio del comportamiento inductor puede presentarse de distintos modos. Sobre esta base, la doctrina habla principalmente de tres posibles supuestos: (i) los de *inducción fracasada* [*Mißlungene Anstiftung*], (ii) los de *inducción ineficaz* y (iii) los de *inducción inidónea* [*untaugliche Anstiftung*].¹⁸⁰ Estos supuestos pueden contraponer con aquella clase de comportamientos que, ya desde una perspectiva *ex ante*, no presentan la suficiente peligrosidad objetiva constitutiva del propio contenido de desaprobación jurídico-penal de la inducción, por lo que en todo caso deben considerarse atípicos.¹⁸¹ A su vez, estas tres categorías también tienen que separarse de aquellos casos en los que el ejecutor-inducido ha dado inicio a la tentativa del delito (segundo resultado de la inducción). En tales supuestos, la inducción debe reputarse en todo caso como consumada,¹⁸² calificándose entonces como una instigación a un delito intentado.

2. Con esto expuesto, antes de iniciar una descripción de estos tres supuestos, es importante precisar en qué medida puede ser canalizada positivamente la incriminación penal de una estructura de tentativa de inducción. En Alemania, la opción se presenta con total claridad en el § 30.I StGB, por lo que pocos problemas pueden plantearse ante la aplicación de un precepto legal encabezado con la

¹⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 280 ss.

¹⁸⁰ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 757;

¹⁸¹ Por ejemplo, siguiendo la doctrina mayoritaria, la “inducción” a través de la creación de contextos estimulantes. Tal y como indica FUENTES OSORIO, «Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el *omnimodo facturus*», *Aletheia*, (3), 2007, pp. 52 s., en caso que la incitación sea inidónea para crear la resolución delictiva, estaremos también ante una tentativa imposible de inducción, categoría en la que también incluye los casos de influjos dirigidos a un *omnimodos facturus*.

¹⁸² Como consecuencia del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por todos, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 718.

rúbrica “tentativa de participación” [*Versuch der Beteiligung*]. Más problemas ha suscitado el tema en España, donde las opciones han discurrido, en el ámbito de los actos preparatorios, entre las figuras de la proposición, la provocación y la conspiración. Sin embargo, la doctrina mayoritaria acepta por lo general que es en el ámbito de la proposición (art. 17.2 CP) donde puede integrarse un comportamiento de inducción en forma de tentativa.¹⁸³ Con esto dicho, paso a explicar los tres supuestos antes mencionados.

3. En el primero, el de *inducción fracasada*, el receptor del influjo psíquico, idóneo *ex ante* para determinar a un tercero al delito, no adopta la resolución propuesta por las razones que sean. En la medida en que la influencia no produce ningún tipo de efecto sobre la esfera resolutive de un sujeto que, desde un buen inicio, se ha mostrado contrario a realizar cualquier clase de comportamiento delictivo, la influencia objetivamente peligrosa *ex ante* debe reputarse, en todo caso, “solo” de tentativa de inducción, a castigar a través de la proposición.¹⁸⁴ En el segundo caso, el de *inducción ineficaz*, el receptor del influjo, resuelto al delito como fruto de la adopción de la propuesta de comportamiento ilícito emitida por el inductor, no acaba iniciando la ejecución del hecho.¹⁸⁵ De esta manera, pese a darse el primero de los resultados típicos de esta forma de participación (la creación de la resolución criminal en la mente del receptor), no se da su segundo resultado (el inicio de la tentativa por parte del influenciado), por lo que tampoco es posible confirmar la consumación de la misma. Como en el primer supuesto, la conducta del inductor solo se puede castigar a través de la estructura de la proposición al delito. Ciertamente, el único “resultado psíquico” creado en la mente del receptor del influjo es el de la *determinación* a la comisión delictiva, por lo que la opción de la complicidad psíquica se desvanece.

4. Finalmente, en los supuestos de *inducción inidónea* ocurre que un influjo psíquico objetivamente adecuado fracasa al dirigirse a una persona ya resuelta a cometer el delito. Es aquí cuando aparece con fuerza la vía inculpativa de la complicidad psíquica. Ciertamente, aunque el aporte motivador no puede acoplarse a la disposición dirigida al delito del destinatario teniendo en cuenta su estado resolutive, sí es posible entender que aquel produce un “exceso motivacional” en forma de refuerzo de la decisión al hecho delictivo. Justamente por esta razón, la doctrina mayoritaria indica que estos

¹⁸³ MIR PUIG, PG, 9ª ed., 2011, p. 417; GÓMEZ RIVERO, «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, (1), 1996, p. 1626 (la misma autora se había mostrado en contra en una primera opinión en *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 280 ss.). Igualmente, pero en una línea mucho más restrictiva con base en la expresión “el que ha resuelto a cometer un delito invita a otro u otras personas a participar en él”, descartando todos aquellos casos en los que la inducción se dirige a una persona ya determinada a cometer el delito, ALASTUEY DOBÓN, «La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible», *RDPC*, (21), 2019, pp. 85 ss. En contra, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 2000, pp. 825 ss. Sea como fuere, la proposición al delito establece un campo de relevancia mayor que el suscitado por la estricta tentativa de inducción. De esta manera, también podrían incluirse supuestos en los que el (futuro) autor de un delito “propone” a un tercero que le ayude (esto es, que contribuya en el hecho delictivo a título de cómplice o, incluso, de coautor). Estos últimos difícilmente pueden identificarse como casos de inducción intentada.

¹⁸⁴ FUENTES OSORIO, *Aletheia*, (3), 2007, p. 52 ss.

¹⁸⁵ JESCHECK/WEIGEND, PG (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 757.

casos no solo pueden ser resueltos por medio de la estructura de la tentativa de inducción, sino también a través de la complicidad psíquica por apoyo moral en caso que pudiera probarse una estabilización de la resolución delictiva del receptor del influjo.¹⁸⁶ En este sentido, en el caso en que el aporte efectuado por la persona de atrás rebase el estado motivacional primario del destinatario, *reforzando* así su disposición con respecto al delito, será de aplicación la complicidad psíquica.¹⁸⁷

b) Supuestos de alteración de la resolución delictiva

Si hay un ámbito problemático en sede de inducción que ponga de relieve el marcado carácter subsidiario de la complicidad psíquica, este es el formado por los casos en los que el influjo psíquico emitido por la persona de atrás modifica el contenido de la resolución al hecho delictivo del receptor. Así pues, estando el autor (auto o hetero)determinado¹⁸⁸ a la comisión de un específico tipo penal, el “inductor” altera su resolución (p.ej., cambiando el delito de referencia o ampliando su intensidad lesiva). Sin perjuicio de la existencia de un importante desarrollo dogmático del tema en España,¹⁸⁹ la doctrina alemana ha sabido clasificar *nominalmente* estos casos, lo que ha llevado a SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES a plantear una serie de traducciones a la lengua castellana que se asumen en el presente trabajo.¹⁹⁰ Con lo dicho, el supuesto en el que se altera la identidad de la resolución criminal puede estructurarse en casos de (i) transinducción [*Umstiftung*]; (ii) sobreinducción [*Aufstiftung*], (ii) e (iii) infrainducción [*Abstiftung*].

i) Transinducción [*Umstiftung*]

1. En estos casos, la cuestión central es determinar cuándo un influjo psíquico cambia el hecho de referencia del dolo del inducido.¹⁹¹ No hay problemas al efecto cuando lo que se modifica es el tipo

¹⁸⁶ Entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 741; GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, pp. 438, 444; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 461.

¹⁸⁷ El problema, en todo caso, estriba en determinar si la aplicación de esta forma puede efectuarse en concurso ideal con la estructura de la tentativa de inducción o si ello supondría una vulneración del principio de *non bis in idem*. Al respecto, FUENTES OSORIO, *Aletheia*, (3), 2007, p. 57 indica que, en caso que el sujeto emisor del influjo supiera de antemano que la persona era un *omnimodo facturus*, aplicaremos la complicidad psíquica, mientras que, si no ocurre tal extremo, la tentativa de inducción.

¹⁸⁸ Entiéndase por “heterodeterminación”, cuando el sujeto ha resuelto cometer un delito por la intervención un tercero, quien le ha motivado al efecto. Entiéndase por “autodeterminación”, cuando esta resolución delictiva proviene de la estricta intimidad del sujeto.

¹⁸⁹ Imprescindible, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1106 ss. También, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 433 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 2000, pp. 662 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 21 ss.

¹⁹⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21. Para una traducción alternativa, véase la nota de los traductores de ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 238, quienes utilizan los términos “reversoinducción” para denominar los casos de *Umstiftung*.

¹⁹¹ Como indica ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 239, el problema implica una “cuestión de valoración, cuya respuesta, depende ampliamente de lo que al sentimiento jurídico en una contemplación global le parece ya 'otro hecho distinto'.”

objeto de la voluntad criminal: según la doctrina, habrá inducción.¹⁹² Sin embargo, se entiende que no constituyen inducción los casos en los que la alteración o renovación solo afecta el objeto del delito y no varía sustancialmente el bien jurídico del hecho al que está resuelto el receptor del influjo.¹⁹³ Por el contrario, debe aplicarse una simple complicidad (psíquica).¹⁹⁴ Como salvedad, se indica que si la modificación afectase a bienes personalísimos (p.ej., proponer que, en lugar de matar a X, se mate a Y), sí nos encontraríamos ante un supuesto de inducción.¹⁹⁵ Misma idea se defiende cuando el influjo psíquico solo modifica elementos circunstanciales del hecho tales como el tiempo, el medio o el lugar. Téngase en cuenta el siguiente ejemplo: una persona aconseja a un sujeto resuelto a cometer un delito de homicidio que, en lugar de una pistola automática, utilice un fusil de asalto con el fin de aumentar las probabilidades de éxito de su plan delictivo. En términos generales, se entiende que esta clase de supuestos solo pueden reputarse como casos de aportación de consejos o información técnica, a castigar a través de la estructura de la complicidad o, también en España, de la cooperación necesaria.¹⁹⁶ Esto, en la medida en que la influencia no haya agravado la desaprobación típica del comportamiento mentalmente resuelto al no suponer un cambio del bien jurídico de referencia.

ii) Sobreinducción [*Aufstiftung*]

1. Bajo esta etiqueta se reúnen los casos en los que el influjo motivacional intensifica la desaprobación típica global de la resolución al delito del receptor. Pude calificarse de ejemplo paradigmático el supuesto en el que el inductor consigue que el inducido, determinado a cometer un delito de hurto, resuelva realizar un delito de robo con violencia o intimidación.¹⁹⁷ La posibilidad de hablar de complicidad psíquica en estos casos depende de la estructura teórico-resolutiva que se adopte. En este sentido, para estos supuestos se han planteado históricamente dos posibles soluciones. Para los partidarios de la denominada *concepción sintética de la resolución*, estos casos deberían reputarse como inducción al hecho completo (en el caso anterior, inducción a un delito de robo con violencia o intimidación).¹⁹⁸ En efecto, siguiendo la denominada *fórmula de Maurach*, se entiende que la resolución al delito fruto de la renovación producida por el aporte motivacional constituye un *aliud* con respecto a la antigua, por lo que el influjo psíquico debe considerarse creador de una nueva resolución criminal.

¹⁹² ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 238: “un tipo distinto es otro 'hecho'.”

¹⁹³ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 240.

¹⁹⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21.

¹⁹⁵ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 239; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21, aunque señalando que “no tanto por lo 'personalísimo' del bien, sino porque con ello la doctrina se está refiriendo ciertamente a otro plan.”

¹⁹⁶ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1112, incluyendo también los casos en los que la modificación afecta una de las modalidades de acción de un tipo mixto alternativo; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 21;

¹⁹⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22.

¹⁹⁸ SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, p. 935.

En contra, los defensores de la *concepción analítica* consideran que el “exceso motivacional” solo constituye un *plus* con respecto a la decisión previamente tomada por el autor.¹⁹⁹ Así pues, la inducción solo puede referirse a la nueva parte consecuencia del aporte motivacional de existir, eso sí, la posibilidad de subsumir autónomamente su desvalor típico (en el caso anterior, inducción a unas lesiones o a unas coacciones, dependiendo de la modalidad de robo cometida).

2. Con independencia de optar por una u otra opción,²⁰⁰ es importante remarcar que la última de las dos tiene importantes consecuencias para la interrelación sistemática entre la inducción y la complicidad psíquica. Ciertamente, se defiende casi por unanimidad que la *determinación* al *plus* delictivo trae consigo un “sobrante motivacional” en forma de *refuerzo* cuya incriminación debe canalizarse por medio de la estructura de la complicidad psíquica por apoyo moral.²⁰¹ De esta manera, siguiendo con el caso presentado *supra*, a la persona de atrás se la castigaría por motivar de dos maneras distintas: *determinando* a unas coacciones o lesiones (inducción al *plus*) y *reforzando* una decisión conjunta dirigida a la comisión de un delito de robo (complicidad por el todo).²⁰²

iii) Infrainducción [*Abstiftung*]

1. En estos casos, el “inductor” consigue rebajar la intensidad lesiva del tipo delictivo objeto de la resolución del “inducido”, bien cambiándolo por una modalidad atenuada, bien por un delito de menor gravedad. En el primer caso, mientras pueda predicarse que el *minus* quedaba abarcado por el dolo del receptor del influjo, no cabrá aplicar la estructura de la inducción.²⁰³ Misma solución habrá que dar a la posibilidad de aplicar la complicidad psíquica al existir un supuesto de disminución del riesgo.²⁰⁴ En cambio, en el segundo supuesto, en caso de poder afirmarse que este delito de menor gravedad no estaba representado subjetivamente por el ejecutor del hecho, sí podrá plantearse la

¹⁹⁹ SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, p. 936.

²⁰⁰ La doctrina mayoritaria opta por la segunda, la concepción analítica de la resolución, calificando como inductor a quien “sobreinduce”. ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 242; GEPPERT, «Die Anstiftung», *Jura*, (6), 1997, p. 305; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1111 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 745; BEMMANN, «Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu eine schwereren oder leichteren Begehungsweise», *FS-Gallas*, 1973, p. 273; GRÜNWALD, «Der folgenschwere Rat», *JuS*, 1965, p. 313, aunque solo cuando la relación entre se da entre un “tipo básico” y un “tipo cualificado”, no entre tipos distintos; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 22, entre muchos otros. En contra, aceptando la concepción sintética, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 313; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 242; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 443 ss., entre otros.

²⁰¹ BEMMANN, *FS-Gallas*, 1973, p. 273; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1112, en aquellos casos en los que “el influjo psíquico ocasione una intensificación de la agresión que no pueda ser aprehensible autónomamente”; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 742.

²⁰² En contra, ESER, *Juristischer Studienbuch. Strafrecht*, t. II, 3ª ed., 1980, p. 187, para quien la complicidad psíquica solo puede predicarse con respecto al delito base ya existente en la resolución del autor que, en el ejemplo dicho, lo constituiría el hurto.

²⁰³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 21: “el dolo de llevar a cabo el hecho más grave ya incluye el dolo de llevar a cabo el hecho más leve”.

²⁰⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, pp. 21 s., n. 60.

aplicación de la inducción: estaremos ante un supuesto de transinducción.²⁰⁵ Además, para algún sector de la doctrina, en caso de que la infrainducción a un tipo básico dirigida a una persona resuelta a cometer el tipo cualificado refuerce una determinación que ya incluía la realización del delito básico, ello puede suponer una estabilización jurídico-penalmente relevante de una resolución original a castigar a través de la complicidad psíquica.²⁰⁶

2. Más allá de estos dos supuestos, existe un caso en el contexto de esta estructura en el que también es posible aplicar la complicidad psíquica. Hablo de los denominados casos de disminución de los riesgos propios del autor, en los que la persona de atrás informa o aconseja sobre cómo llevar a cabo el hecho delictivo para rebajar las posibilidades de descubrimiento por parte de terceros. Algunos autores defienden que en estos casos se puede hablar de refuerzo de la resolución delictiva en forma de complicidad.²⁰⁷ En todo caso, estos supuestos son muy parecidos a los de encubrimiento anticipado,²⁰⁸ pero en lugar de estar ante aportaciones “físicas” (p.ej., un disfraz), nos encontramos ante contribuciones de carácter “psíquico” (una información transmitida a través de un consejo).²⁰⁹ En la medida en que estos casos tienden a asegurar la estricta ejecución del delito en un plano objetivo, calificarlos como de “apoyo moral” puede reputarse como erróneo. Sea como fuere, la tendencia a subsumir en el ámbito de la complicidad psíquica por fortalecimiento de la resolución casos que, *a priori*, parecen encajar mejor con la complicidad física (no por la apariencia externa del “instrumento” entregado, pero si en lo que respecta a su significado en la configuración del acontecimiento delictivo), es algo fuertemente generalizado en el entendimiento de dicha forma de participación. A ello contribuye el hecho de que, por regla general, cualquier contribución destinada a fomentar el desarrollo del delito en un plano objetivo repercute casi siempre también en un plano subjetivo, esto es, en la voluntad del sujeto destinada a la comisión del injusto. Sirva por el momento esta breve referencia crítica, que será abordada con mayor profundidad más adelante.²¹⁰

²⁰⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22, sin perjuicio de poder aplicar una causa de justificación por estado de necesidad.

²⁰⁶ BEMMANN, *FS-Gallas*, 1973, p. 279.

²⁰⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22.

²⁰⁸ Al respecto, véase en este mismo capítulo *infra* ap. IV.5.2.

²⁰⁹ Lo que remarca el problema con respecto a la distinción entre “aportes físicos” y “aportes psíquicos” basada en el carácter tangible del objeto de la aportación. Ciertamente, tanto en uno (p.ej., la aportación de un disfraz) como en otro caso (p.ej., la aportación de una información relevante para eludir un control policial una vez cometido el hecho) la incriminación se produciría, en tanto que forma de encubrimiento anticipado, por medio de la complicidad psíquica, indistintamente del hecho de que la primera aportación (el disfraz) fuera “físicamente aprehensible” por el receptor. Otra cosa es que por “aporte psíquico” se entienda el efecto que la contribución produce en la mente de quien la recibe. Pero, entonces, el carácter tangible del medio precursor de este resultado sería irrelevante.

²¹⁰ Véase *infra* Capítulo II, ap. III.2.

3.4. Breve referencia a los casos de aportación de consejos técnicos

1. Aparentemente desligados del fenómeno de la motivación al delito, junto a los supuestos de “refuerzo de la resolución” aparecen los casos de “aportación de consejos técnicos” o “asesoría técnica”. Ambos grupos constituyen, pese a la disimilitud en sus significados y contenido material, las dos estructurales tradicionales de la complicidad psíquica. Solo a modo de sucinta referencia y sin perjuicio de la opinión crítica que pueda merecer su inclusión en el constructo de la participación psíquica, permítase reparar en que no existen dudas respecto a que la aportación de consejos es la construcción menos problemática de las que aquí se va a analizar. De esta forma, difícilmente puede ponerse en duda la corrección dogmática de incriminar jurídico-penalmente la aportación de saberes referidos al plan delictivo.²¹¹ Pocas son las formas que se aproximan con tanta plasticidad a la idea de la complicidad como el hecho de entregar al futuro autor de un determinado delito un específico conocimiento idóneo para ejecutarlo. No es de extrañarse, entonces, que los mismos hayan sido considerados como “aprobemáticos”²¹² o “indiscutibles”²¹³ y copen actualmente un papel relevante en el marco de un Derecho penal con una clara vocación a introducirse en ámbitos de la vida social caracterizados por una fuerte dependencia a la información y la asesoría especializada.²¹⁴ En todo caso, su ulterior consideración y análisis dogmático pasa por canalizar todos sus posibles supuestos por los distintos constructos normativos elaborados al efecto. De entre ellos, tiene un papel fundamental la moderna teoría de las conductas neutrales, principalmente, en el marco del denominado Derecho penal económico.²¹⁵

2. Sobre la premisa anterior, esta forma de complicidad ha sido definida como el “asesoramiento al autor para facilitarle la ejecución del hecho”.²¹⁶ Asesoramiento u orientación, se añade, relativo al “tiempo o el modo”, en tanto que “elementos esenciales” del delito.²¹⁷ Simplificando: informar o

²¹¹ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 183; KÜHL, *AT*, 2012, p. 850. Muy expresivo, STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 359: “Está fuera de duda la posibilidad de complicidad (psíquica) por consejo técnico (...)”. Véase, también, OTTO, *PG*, 7ª ed., 2017, p. 500; y LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 311: “puede afirmarse sin dificultad la peligrosidad de la acción y la causalidad con respecto al resultado”; ROXIN, «Was ist Beihilfe», *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 505.

²¹² ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 281.

²¹³ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 377, § 130; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª 3d., 2009, p. 355, 42/4; HRUSCHKA, «Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe», *JR*, 1983, p. 178: “[n]o cabe duda (...) de que quien informa al autor del delito sobre los sistemas de seguridad y su desactivación del banco que ha decidido saquear, promueve el acto y es, por tanto, cómplice.”

²¹⁴ Véase ROBLES PLANAS, «Riesgos penales y asesoramiento jurídico», *La Ley*, (7015), 2008, p. 1, remarcando “la creciente expansión del Derecho penal en casi todos los ámbitos de la economía” que repercute en una llamada de atención sobre las actividades de asesoramiento técnico (concretamente, el asesoramiento jurídico), por lo que “el asesor [ya] no está al margen de ‘riesgos penales’”.

²¹⁵ Por todos, ROBLES PLANAS, «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 51 ss.; EL MISMO, *La Ley*, (7015), 2008, pp. 2 ss.

²¹⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 311.

²¹⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312.

sugerir respecto al *cómo* [*know how*] de la comisión de un hecho con relevancia penal.²¹⁸ Partiendo de esta base, en aplicación de los criterios de imputación objetiva, parece evidente para la práctica totalidad de la doctrina que si el autor decide utilizar la información técnica previamente entregada por el cómplice, el riesgo *ex ante* creado, a modo de previsibilidad en la aceleración y facilitación del delito, “se habrá realizado en el resultado” como si de la entrega de un bien “tangibles” se tratara (p.ej., una pistola o un cuchillo).²¹⁹ Por lo tanto, y por poner algunos ejemplos doctrinales, constituirá una forma de complicidad psíquica decirle al autor cómo abrir una caja fuerte o si el dueño de la vivienda en la que tiene intención de robar se encuentra en sus dependencias,²²⁰ describir la escena donde tendrá lugar el hecho delictivo,²²¹ o informar sobre los hábitos de la víctima.²²² En definitiva, la entrega de cualquier información “sobre una oportunidad favorable o (...) para optimizar la ejecución del delito”²²³ de tal manera que se produzca una “mejora en el conocimiento del infractor respecto al plan del delito.”²²⁴

3.5. Fortalecimiento de la resolución del hecho delictivo: la complicidad psíquica

a) Concepto general

1. Es momento para pasar a analizar la última estructura motivacional mencionada *supra*: el supuesto de refuerzo o estabilización de la resolución delictiva en forma de complicidad psíquica. Dejando de lado los casos en los que esta figura adquiere una dimensión subsidiaria con respecto a la inducción (recuérdese, los de tentativa de inducción y los de renovación del dolo del inducido), esta alcanza un protagonismo indiscutible cuando el receptor del influjo motivacional puede considerarse un *omnimodo facturus*. Así pues, como regla general, la complicidad psíquica es de aplicación en aquellos supuestos en los que una persona ya está decidida a cometer el hecho delictivo.²²⁵ Más allá de esta premisa básica, lo cierto es que, de entre las dos estructuras adscritas al campo de aplicación de la complicidad psíquica, la del *apoyo moral* es la que más puntos en común presenta con el fenómeno de la motivación al delito. En efecto, su contenido básico de desaprobación típica —planteado, principalmente, por la jurisprudencia alemana— gira alrededor de la idea de *aseguramiento de la*

²¹⁸ PERINI, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (3), 2003, p. 725; FERREIRA CABRAL, *Dolo y lenguaje. Hacia una gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, 2017, p. 222. En el mismo sentido, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 1. Desde esta comprensión, el conocimiento se relaciona con el “dominio de una técnica”. Al respecto, FERREIRA CABRAL, *Dolo y lenguaje. Hacia una gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, 2017, p. 234 ss.

²¹⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312.

²²⁰ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 281, 26/198.

²²¹ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 377.

²²² FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, p. 419, 10/139.

²²³ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 93.

²²⁴ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 98.

²²⁵ KUDLICH, «Die Abstiftung», *JuS*, (7), 2005, p. 592

motivación del autor.²²⁶ A través de esta estructura, se castigan una serie de conductas con las que el sujeto actuante tiende a la estabilización de la resolución delictiva del ejecutor del hecho. Así pues, por ejemplo, el suministro de más motivos, la simple aprobación de su decisión, la disminución de las inhibiciones frente al delito o, incluso, el mero estar presente en la escena del crimen.²²⁷ Frente a este conglomerado de supuestos, la doctrina acepta de manera más consensuada los casos de entrega de motivos adicionales,²²⁸ así como el de eliminación de objeciones,²²⁹ puesto que en ambos se constataría una eficacia causal del comportamiento emitido por el cómplice con respecto del resultado ejecutado por el receptor del auxilio motivacional.²³⁰

2. Es cierto, no obstante, que esta construcción ha sido objeto de múltiples críticas. De entre ellas, destacada aquella por la que se entiende que nos encontramos ante una institución que plantea unas exigencias típicas que son muy difíciles de probar en el transcurso de un juicio.²³¹ Por su parte, también se han alzado voces contrarias a considerar que estos supuestos conecten correctamente con el núcleo de tipicidad de la complicidad. De esta manera, no hay lugar a dudas de que esta debe ser entendida como una forma de participación por la que se incrimina la “prestación de auxilio” [*Hilfeleisten*] al autor o ejecutor del delito.²³² Esta configuración no presenta problemas frente a la inclusión de los supuestos de asesoramiento técnico, en tanto que formas cuasiparadigmáticas de

²²⁶ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 13; A partir de esta idea, la jurisprudencia ha construido una forma de participación de una voracidad incriminatoria altísima. Así, se han llegado a castigar casos en los que, por ejemplo, un sujeto se sintió “unido espiritualmente” a los participantes de un delito (BGH Z 63, 124); en otro supuesto, por expresar únicamente “venga, atrás él” (BGH VRS 59-1980); o por el mero hecho de continuar una relación de pareja extramatrimonial a sabiendas de que el otro había decidido matar a su marido (OLG Stuttgart NJW 1950, 118). Son casos citados por ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 284.

²²⁷ Todos ellos, ejemplos de resoluciones judiciales alemanas. Al respecto, véase, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 13 ss.

²²⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313 s.; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 131; ROXIN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 506, indicando que tal comportamiento “causa la concreción de la decisión ejecutada de cometer el delito.” En contra, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 258: “el umbral del riesgo relevante de comisión del delito está ya perfecto.”

²²⁹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 282; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 88, mencionado la remoción de obstáculos internos o la eliminación de las dudas del autor.

²³⁰ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 282; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm.49.

²³¹ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad* (traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, pp. 188 ss.; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 359, calificándola de construcción que implica una “pena de sospecha”; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 500 ss., aunque no descarta que pueda incriminarse por esta estructura si se constata con total seguridad este efecto estabilizador; EL MISMO, «'Vorgeleistete Strafvereitelung' durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», *FS-Lenkner*, 1998, p. 198, aunque acaba indicando que no es indemostrable (p. 199). En contra, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 286, indicando que la estructura del refuerzo de la resolución es “perfectamente comprobable (p.ej. persuadiendo para eliminar reparos, suministrando motivos adicionales o intensificando el hecho mediante enardecimiento).”

²³² Así lo consigna el § 27 StGB, sirviendo de base para la definición más extendida por la doctrina. De esta manera, véase MURMANN, «Sobre el tipo de complicidad en Derecho penal» (trad. Ricardo Robles Planas), *PJ*, (53), p. 154; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 358; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 499. En España, p.ej., BUSTOS RAMÍREZ, *PG*, 3ª ed., 1989, p. 293; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, 1996, p. 147, definiendo al cómplice como aquella “persona que dolosamente ayuda a otra para que esta realice un hecho antijurídico” (sin cursivas en el original).

complicidad. En efecto, pocos reparos pueden ponerse al hecho de calificar como tal la conducta de quien informa al defraudador fiscal sobre la manera de llevar a cabo una simulación típica. También *facilita* o *ayuda* aquel cuya aportación se refiere a la planificación intelectual del delito.²³³ No obstante, indica HRUSCHKA que “fortalecer” ya no puede considerarse un supuesto de prestación de auxilio y mucho menos cuando se trata de una mera aprobación del hecho realizado por el autor.²³⁴ Un ocurrente ejemplo de OTTO puede ayudar a representar esta última impresión: “[e]l que alegremente le dice «¡bravo!» a quien patea nieve, de ningún modo ayuda a quitar la nieve”.²³⁵ Así pues, según HRUSCHKA, la “ayuda” consignada en el § 27 StGB solo puede predicarse con respecto al “hecho” llevado a cabo por el ejecutor o autor y no con respecto a este último.²³⁶ De esta manera, el precepto indicado exigiría que la contribución del cómplice se proyectara de manera inmediata sobre la dimensión externa o ejecutiva del acontecimiento delictivo en sí, pero no sobre la psique de la persona de delante.²³⁷ De darse este último caso, la única calificación posible sería la de inducción, vetada en todo caso por la existencia de un *omnimodo* o *alias facturus*. Lo contrario, esto es, calificar tales supuestos con la figura de la complicidad psíquica, supondría una ampliación improcedente del tipo del § 27 StGB, lo que provocaría la conculcación del principio de legalidad en su expresión *nullum crimen sine lege*.²³⁸ En una línea muy parecida, en España, DEL ROSAL BLASCO entiende que el significado *cooperar* “no parece que (...) acoja en su seno la acción de quien motiva o hacer surgir en otro la decisión firme de realizar ese algo concreto.” Porque si por cooperar debe entenderse *ayudar*, solo supone “ayuda” —siempre según el autor citado— aquella canalización material de una determinada decisión delictiva.²³⁹ Si, por el otro lado, *inducir* significa determinar o motivar a otro para que “resuelva cometer el delito”, bien parece que los casos de fortalecimiento quedarían fuera de la relación de

²³³ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*. (trads. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 184, n. 16.

²³⁴ HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178, quien denomina a la complicidad psíquica como una “oscura figura jurídica” que ha disuelto un sistema, el de la participación, carente de por sí de márgenes claros; SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal* (trad. Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 184, n. 16.

²³⁵ OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 500 s., EL MISMO, *FS-Lenkner*, 1998, p. 198, aunque solo referido para los casos de aprobación en los que, para este autor, no existiría un favorecimiento del hecho objetivo en el sentido del principio de incremento del riesgo (véase pp. 499-500). Este mismo ejemplo está presente en HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178, quien añade que “[p]or este tipo de “ayuda” solemos expresar nuestro más sincero agradecimiento, pero no llegaríamos a llamarla ‘ayuda’ sino que calificaríamos el proceso de otra manera.” Parecido, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 422, para quienes toda forma de “fortalecimiento” no es más que una manera de solidarizarse con el autor, lo que es insuficiente para castigarlo como complicidad.

²³⁶ HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178.

²³⁷ HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178.

²³⁸ HRUSCHKA, JR, 1983, p. 179.

²³⁹ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 102 s., añadiendo que la cooperación incluiría “todos aquellos comportamientos que, sin implicar por parte del cooperador la motivación de la resolución criminal de aquel a quien se ayuda o de aquel con quien se coopera, contribuyen eficaz o no eficazmente a la realización del hecho principal del autor” de tal manera que excluye “expresamente del concepto de cooperar un determinado de casos —aquellos en los que se motiva una resolución criminal— que (...) no tienen absoluto encaje dentro del significado semántico del verbo” cooperar (p. 103).

formas de intervención delictiva al uso. Lo contrario, según FUENTES OSORIO, constituiría *a priori* una “reformulación” de la idea que sirve de base al concepto de complicidad.²⁴⁰

3. Frente a todas estas críticas, existen convincentes argumentos para seguir defendiendo la viabilidad (como mínimo, virtual) de incriminar los casos de fortalecimiento de la decisión al hecho delictivo. Entiéndase esta afirmación sin perjuicio, claro está, de lo que se pueda decir más adelante en el marco de un desarrollo crítico detallado del asunto. Sea como fuere, si por ahora el problema se debe a una cuestión estrictamente semántica relativa al significado adherido al término *ayudar*, MURMANN nos indica correctamente que también se puede ayudar superando resistencias internas, no solo a través de la remoción de obstáculos externos.²⁴¹ Además, en contra de lo sostenido por HRUSCHKA, PHLEPS considera que el § 27 StGB en ningún momento exige una prestación inmediata de ayuda [*unmittelbar Hilfe leistet*] sino, en todo caso, una prestación de ayuda sin más [*Hilfe leistet*]. En el marco de esta última consideración, sí es posible subsumir los casos de apoyo moral, realizados de forma mediata a través del receptor del influjo.²⁴² De esta forma, siguiendo los postulados de la doctrina mayoritaria, cualquier tipo de ayuda espiritual que consiga impedir “el decaimiento de la decisión”²⁴³ a través de un refuerzo psíquico,²⁴⁴ debe entenderse como una forma de complicidad típica. Siempre a condición, según FEIJOO SÁNCHEZ, de que pueda constatare una “connivencia o solidaridad con el hecho posterior” expresada con la aportación del sujeto, como sucedería, por ejemplo, en los casos de “motivación concluyente para realizar un delito determinado” o la “estabilización definitiva de la resolución delictiva.”²⁴⁵ En otras palabras, existirá complicidad psíquica por fortalecimiento de la decisión al hecho ilícito siempre que pueda advertirse relevancia jurídico-penal a partir de los ya tradicionales cánones interpretativos de la imputación objetiva.²⁴⁶ Por lo tanto, solo se podrá

²⁴⁰ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, pues “difícilmente se puede entender en estos supuestos como ayuda a la comisión de un delito.” Sin embargo, acepta este extremo cuando “el refuerzo de la resolución aumenta la probabilidad de inicio de la ejecución de la conducta lesiva principal, reduce la probabilidad del desistimiento del autor, evita la aparición de escrúpulos finales, etc.” Desde una perspectiva crítica con la causalidad como elemento básico de la incriminación del cómplice, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 252 s.: “el fortalecimiento de una decisión ya tomada es siempre indiferente, en términos causales, para la modificación del hecho. El fortalecimiento de la decisión del autor presupone que la decisión tomada y la efectivamente ejecutada sean idénticas o al menos tan similares que no se pueda hablar ya de inducción. En la medida en que la decisión tomada y la ejecutada son iguales, no existe modificación externa alguna del hecho que pueda explicarse en términos causales por la aportación fortalecedora del cómplice, de manera que la causalidad se muestra como instrumento inadecuado para abordar este tipo de casos difíciles de complicidad.”

²⁴¹ MURMANN, *Poder Judicial*, (53), p. 163, n. 35. Igualmente, KUDLICH, *JuS*, (7), 2005, p. 593, indicando que el efecto motivador de un estímulo puede considerarse un caso de ayuda; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 125.

²⁴² PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 19-18.

²⁴³ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 318.

²⁴⁴ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 88.

²⁴⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 70.

²⁴⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 318 s.

desaprobar penalmente aquel caso de fortalecimiento dirigido a intensificar el ataque al bien jurídico protegido por el tipo en cuestión.²⁴⁷

4. Por esta razón, en el transcurrir doctrinal sobre unas ascuas muy poco normativizadas, se coincide de forma prácticamente unánime que quedan fuera del ámbito de aplicación de esta estructura las meras muestras de solidaridad o el dar ánimos al autor.²⁴⁸ Así pues, las simples aprobaciones del hecho a realizar por el ejecutor no podrán constituir supuestos típicos de esta forma de participación, pues, como indica ROBLES PLANAS, “aprobar la comisión de un delito no es aún intervenir en él, sino a lo sumo omisión del deber de impedirlo.”²⁴⁹ Ciertamente, en palabras de ROXIN, “la mera solidarización con el autor, o la manifestación de aprobación de su proceder o de simpatía con el mismo, no es suficiente para apreciar una complicidad (...) [p]ues de este modo ni se estabiliza una resolución al hecho (como sí ocurre en la eliminación de reparos) ni se la coloca sobre una base más amplia (como en el caso de proporcionar motivos adicionales) ni se la intensifica (como en caso de aumentar el menoscabo al bien jurídico).”²⁵⁰ En cambio, se aceptan todos aquellos supuestos en los que el cómplice aporta nuevos motivos capacitados para aumentar las probabilidades de ejecución; los casos donde el sujeto remueve determinados obstáculos internos (p.ej., escrúpulos), evitando con ello un posible desistimiento; o cuando al autor se le garantiza una mayor seguridad a la hora de realizar el delito.²⁵¹

b) Formas específicas de aparición del refuerzo motivacional

Aceptadas las premisas anteriores, la sistematización de la modalidad del apoyo moral ha llevado a la doctrina a defender una clasificación, más o menos explícita,²⁵² entre (i) supuestos de disposición para intervenir en caso necesario, vinculados con el denominado caso del “mero estar presente” en la

²⁴⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 318, indicando que el refuerzo será causal “sólo si esos motivos adicionales tienen el efecto de disipar las últimas dudas”, sin perjuicio de tal extremo pueda ser complicado de probar (p. 319).

²⁴⁸ Así, OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 501: “la mera manifestación del ánimo no es aún una ayuda”; EL MISMO, *FS-Lenckner*, 1998, p. 198. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313: “está claro (...) que la mera solidaridad con el autor ni puede ser causal para el resultado, ni debe estar castigado”; ROXIN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 306. También, JAKOBS, *AT*, p. 673; RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el derecho penal*, 1982, p. 313; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1097; FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, p. 71. En contra, SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, 1995, pp. 132 ss., para quien incluso el simple hecho de aplaudir al autor mientras realiza el hecho podría suponer un caso de complicidad desde su ideal de la “solidarización”. Críticamente, al respecto de esta tesis, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 280 s.

²⁴⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 257

²⁵⁰ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 283 s.

²⁵¹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 282 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 176 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 317 ss.; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 501.

²⁵² Esta sistematización se origina en España de la mano de LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 ss.

escena del crimen;²⁵³ (ii) casos de encubrimiento anticipado²⁵⁴ y promesas de encubrimiento;²⁵⁵ (iii) así como el paradigmático problema de la complicidad intentada, principalmente respecto de aquel supuesto en el que, llegado el momento de la comisión del hecho, el autor no utiliza la “aportación física” prestada con anterioridad por el cómplice.²⁵⁶ Expongo a continuación con más detalle las formas de aparición acabadas de explicitar:

i) El “mero estar presente” en la escena del delito

1. Uno de los supuestos en los que ha sido habitual aplicar la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución es aquel en el que el sujeto se limita a acompañar al autor o ejecutor del delito en el momento de su comisión. La jurisprudencia alemana ha tenido cierta fijación con estos casos, de tal manera que es común presentarlos como ejemplos prácticos del apoyo moral cuando se trata de presentar su aplicación en la praxis judicial.²⁵⁷ Un sostenimiento práctico de larga tradición, pues los ejemplos históricos más próximos a la idea de la complicidad psíquica siempre han estado conectados con estos supuestos. Por ejemplo, los comentaristas italianos sostenían el denominado instituto del *auxilium cum armis*, con el que se castigaba a aquella persona que, portando armas (aunque no fueran visible para la víctima), acompañaba al lugar del crimen a su ejecutor.²⁵⁸ El fundamento de su incriminación residía en el hecho de que esta presencia se entendía que aumentaba la valentía del agresor, estabilizándolo en su decisión al hecho delictivo, y también intensificaba el temor de la víctima.²⁵⁹ Es curioso que estos mismos argumentos fueron sostenidos por la STS 834/2001, de 16 de mayo (MP: Perfecto Agustín Andrés), por la que se condenó como cómplices de un delito de torturas a los meros espectadores de la escena por, justamente, el aumento sustancial de la “sensación de desamparo e indefensión de la víctima, incrementando su angustia y con ello su sufrimiento, contribuyendo eficazmente al fin intimidatorio que busca doblegar su voluntad.”²⁶⁰

2. Sin perjuicio de su aceptación jurisprudencial, la doctrina ha tenido mayores reparos a la hora de atribuir relevancia penal a estos casos. Al respecto, crítica ROXÍN que con una aceptación acrítica de este modo de proceder en la praxis “se llegaría al insostenible resultado de que con carácter totalmente general (...) [los] pagamoscas o mirones (...) habrían de ser castigado por cooperación.”²⁶¹ De esta

²⁵³ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 s.

²⁵⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 323.

²⁵⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 325 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 32 ss.

²⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 745.

²⁵⁷ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 14 ss.

²⁵⁸ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 4.

²⁵⁹ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 4.

²⁶⁰ También, en Alemania, BGH MDR (D), 1967, 173; BGH MDR, 1985, 284, citadas por ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 284.

²⁶¹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 286.

manera, es generalizada la opinión de que un “mero estar presente” totalmente inactivo no puede reputarse como típicamente relevante, sin perjuicio de su subsunción en algún tipo de omisión pura específico en tanto que infracción de los deberes generales de solidaridad por expresar una predisposición de no intervención “a favor de la víctima”.²⁶² Sin perjuicio de lo anterior, sí es común adscribir una fuerza reforzadora merecedora de desaprobación a aquel “estar presente” que expresa una disposición de intervención “a favor del autor”.²⁶³ En otras palabras, cabría relevancia típica en aquellos supuestos en los que, de la presencia del tercero, pudiera inferirse una intención de participar en el hecho delictivo (a título de cooperador o coautor) en caso de que fuera necesario. Todo lo demás no podría reputarse como una forma de intervención, sino, a lo sumo, una omisión del deber de socorro o de impedir delitos.

ii) El encubrimiento anticipado y las promesas de favorecimiento

1. El elemento básico para entender la importancia operativa del apoyo moral en el ámbito de la construcción teórica de las conductas de favorecimiento post-ejecutivo²⁶⁴ es la cláusula del art. 451 CP por la que se entiende que solo pueden incriminarse por encubrimiento aquellas conductas realizadas con posterioridad a la ejecución del delito. La idea conecta con el histórico debate sobre la necesidad de distinguir entre partícipes y encubridores de un mismo hecho delictivo. Ciertamente, desde el Código penal de 1822 hasta la promulgación en 1995 del cuerpo legal vigente, el encubrimiento era considerado una forma de intervención en el delito. Esta consideración se fundamentaba en la clasificación que los juristas italianos de la baja edad medieval habían efectuado entre *concurso antecedens*, *concomitant* y *subsequens*.²⁶⁵ Frente a todo esto, ya desde el siglo XIX y principios del siglo XX se inició una corriente crítica contraria a considerar como partícipe al encubridor, entendiendo acertadamente que no había participación en un delito cuando este ya se había configurado completamente.²⁶⁶ Además, se entendía que el interés protegido por el encubrimiento no era el mismo que el del delito encubierto, sino otro distinto que permitía su concepción autónoma,

²⁶² ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 286; CLAB, «Die Kausalität der Beihilfe», *FS-Stock*, 1966, pp. 125 s.; MURMANN, *PJ*, (53), pp. 163 s.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 319 s. En contra, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 257 s. Desde una perspectiva probatoria, WEIGEND, «Grenzen strafbare Beihilfe», *FS-Nishihara*, 1998, p. 209, n. 40.

²⁶³ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 284; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 307; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 319, exigiendo como condición la existencia de una “promesa previa”, a partir de la cual se satisfaría el requisito del contacto espiritual característico de la participación psíquica (en otras palabras, que el autor conozca de esta predisposición del acompañante); BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 131, si la presencia del cómplice da mayor seguridad al autor del hecho delictivo; en la misma línea, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455; SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 51.

²⁶⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 19.

²⁶⁵ Sobre ello, SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986, p. 176; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, p. 56.

²⁶⁶ Por todos, SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 1903, p. 185: “los encubridores y receptadores no son partícipes de la resolución (...) sino reos de un delito especial y propio.”

la Administración de Justicia.²⁶⁷ Todas estas críticas cristalizaron en la reforma de 1995, a partir de la cual el encubrimiento (y la receptación) fue expulsado de la relación de formas de participación y fue convertido en un delito autónomo. Sin embargo, su dependencia con un delito concreto, objeto en sentido amplio del favorecimiento inculpativo, condicionaba la necesidad de establecer un punto delimitador. Con este se debía constatar cuándo o bajo qué circunstancias²⁶⁸ se cerraba el espacio de la intervención en el delito y era ya factible hablar de encubrimiento. No sin pocas objeciones doctrinales, en el proceso de desvinculación del encubrimiento de las formas de participación, el legislador acabó optando por transcribir el criterio cronológico²⁶⁹ que ya se venía utilizando desde el CP de 1973,²⁷⁰ reducido a la máxima “con posterioridad a su ejecución”. A través de la cláusula “sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice”, se incluía también la interdicción de la inculpativa del auto-encubrimiento,²⁷¹ por lo que, en principio, parecía que se daba por cerrado un debate crítico de largo recorrido.

2. Sin embargo, las voces contrarias a esta opción no tardaron en aparecer. En efecto, ya la propia terminología empleada por el criterio cronológico abre un espacio a la incertidumbre, puesto que no queda del todo claro lo que debe entenderse por “ejecución”.²⁷² Además, desde una perspectiva más material y teniendo en cuenta el bien jurídico protegido por el delito, es fácil aceptar que el mismo puede ser puesto en peligro o lesionado antes incluso de la efectiva realización del delito encubierto.²⁷³ Justamente por estos dos problemas derivados del criterio cronológico utilizado por el legislador, se ha planteado la relevancia jurídico-penal de dos supuestos de hecho concretos: (i) los denominados casos de encubrimiento anticipado y (ii) las promesas de encubrimiento. Veámoslos a continuación.

a. A través del *encubrimiento anticipado*, el sujeto aporta, con anterioridad a la consumación (por lo general, antes incluso del inicio de la tentativa), un elemento con viabilidad para dificultar el descubrimiento posterior (o coetáneo al hecho delictivo) del autor por parte de la Administración de justicia.²⁷⁴ Independientemente del contenido material que se ofrezca al concepto “ejecución”, lo cierto es que la restricción temporal para dotar de relevancia típica a las conductas paradigmáticas de

²⁶⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p. 20.

²⁶⁸ Pese a lo intuitivo del criterio, una delimitación temporal no es la única factible para delimitar las formas de participación del encubrimiento, pudiéndose optar por otros centrados, no ya en el *momento* en el que se presta el favorecimiento, sino en su *significado para con el acontecimiento delictivo*. Así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 30 ss.; más en detalle, EL MISMO, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, pp. 447 ss., sobre la base de una determinada teoría de las normas cuyo desarrollo retomaré *infra* Cap. VI, ap. IV.2.2.

²⁶⁹ GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, p. 80.

²⁷⁰ Véanse los arts. 12, 17 y 18 CP'73.

²⁷¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, pp. 30

²⁷² GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, pp. 80 ss., exponiendo las dudas al respecto del uso de este término entre el agotamiento del delito, su terminación o la consumación. Igualmente, MARTÍNEZ ARRIETA, «El encubrimiento», en EL MISMO (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, 1994, pp. 39 ss.

²⁷³ GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, p. 80; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *El encubrimiento como delito*, 1998, p.

²⁷⁴ CLAB, *FS-Stock*, 1966, pp. 116 ss.

encubrimiento imposibilitaría la incriminación de este tipo de comportamientos.²⁷⁵ Para escapar de la impunidad a la que se arriba por inferencia lógica, algunos autores consideran que estos casos pueden castigarse como formas de complicidad de darse un refuerzo o estabilización de la resolución delictiva.²⁷⁶ Así, es conocido el caso resuelto por la jurisprudencia alemana,²⁷⁷ en la que un individuo entregó al ejecutor de un delito un “guardapolvos” para que pudiera pasar desapercibido en el momento de la realización del ilícito. El tribunal consideró que, aunque con esta aportación no se lesionaba objetivamente el tipo penal cometido por el autor y tampoco podía considerarse un encubrimiento típico por realizarse antes de la ejecución del hecho, sí se había estabilizado o reforzado la decisión del autor con respecto a la realización del injusto.²⁷⁸

b. Por su parte, en los casos de *promesas de encubrimiento*, el sujeto emite una promesa al futuro ejecutor del hecho que tiene por objeto una conducta que, de efectuarse, merecería la calificación de encubrimiento (p.ej., indicarle al autor que le esconderá de las autoridades o le ayudará a salir del país por una carretera rural. En una aproximación que recuerda a la construcción dogmática del “acuerdo previo”,²⁷⁹ la doctrina mayoritaria acepta la punibilidad de estas conductas como formas de participación antes de la efectiva realización de la promesa (que, en su caso, se castigaría a modo de encubrimiento) de reforzarse el propósito dirigido al delito del autor destinatario de la promesa.²⁸⁰ Sobre esta misma premisa, también se acepta la posibilidad de que promesas que no tienen por objeto un encubrimiento pero sirven igualmente en el proceso de estabilización motivacional del receptor puedan castigarse por medio de la complicidad psíquica.²⁸¹ En definitiva, estaríamos ante una figura relativamente idéntica al del *auxiliador subsequens*, presente en algunos Códigos penales latinoamericanos, a castigar, no como forma de encubrimiento, sino como complicidad.²⁸²

²⁷⁵ En contra, sin embargo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, 2004, pp. 430 ss.

²⁷⁶ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 283; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 322; GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, 2008, p. 81. En contra, CLAB, *FS-Stock*, 1966, pp. 116 ss.

²⁷⁷ RGSt 8, 267.

²⁷⁸ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 14.

²⁷⁹ Al respecto, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 41 ss.

²⁸⁰ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 283, indicando que “la perspectiva de consecuencias favorables que se producirán solo después del hecho (p.ej., una recompensa), puede perfectamente dar ya alas al autor durante el hecho y en tal caso es una cooperación”; EL MISMO, *FS-Mjazzava*, 1995, p. 306; OTTO, *FS-Lenckner*, 1998, p. 199, salvo que el objeto de la promesa constituya un “encubrimiento” impune al considerarse socialmente adecuado; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 326; MARTÍNEZ ARRIETA (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria (Cuadernos de Derecho Judicial)*, 1994, p. 40 En contra, RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, pp. 61 ss.

²⁸¹ Por ejemplo, una promesa de intervención futura en el delito. Así, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 320.

²⁸² Por ejemplo, Art. 46 CP argentino. A su vez, esta figura también constituiría la traducción contemporánea de los antiguos “auxiliadores y fautores” del art. 16 CP de 1822, en tanto que personas que conciertan con anterioridad un encubrimiento posterior y que, según el texto legal histórico, debían ser considerados cómplices. El proyecto de CP’95 iba a contener una figura equivalente que, no obstante, se acabó declinando en el redactado definitivo. Sobre ello, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad de legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, 1999, p. 189.

iii) La complicidad “física” intentada

1. Una de las vías más ampliamente difundidas a los efectos de introducir la complicidad psíquica por fortalecimiento de la decisión delictiva es aludiendo a la denominada complicidad (“física”) intentada. Es fundamentalmente en el ámbito de la discusión sobre si la aportación del cómplice debe realizarse causalmente en el resultado típico, donde aparece con fuerza esta vía introductoria. De esta manera, existe una fuerte línea doctrinal según la cual se entiende que un comportamiento solo puede adquirir relevancia jurídico-penal a los efectos de la complicidad si ha contribuido causalmente en el resultado típico ejecutado por el autor. Según los defensores de esta idea, con la misma se impedirían los inconvenientes a los que abocan los postulados no-causales de la complicidad.²⁸³ Principalmente, la fórmula jurisprudencial alemana del favorecimiento [*Förderung*] y la contemplación de la cooperación como un delito de peligro (abstracto, concreto o abstracto-concreto).²⁸⁴ Todo ello, tomando como referencia un paradigmático caso a modo de ejemplo:

Caso: Un sujeto le entrega a otro las llaves de la vivienda en la que quiere entrar a robar. No obstante, una vez en el lugar, aquellas no son utilizadas porque la puerta del edificio está abierta.²⁸⁵

2. Según la fórmula jurisprudencial del favorecimiento, el anterior caso debería inculparse a modo de complicidad porque, aunque el ejecutor no haya utilizado el instrumento objeto de la prestación, esta última ha favorecido su acción. Por ello, bastará en este sentido que con la aportación se haya fomentado o promovido el acontecimiento ejecutado por el autor a modo de influencia en su discurrir fáctico no necesariamente causal.²⁸⁶ Con este modelo, la jurisprudencia alemana evita las conclusiones de atipicidad a las que abocaría una rígida aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*, pues, en términos clásicos, el hecho delictivo se hubiera llevado igualmente a cabo incluso a falta de la aportación efectuada por el cómplice.²⁸⁷ Esta teoría, de largo recorrido en la historia de la jurisprudencia alemana, ha sido secundada por algún sector de la doctrina, que defiende que para la complicidad basta que la contribución pueda visualizarse como una condición favorable del resultado. De esta manera, se asume que la contribución del cómplice debe afectar el *cómo* [*wie*] del discurrir

²⁸³ Entre otros, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 282 ss.; CLAB, *FS-Stock*, 1966, p. 115; ROXIN, *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 501 ss.; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 197.

²⁸⁴ SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *FS-Honig*, 1970, pp. 169 ss.; HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, pp. 1 ss.; VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», *FS-Heintz*, 1972, pp. 295 ss., respectivamente. Para una revisión crítica de estas construcciones teóricas, véase ROGAT, *Die Zurechnung bei der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwältinnen nach § 27 StGB*, 1997, pp. 27-35.

²⁸⁵ También se suele traer a colación el “caso del vigilante” o supuestos de “intervención en caso necesario”: *A* vigila mientras sus compañeros *B* y *C* roban en una entidad financiera; *A* está dispuesto a intervenir con actos ejecutivos en caso de que fuera necesario (p.ej., si acudie la policía); no obstante, el robo discurre sin mayores problemas, por lo que la actuación de *A* se demuestra *ex post* del todo prescindible desde una perspectiva técnica. Al respecto, véase JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 747.

²⁸⁶ Críticamente, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 276 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 746 s.

²⁸⁷ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 454.

ejecutivo del delito, pero no su propia existencia (el *si [ob]* del hecho delictivo). Así pues, las condiciones sin las cuales el autor hubiera igualmente realizado el delito, pese a no ser causales en los términos de la fórmula de la *conditio sine qua non*, deben reputarse típicas si con ellas se ha favorecido o influenciado el hecho ilícito. Bastará, por lo tanto, que, con la aportación, el sujeto haya facilitado el acontecimiento delictivo, por lo que no siempre será necesario que el autor utilice el instrumento entregado por aquel. Esto último, porque se califica como prescindible que la conducta del cómplice haya favorecido el hecho *in concreto*.²⁸⁸

3. Para el segundo sector teórico citado, el comportamiento del cómplice solo se puede desaprobatar típicamente a través de un “pronóstico de peligrosidad *ex ante*”.²⁸⁹ Con ello, la complicidad se constituiría a modo de delito de peligro, por lo que sería indiferente que el autor utilizara la aportación previamente entregada. Por lo tanto, teniendo en cuenta el riesgo creado al facilitar las llaves del edificio, la prestación debe reputarse típica a los efectos de la complicidad, aunque el receptor de aquellas no les haya dado un uso efectivo. En efecto, según esta construcción doctrinal, para incriminar por medio de la estructura de la complicidad solo es necesario constatar la relevancia típica *ex ante* siendo indiferente que la misma merezca de una desaprobación desde una perspectiva *ex post* (que, en el presente caso, la podría fundamentar el efectivo uso de las llaves, como mínimo, según la doctrina mayoritaria).

4. Frente a estas propuestas teóricas, la doctrina mayoritaria exige la efectiva constatación de una relación de causalidad entre la aportación del cómplice y el resultado típico.²⁹⁰ De esta manera, se entiende que este nexo naturalístico es un requisito indispensable para efectuar una imputación jurídico-penal del acontecimiento delictivo en el ámbito de las formas de participación.²⁹¹ Con esta exigencia, se pretende (i) evitar la arbitrariedad que ofrecen los “vagos” criterios secundados por los anteriores sectores teórico-jurisprudenciales²⁹² y (ii) posibilitar que no se confunda la tentativa de complicidad (impune) con su modalidad consumada.²⁹³ Todo ello, en el marco de la utilización de la controvertida fórmula del “resultado en su concreta configuración”. Según esta, la fórmula de la *conditio sine qua non*, a modo de ejercicio mental para “constatar” si una condición ha sido causal con respecto al resultado, debe aplicarse con respecto a un estado de cosas lo más posiblemente detallado y no en relación con un resultado típico abstractamente definido (por ejemplo, muerte o lesión). Con

²⁸⁸ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 160.

²⁸⁹ HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 6 s.

²⁹⁰ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 747: “(...) se deberá atender rigurosamente al curso concreto del hecho y cuestionarse si en él se encuentra la aportación correspondiente como elemento necesario”; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 275 s.

²⁹¹ Por todos, GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 446.

²⁹² LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 222. Según la autora, de lo contrario, solo se consigue dispone de una serie de criterios inseguros, incapacitados para constatar si un comportamiento ha favorecido o no a la ejecución del hecho delictivo realizada por el autor.

²⁹³ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 358; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 221 ss. En contra, tanto de este argumento como del anterior, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 246 ss.

esta premisa, se permite contemplar como causales tanto las aportaciones que condicionan el *si* [*ob*] del comportamiento del autor, esto es, aquellas que determinan si el hecho tendrá o no lugar; como las que hacen lo suyo con el *cómo* [*wie*], a saber, el concreto curso de acción que tomará el hecho. Se acepta que en ambos casos la aportación del cómplice afecta la aparición del resultado típico en su concreta configuración.²⁹⁴ En definitiva, con la defensa del dogma causal, los autores pretenden vincular el comportamiento del cómplice con una “efectiva lesión del bien jurídico” protegido por la norma,²⁹⁵ de tal manera que exigen una “promoción efectiva en el hecho” ejecutado por el autor.²⁹⁶

5. Con esto dicho, aquellos autores que asumen que debe darse una relación de causalidad entre la conducta de complicidad y el resultado no tienen “más remedio que aceptar”²⁹⁷ que en determinados casos existe *algo así como* una “causalidad psíquica”. Recupérese el caso de las llaves: frente a un supuesto de estas características, los defensores del dogma causal en el ámbito de la complicidad deberían, irremediamente, defender la atipicidad de la conducta, como mínimo, en su modalidad consumada.²⁹⁸ Ciertamente, en la medida en que las llaves no han sido utilizadas por el autor del delito, estas no han tenido una *incidencia causal* en dicho acontecimiento delictivo. Sin embargo, las voces afines a esta estructuración —espoleados por lo que, en mi opinión, constituye una impresión netamente político-criminal relativa al recurrente *topos* argumental de la “laguna de punibilidad” — superan este inconveniente indicando que, pese a no darse una causalidad física, sí concurre lo que ellos denominan “causalidad psíquica”.²⁹⁹ Así pues, la *eficacia causal* se constataría, bien por la existencia de un proceso de mediación psicológica por parte del autor, bien por la *causación* de un fortalecimiento de su resolución delictiva efectivo para con el acontecimiento típico. De lo contrario a tal afirmación, lo lógico para estos autores sería negar el injusto mismo de complicidad. En efecto, para este sector doctrinal, la idea de la contribución causal se erige, no solo ya como un requisito de la incriminación de esta forma de participación, sino como el fundamento del castigo de la misma.³⁰⁰ Para no llegar a esta conclusión, la doctrina se contenta en concluir que, en estos casos, el cómplice estabiliza la decisión a delinquir, por lo que se da un *apoyo moral* al autor o ejecutor del acontecimiento antijurídico a castigar a través de la complicidad psíquica. Así pues, lo que en principio debería reputarse como una tentativa de complicidad impune con base en los postulados de este sector doctrinal, se acaba castigando por medio de la complicidad psíquica al existir una mediación causal a través de la mente

²⁹⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 278 s.

²⁹⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 275.

²⁹⁶ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 456.

²⁹⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

²⁹⁸ Con respecto a la “tentativa de complicidad”, véase LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 283 ss.

²⁹⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 746; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 747; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 281 ss. Críticamente, MURMANN, *PJ*, (53), p. 163; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 252 s.

³⁰⁰ MURMANN, *PJ*, (53), p. 155.

del autor en el marco de un proceso en el que la decisión delictiva de este último se ha visto reforzada.³⁰¹

V. ESBOZO CRÍTICO GENERAL: LA NECESIDAD DE REVISAR LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA

1. El Derecho penal otorga relevancia a la motivación al delito como forma de intervención a través del sistema de la participación psíquica. Este está formado, por un lado, por la inducción y, por el otro, por la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución delictiva. Ambas categorías conforman dos estructuras motivacionales de determinación y refuerzo/estabilización de la resolución delictiva, respectivamente. Además, también conviene tener presente la existencia de los casos de asesoramiento técnico, incluidos en este mismo ámbito conceptual por parte de la doctrina. Sea como fuere, sobre la premisa de que la figura del *omnimodo facturus* constituye la frontera motivacional entre ambas estructuras, a una persona no decidida todavía a cometer el delito solo se la puede determinar al mismo. Por el contrario, un *alias facturus* solo es susceptible de recibir un aporte motivacional a través de la estructura del auxilio moral. Cuando la determinación al delito sobrepasa el estado resolutivo en el que se encuentra el sujeto destinatario del influjo psíquico, el sobrante puede ser canalizado por medio de la complicidad psíquica, en tanto que “excedente motivacional”. Esto ocurre, o bien en caso de tentativa de inducción inidónea, o bien en el supuesto de renovación de la resolución en forma de sobreinducción o infrainducción.

2. Aunque pareciera que esta esquemática, plenamente asentada en la doctrina, nos ofrece un apoyo estructural estable para abordar el fenómeno objeto de la presente investigación, creo que existen razones suficientes para negarlo. Para desarrollar más esta impresión, es de remarcar que en este trabajo se pretende responder por qué y en qué casos constituye intervención en el delito el hecho de motivar a alguien a cometerlo. La respuesta a estas preguntas requiere de un sistema que debe presentar dos características fundamentales. En primer lugar, la solución debe canalizarse a través de una estructura que plantee de manera unitaria el problema, de tal manera que este no quede fragmentado entre múltiples formas de imputación de responsabilidad en el ámbito de la autoría y la participación sin conexión entre ellas. Solo así será posible plantearse el merecimiento de pena *in abstracto* de la motivación al delito y el cuantificación *in concreto* de esta responsabilidad. En segundo lugar, la respuesta debe identificar un fundamento para la incriminación de las conductas motivadoras de tal manera que de este se desprendan unos márgenes de prohibición de la libertad de actuación claros y precisos. Como decía, la participación psíquica es la “solución” que tanto legislación como doctrina ofrecen a los problemas planteados. Sin embargo, esta estructura dista de presentar de manera óptima las dos características anunciadas. En lo que sigue, esbozaré los inconvenientes que impiden a la concepción doctrinalmente consolidada de esta forma de participación ofrecer una

³⁰¹ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, pp. 87 s.

respuesta satisfactoria a las preguntas que se plantean. Los pormenores de estas dos críticas las desarrollaré respectivamente en los siguientes capítulos.³⁰²

3. Por lo que se refiere a la *primera característica*, la participación psíquica no contribuye a ofrecer una plataforma estable desde la que abordar sin fisuras del problema de la motivación al delito. Este punto crítico debe relacionarse con las dificultades que existen a la hora de aclarar la interconexión sistemática de los distintos componentes de esta forma de participación. Me refiero, principalmente, al conjunto de dificultades vinculadas con la definición de las “categorías psíquicas” dispuestas bajo esta etiqueta y su correspondiente delimitación. En lo que a estos obstáculos se refiere, pueden identificarse principalmente tres:

a. En primer lugar, resulta complejo tomar un punto de partida definido a partir del cual estructurar los distintos componentes de la participación psíquica. Por un lado, la manera de particularizarla como una forma de intervención caracterizada por la “dimensión psíquica” del comportamiento del sujeto no arroja luz al problema. Efectivamente, no se sabe a ciencia cierta a qué se está refiriendo la doctrina cuando alude a esta magnitud de tipo espiritual. Por el otro, su vinculación con el oscuro instituto de la “resolución delictiva”, a modo de “resultado psíquico” con el que se significarían sus distintas categorías, acaba convirtiéndola en una construcción a la que adherir cualquier forma de participación singularizada por el tipo de resultado provocado. Ello produce un espacio aplicativo que, como tendré ocasión de detallar, trasciende tanto a la inducción como a la complicidad psíquica por apoyo moral; en definitiva, a la motivación al delito, conjugando una serie de comportamientos vinculados por una determinada apariencia (*a priori* naturalística), pero con significados jurídico-penales del todo distintos.

b. En segundo lugar, cada una de las estructuras de intervención que conforman la denominada participación psíquica (inducción, apoyo moral y asesoramiento técnico) ha sido desarrollada de una manera excluyente. Esto ha impedido una estructuración coherente y plenamente cerrada de una hipotética *intervención motivacional*. Por lo tanto, en el momento de poner en relación estas categorías psíquicas, resulta complejo resaltar los puntos en común y estructurar una categoría unitaria. En este contexto, la aparente relación *cualitativo-cuantitativa* esbozada en las páginas anteriores parece tambalearse, dando paso a un sistema cuyas categorías internas tienden a la desconexión recíproca. Bajo esta fisonomía, se integran campos de relevancia penal relacionados con una definición fenotípica prefijada por el legislador o la dogmática y desvinculada de una visión de base de la propia motivación al delito. Ello trae como consecuencia una enorme dificultad para abordar el tratamiento penal en forma de intervención de este problema. Ciertamente, por el momento parece que se carece

³⁰² La primera crítica la desarrollaré en el Capítulo II, mientras que la segunda en el Capítulo III.

de una estructura que permita, en primer lugar, atribuir relevancia jurídico-penal al fenómeno que interesa y, en segundo lugar, cuantificarla.

c. Finalmente, el objeto del presente estudio sobrepasa por mucho el marco formado por la inducción y la complicidad psíquica. En este sentido, junto a estas figuras, también se pueden identificar otras aparentemente más alejadas del problema pero que presentan conexiones con este si se tienen en cuenta ciertas construcciones dogmáticas: la figura de la “autoría mediata en aparatos organizados de poder”³⁰³ y las estructuras de imputación resultantes de los procesos de normativización del concepto de autor y, en definitiva, de la propia atribución de responsabilidad jurídico-penal, principalmente, en ámbitos organizados como el de la empresa.³⁰⁴ Por lo tanto, la motivación al delito como fenómeno penalmente relevante no solo puede canalizarse a través de la participación psíquica, sino también mediante otras estructuras de imputación. Este problema da como resultado que la posibilidad de articular una respuesta unitaria a la desaprobación penal que merece este fenómeno quede fragmentada entre múltiples categorías que, en muchas ocasiones, dejan de lado la cuestión motivacional para centrarse en otros aspectos.³⁰⁵

4. Con respecto a la *segunda característica*, el fundamento de la incriminación de los comportamientos motivadores y el ámbito de prohibición resultante construido a partir de la participación psíquica (mejor, mediante sus dos grandes categorías —inducción y apoyo moral—, respectivamente) queda lejos de ofrecer un criterio normativo lo suficientemente claro como para delimitar los marcos de riesgo permitido de la motivación al delito. En este sentido, debe quedar claro que uno de los objetivos básicos de este trabajo es el de demarcar los contornos de permisividad en el ámbito de las comunicaciones cotidianas; en otras palabras, establecer hasta qué punto se puede motivar a alguien a cometer un delito y cuando ello sobrepasa la frontera de lo penalmente tolerable. En mi opinión, el entendimiento doctrinalmente asentado de la participación psíquica no ofrece una respuesta adecuada a este interrogante. En efecto, el desarrollo de estas dos formas de intervención ha acabado derivando en una manifiesta incriminación de determinados “*fenómenos psíquico-motivacionales*” (los efectos producidos en la *psique* del autor). Esto se ha producido de espaldas al proceso de normativización que ha caracterizado a los demás *topoi* de la teoría del delito. Esta estructuración ha acabado generando el habitual recurso práctico de la “solución en el caso concreto”. Así pues, la identificación de estos riesgos motivadores típicos se acaba fundamentando en un fuerte “intuicionismo”. En el marco de

³⁰³ No son pocos los autores que discuten la viabilidad dogmática de esta construcción en el ámbito de la atribución de responsabilidad jurídico-penal en el marco de organizaciones jerárquicas, defendiendo su sustitución, justamente, por la estructura de la inducción. Para un análisis crítico de estas opiniones, véase por todos FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2004, pp. 25 ss.

³⁰⁴ Al respecto y con referencias a sus repercusiones en el ámbito de la inducción, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 8 ss.

³⁰⁵ Por poner un ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad individual de las personas físicas en ámbitos organizados como la empresa, la discusión se ha centrado en cuestiones vinculadas a la posición de garante y la competencia por el riesgo, aspectos *a priori* alejados del fenómeno de la motivación al delito.

este último, el operador jurídico debe contentarse con una suerte de sagacidad interpersonal relativa a los contactos psíquicos cotidianos. A este casuismo se arriba sin otorgar al jurista las suficientes herramientas como para poder abordar una naturaleza tan inestable como la que presenta el mundo de las interacciones psíquicas.

5. De esta manera, sin perjuicio de la existencia de otros enfoques dogmáticos, la doctrina mayoritaria parece contentarse con una aproximación al problema (de la mano, cabe decir, de la inducción, sin perjuicio de que algunas de sus particularidades práctico-conceptuales también se susciten en el ámbito de la complicidad psíquica) basada en dos extremos: *causalidad* y *riesgo*. Con base en estos dos puntos, tanto doctrina como jurisprudencia configuran una estructuración dogmática para la inducción basada en la necesidad de constatar una relación de causalidad en el ámbito de una interacción psíquico-motivacional entre dos personas. Esta última, a su vez, debe ser objeto de una limitación —ya desde un enfoque “genuinamente” normativo— por medio de los criterios de desaprobación típica *ex ante* de comportamientos. En suma, la tarea se reduce al hecho de señalar un *riesgo típico de carácter motivacional causalmente relevante para con la realización del “resultado”*, bien se identifique este en la creación de la resolución delictiva en la mente del receptor del influjo —así, en la inducción—, bien se trate de su refuerzo o estabilización —así, en la complicidad psíquica—. En resumen, motivar debe castigarse porque es peligroso. Sobre esta base, sirviendo el supuesto de hecho que sigue a modo de ejemplo, la constatación de la relevancia jurídico-penal en forma de participación psíquica (inducción o apoyo moral) en un delito de robo de un mensaje motivador del tipo “deberías hacerte con una gasolinera o un banco”³⁰⁶ debe sustentarse, en primer lugar, en la verificación de una conexión causal entre el mensaje y el comportamiento del receptor del influjo (perspectiva *ex post*). En segundo lugar, desde una óptica *ex ante*, debe examinarse si una comunicación de estas características supone rebasar el riesgo permitido en el campo de los contactos psíquico-motivacionales y, por lo tanto, puede considerarse una conducta configuradora de un riesgo típico.

6. Aunque esta manera de aproximarse a la cuestión no difiere del modo en que se solucionan —conforme a la doctrina mayoritaria— los problemas de imputación en el ámbito de los delitos de resultado,³⁰⁷ en un campo como el de las transacciones comunicativo-motivacionales, fundamentar una estructura dogmática en estos dos pilares conlleva no pocos problemas conceptuales. Ciertamente, si bien en el marco de las aportaciones —digamos, por el momento— “físicas” parece más factible hablar tanto de causalidad en un sentido naturalístico como de desaprobación jurídico-penal sobre la base de criterios de imputación objetiva; trasladar estos dos mismos constructos en el ámbito de las aportaciones —de nuevo, sirva el siguiente término solo por ahora— “psíquicas” no parece tan factible. Con respecto a la causalidad, porque en el contexto en el que esta clase de

³⁰⁶ Caso resuelto por la sentencia del BGH, NJW, 1986, p. 2270. Citada y comentada por HERZBERG, «La inducción a un hecho principal indeterminado», *ADPCP*, (48-2), 1995, pp. 557 ss.

³⁰⁷ Por todos, SILVA SÁNCHEZ, «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», *ADPCP*, (32-2), 1984, pp. 368 ss.

“aportaciones” se desarrolla juega un papel capital la idea de la autodeterminación de la persona receptora del influjo. Esta idea podría cuestionar la entrada en acción de una construcción que, como mínimo por lo desprendido de su discusión en el ámbito del Derecho penal, se alimenta de fuertes premisas deterministas. Pero, es más, aunque pudiera superarse este conflicto, tampoco se sabe a ciencia cierta a qué tipo de causalidad se hace referencia cuando a la misma se le añade el adjetivo “psíquica”. Las alusiones, o bien a unas supuestas *leyes psíquicas* capacitadas para informar esta clase de relaciones y aparentemente teorizadas en determinados campos científicos, o bien a unas *reglas de probabilidad* conjeturadas sobre la base de una supuesta experiencia compartida basada en el “sentido común”, no parecen arrojar luz al problema ni disociarlo del insondable intuitivismo en el que suelen caer las soluciones concretas de los casos prácticos expuestos por la doctrina o resueltos por la jurisprudencia.

7. A causa de estos mismos problemas, el caminar desde una perspectiva *ex post* a una de tipo *ex ante* —en la que, en principio, tendría que salir a flote la caracterización estrictamente normativa del comportamiento desaprobado— viene cargado de la misma inconsistencia teórica y los mismos sesgos. Si ya parece complicado identificar una supuesta relación de causalidad o incluso confirmar su propia viabilidad conceptual en un ámbito como el psíquico-motivacional, sin caer con ello en soluciones *ad hoc* para el caso en concreto, pretender construir una delimitación normativa con criterios de imputación objetiva —p.ej., la alusión a una presunta “adecuación social motivacional” o a un “riesgo motivacional permitido”—³⁰⁸ se vuelve hartamente complicado. Mucho más cuando esta atribución de desvalor *ex ante*, en el ámbito que nos ocupa, no parece más que un “cambio de perspectiva” para un mismo problema, el causal. Esto se manifiesta cuando la mayoría de estos criterios normativos acaban exigiendo la necesidad de constatar una “causalidad prospectiva” a modo de “riesgo cuantitativo” basado en las probabilidades de éxito de influjo motivacional. Por lo tanto, no deja de sorprender que en un campo de análisis en el que se tendría que expresar con más fuerza el carácter adscriptivo de nuestra disciplina, esto es, su eminente dimensión normativa, la operación dogmática no escape de un naturalismo extremo al que abraza sin los suficientes instrumentos como para dotar al operador jurídico de ese “sentido (motivacional) común” al que se alude.

³⁰⁸ Expresiones que convergen en lo que algunos autores han denominado “inducción neutral” [*neutraler Anstiftung*]. A este respecto, ROTSCH, «Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdokmatik», *ZIS*, (7), 2007, p. 264, indicando que el concepto de “conducta neutral” no debe limitarse solo a la complicidad, debiéndose extender también a la instigación e, incluso, a la autoría. Igualmente, BÜLTE/HAGEMEIER, «Vergabe unwirtschaftlicher Aufträge als strafbare Teilnahme?», *NSZ*, 2015, p. 319, quienes, pese a considerar que una “inducción neutral” es más dudosa que un caso de complicidad (al basarse su incriminación en la causación de la resolución delictiva, de tal manera que, en principio, valdría cualquier clase de medio a estos efectos), consideran que, en determinados ámbitos profesionalizados, la neutralidad de determinadas acciones psicológicamente instigadoras permitiría reducir la extensión de la punibilidad de esta forma de participación. En contra, AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 155: “el concepto de inducción —a diferencia del concepto de ayuda— está orientado a describir un comportamiento ilícito.” En España, véase FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, pp. 70 ss.

8. En resumen, la configuración dogmática mayoritaria de la participación psíquica no nos ofrece un sistema cerrado para captar en términos jurídico-penales todo el fenómeno de la motivación al delito. La necesidad de configurar una estructura que permita responder por el merecimiento de pena de esta cuestión, los márgenes de su ámbito de prohibición y la necesaria cuantificación de la responsabilidad resultante, acaba segmentada en diversos ámbitos de discusión. De estos últimos, además, no es posible deducir un fundamento de incriminación y unos criterios de desaprobación que participen tanto de una coherencia conceptual con respecto a los principios en disputa (principalmente, el de autorresponsabilidad) como de ofrecer un conjunto firme de indicadores de relevancia penal que permitan “bajar a la realidad práctica” con una seguridad mayor a la que ofrecen las vagas y abstractas menciones desprendidas del entendimiento mayoritario. En los siguientes capítulos, analizaré con mayor profundidad estas dos cuestiones críticas.

CAPÍTULO II

CRÍTICA AL SISTEMA DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: CATEGORÍAS Y DELIMITACIONES

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo desarrollaré la primera crítica que he expuesto *supra*, relacionada con los problemas sistemáticos y de interrelación que presentan las distintas categorías incluidas en el marco de la participación psíquica. En primer lugar, cuestionaré el punto de partida que toma la doctrina mayoritaria para estructurar estas formas de intervención en un marco unitario mediante el “carácter psíquico” de la aportación o, en su caso, del resultado producido (ap. II). En segundo lugar, abordaré los problemas que existen a la hora de delimitar la inducción de la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución delictiva (ap. III). En tercer lugar, me ocuparé de la existencia de otras formas y estructuras de imputación diferentes a la participación psíquica que presentan conexiones con la motivación al delito (ap. IV). A través de esta exposición crítica, mi objetivo es fundamentar la afirmación de que la manera al uso de abordar este fenómeno, a través de la participación psíquica, no permite ofrecer una respuesta estable a la pregunta de por qué y cuándo alguien debe ser hecho responsable (como autor o partícipe) por el acontecimiento delictivo realizado por la persona a la que ha motivado. Una vez presentada esta crítica, efectuaré una propuesta que permita estructurar una aproximación jurídico-penal al fenómeno objeto del presente estudio superando los problemas sistemáticos previamente relacionados (ap. V).

II. LA DIFÍCIL CARACTERIZACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: DE LA “APORTACIÓN PSÍQUICA” AL “RESULTADO PSÍQUICO”

La participación psíquica está compuesta por la inducción, el refuerzo moral y la aportación de consejos técnicos. Como decía en el anterior capítulo, la doctrina mayoritaria integra estas formas en un mismo marco porque las tres presentan una “fisonomía psíquica”. El problema es que resulta complicado identificar sobre qué característica común se asienta este último aspecto. Al respecto, parece que existen dos posibilidades: o bien lo psíquico se encuentra en el tipo de medio utilizado por el partícipe, o bien en la clase de resultado provocado.³⁰⁹ Sea como fuere, ambas opciones dan

³⁰⁹ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 ss., quien, a los efectos de clasificar las formas de complicidad psíquica, contrapone dos criterios: el del “medio utilizado” y el del “efecto de la ayuda”.

como producto una forma de participación que desborda el fenómeno de la motivación al delito. En mi opinión, un tratamiento adecuado de este problema amerita de una estructura que se amolde a este sin fisuras. Esto solo puede lograrse si las diversas formas de intervención delictiva se configuran a través del significado que presentan en la construcción colectiva del hecho delictivo (por el momento, puede valer el siguiente criterio: unas *motivando al autor* y otras *favoreciendo su ejecución*). A los efectos de desarrollar esta idea, iniciaré la exposición criticando la primera vía para caracterizar a la participación psíquica. Esta rezaría lo siguiente: el carácter psíquico de esta forma de intervención se basa en la fisonomía del medio utilizado (no-físico o intangible).

1. La irrelevancia del “carácter psíquico” del medio utilizado

1. La primera manera de definir a la participación psíquica se centra en el carácter espiritual o moral de la aportación del interviniente. La idea está fuertemente asentada en el ámbito de la complicidad.³¹⁰ Según esta representación, la dimensión etérea característica de esta forma de participación, en tanto que “contribución psíquica”, se contrapone a la tangibilidad de las “actividades corporales” constitutivas de complicidad física (por ejemplo, la entrega de un arma o de un cuchillo).³¹¹ Esta definición sigue lo que FUENTES OSORIO ha denominado como el criterio del “medio utilizado”, según el cual la participación física “incluiría las aportaciones practicadas físicamente o de obra”, subsumiéndose en la categoría psíquica todas las demás.³¹² El rechazo a esta definición se justifica, para empezar, porque supone un absurdo calificar de cómplice físico al sujeto que entrega un manual de instrucciones en el que se especifica la manera de fabricar un potente explosivo al futuro autor de un atentado terrorista, pero de cómplice psíquico si hace lo mismo “de palabra” —si acaso esto es lo que se quiere decir cuando se utilizar el término “medio psíquico”—.³¹³ Si lo único que tiene que diferenciar a ambas formas de participación es la existencia o no de un objeto con dimensión y volumen en el espacio, entonces no habría problemas para desconsiderar cualquier tipo de distinción a los efectos de ofrecer un tratamiento unitario a la complicidad. Ciertamente, la constatación de un favorecimiento típico en un delito no debe verse afectada por el hecho de que el autor haya podido tocar el contenido de la prestación del cómplice, al igual que ocurre con la inducción. También es

³¹⁰ Donde se habla habitualmente acerca de los “medios de la complicidad” [*Mittel der Beihilfe*]. Por todos, MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 376.

³¹¹ ROXIN, *PG*, t. II, 1ª ed., 2014, p. 281 (sin cursivas en el original); EBERT, *AT*, 3ª, 2001, p. 214, utilizando el concepto “acciones físicas”; similar, CHARALEMBAKIS, *FS-Roxin*, 2001, p.633: “[s]i uno toma el término “complicidad psíquica” en un sentido literal, entonces solo pertenecen aquellos casos en los que el cómplice no realiza contribuciones físicas, sino solo mentales, actuando sobre la psique del ofensor”; igualmente, KLESCZEWSKI, *AT*, t. I, 3ª ed., 2008, p. 262. BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechtes*, 1857, p. 168: “actividad física” contrapuesta al “efecto espiritual” de la complicidad psíquica. En España, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 87, distinguiendo entre “contribuciones fácticas” y “contribuciones psicológicas”; SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 431, n. 938: “la expresión «complicidad psíquica» ha de oponerse más bien a la que recurre a medios tangibles (...)”

³¹² FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172.

³¹³ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172: la complicidad psíquica incluiría “todas las ayudas efectuadas mediante un consejo (de palabra).”

posible determinar o reforzar una resolución delictiva y también aportar un consejo a través de la entrega de un bien tangible.³¹⁴

2. Igualmente, el término “medio psíquico” carece en sí mismo de sentido, en tanto que “lo psíquico” ni se puede entregar, ni se puede hacer, pues es todo aquello que tiene lugar en la mente de un sujeto.³¹⁵ Determinados procesos (pensar) o representaciones (ideas) pueden ser psíquicas, pero no las actividades motoras (hablar, entregar una cosa, etc.). De esta forma, aunque la fonación por la que se formula un consejo técnico es la consecuencia de un proceso psicológico (percepción de información, comprensión, reflexión), no es en sí mismo psíquica, sino físico-orgánica. Una comprensión alternativa consistiría en entender que con el término psíquico lo único que se está remarcando es que lo que se afecta con la actividad del partícipe es la esfera psíquica del autor. De otra manera, lo psíquico podría vincularse a la intangibilidad, no del soporte transmisor, sino del contenido informativo o motivacional implícitos al comportamiento del partícipe.³¹⁶ En efecto, ninguno de los dos es perceptible por el tacto, pues carecen de propiedades materiales como, por ejemplo, masa, temperatura o textura. Pero, incluso con estas consideraciones, no hay motivos para espiritualizar en los términos indicados la actividad precursora llevada a cabo por el interviniente. Aunque se produzca un impacto que va más allá de lo (directamente) sensible a los sentidos del espectador y pese a que el receptor de la información o el refuerzo no pueda “tocarlos”, seguirá existiendo un comportamiento precedente, perfectamente cognoscible (entregar un mapa, efectuar una promesa económica, dar una dirección), a partir del cual efectuar la consiguiente desaprobación jurídico-penal.

3. Bien diferente —y a ello se acerca FUENTES OSORIO con su referencia a la idea de aportación realizada “de palabra”— es que esta dimensión espiritual se relacione con el ámbito de lo comunicativo.³¹⁷ En efecto, si hay algo que caracteriza el apoyo moral, el asesoramiento técnico y la inducción es que sus respectivas conductas típicas se desarrollan en el marco de una relación comunicativa entre el emisor de un mensaje (partícipe psíquico) y su receptor (ejecutor del hecho).³¹⁸ De esta manera, la pretensión de configurar un efecto en la esfera subjetiva del agente —que lo constituiría la promoción volitiva o el incremento intelectual— empuja al emisor a transmitir un determinado mensaje. A través de este último, se desarrolla el acto ilocucionario idóneo para

³¹⁴ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173.

³¹⁵ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, t. II, 5ª ed., 1965, p. 509: “[e]n la época moderna ha sido común identificar 'psique' y 'mente' (...), de tal suerte que muchas veces el adjetivo 'psíquico' es equiparado al adjetivo 'mental'.”

³¹⁶ Sobre esta definición, lo psíquico no sería el “medio”, sino la “comunicación” en este contenida.

³¹⁷ En tanto que contacto comunicativo entre “dos mentes”, entonces, lo correcto sería denominarla “participación interpsíquica”.

³¹⁸ En lo que se refiere al ámbito de la inducción, en relación al concepto de “influjo psíquico”, CÓRDOBA RODA, «Art. 28», en EL MISMO/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, 2011, p. 347: “el medio para persuadir a otro (...), es el de una comunicación de persona a persona, a través de la palabra, de la carta escrita, del correo electrónico o de cualquier otro medio”, aunque deja la puerta abierta a la existencia de “otras formas de influjo” distintos a la inducción.

conseguir aquel resultado (fortalecer, aconsejar o determinar).³¹⁹ En este marco, de nuevo, las referencias a la tangibilidad de la aportación pierden todo su peso. Ciertamente, el eje vertebral de una relación de este tipo lo constituye la emisión de un mensaje con contenido comunicativo, cuya codificación puede realizarse por medio de transmisores fónicos o hablados, pero también gestuales o escritos,³²⁰ e incluso a través de comportamientos para-lingüísticos, como el kinestético, más allá del uso del lenguaje convencional o en su versión no-sonora.³²¹ Por esto, que exista la posibilidad de un contacto corporal entre la contribución emitida y su receptor es un extremo incapacitado para caracterizar globalmente a esta clase de intervención delictiva. En suma, a la hora de definir a la participación psíquica no debería influir la concreta dimensión fáctica del canal de comunicación utilizado por el emisor.³²²

4. La alusión a una dimensión comunicativa arroja mayor luz al proceso de caracterización de la participación psíquica. Con base en esta propiedad, esta parece definirse como aquella forma de intervención por la que el partícipe contribuye en el delito a través de un acto comunicativo. Tanto la inducción como el apoyo moral encajan en esta definición, pero también son subsumibles en la misma medida los casos de asesoramiento o auxilio técnico. En consecuencia, partiendo de esta premisa, parece escaparse la posibilidad de proyectar el fenómeno de la motivación al delito en una misma estructura de intervención. Es más, sobre la base de esta misma caracterización, podríamos acceder a un marco mayor en el que aunar toda forma de participación y autoría. Así las cosas, no hay que olvidar que todo comportamiento humano, en tanto que dotado de significado, siempre comunica algo.³²³ Y esto, independientemente de que surjan o no efectos específicos (volitivos o cognitivos) en la esfera subjetiva o mental del autor. De esta forma, si participación psíquica es “participación con dimensión comunicativa”, toda participación tiene carácter psíquico. Porque, indistintamente de las posibilidades de objetivación de lo aportado en el plano ejecutivo, a toda participación (mejor, a todo comportamiento) le es inherente un componente comunicativo, de

³¹⁹ Sobre la relación de la participación psíquica (principalmente, la inducción) con la teoría analítica de los actos del habla, véase, por todos, POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, 2004, pp. 62 ss. Retomo esta cuestión *infra* Capítulo V, ap. III.2.

³²⁰ El “transmisor” del mensaje emitido por la fuente es uno de los elementos implicados en el proceso comunicativo según la clásica teoría conductista de la información. Al respecto, OVEJERO BERNAL, *Las relaciones humanas. Psicología social teórica y aplicada*, 2007, p. 65.

³²¹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 97 s., indicando que un acto de habla no solo puede expresarse por medio de las palabras, “sino también [a través de] fenómenos paralingüísticos (como, p.ej., el tono, la velocidad o la lentitud en el habla, las pausas, la risa y el suspiro), la postura, los movimientos expresivos...”

³²² En el mismo sentido, ya en el siglo XIX, CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 204: “(...) la excitación, la facilitación, la fortificación del propósito criminal pueden hacerse por medio de la palabra ó usando de la escritura (...) es indiferente la forma especial adoptada, por medio de la cual el instigador consiguió su fin perverso.” Más modernamente, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 413: “no hay límites (adicionales) a la imaginación del inductor (...) [n]o solo se puede considerar la solicitud explícita o la persuasión, sino también (...) comportamientos concluyentes en forma escrita o verbal o en forma de gestos o expresiones faciales (p.ej., guiñando el ojo).”

³²³ BAER, «Violence: dilemmas of democracy and law», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 89: “toda acción comunica, toda comunicación es actuación.”

expresión de sentido de la propia dimensión del actuante como sujeto más allá de un movimiento orgánico-mecanicista de músculos y huesos. De ahí que se diga que “no es posible no comunicar”.³²⁴ Sin embargo, con esta conclusión acabaríamos reduciendo la intervención delictiva en un “todo” distante de la pretensión de sistematización y clasificación de la dogmática.

2. El “resultado psíquico” como punto de referencia

1. Las objeciones articuladas hasta aquí podrían superarse a través de la segunda posible definición de la participación psíquica, según la cual esta debe caracterizarse por el resultado psíquico que produce. Esta caracterización sigue el criterio del “efecto de la ayuda”.³²⁵ En este sentido, indicaba *supra* que tanto las dos formas de complicidad psíquica como la inducción presentan la particularidad de que el acto comunicativo por el que se canalizan pretende hacer surgir un específico efecto en la esfera psicológica del receptor del mensaje. De esta forma, CASTRONUOVO nos indica que el carácter psíquico de esta clase de participación “no depende de la naturaleza del comportamiento individualizado como antecedente de una determinada conducta, sino del tipo de resultado fruto de la interacción entre al menos dos sujetos.”³²⁶ Ciertamente, la doctrina italiana es más clara que la española y la alemana cuando caracteriza el *concorso morale*, no con base en la *aparencia* o *medio* a través del cual el comportamiento del partícipe ha sido desplegado, sino por el *efecto* producido por este, inserto en la esfera psíquica del autor. Así pues, es importante precisar que el Código penal italiano consagra un concepto unitario de autor (véase su art. 110) relacionado con la eficacia causal de cada una de las contribuciones de los distintos sujetos en un delito.³²⁷ Al respecto, se remarca que no es posible ser interviniente en el acontecimiento antijurídico si la conducta “no ha ejercido una influencia causal en el hecho típico.”³²⁸ Sin perjuicio de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado una serie de distinciones conceptuales entre todos estos “autores” o “contribuidores causales” al hecho. Esta clasificación se vincula con los modos por los que dicha eficacia causal puede darse a cabo. Partiendo de esta base, la manera de acceder a la participación psíquica [*concorso morale*] es parecida a la española, aludiendo con ello a la idea de “contribución psíquica o moral” y contraponiéndola al peculiar concepto de “contribución física u objetiva”.³²⁹ No obstante, el carácter

³²⁴ WATZLAWICK, *No es posible no comunicar* (trads. Ana Schulz Noemí, et. al), 2014, p. 17 (con cursivas en el original). El autor indica en p. 16: “si se acepta que toda conducta en una situación e interacción tiene un valor de mensaje, es decir, es comunicación, se deduce que por mucho que no lo intente, no puede dejar de comunicar. Actividad o inactividad, palabras o silencio tienen siempre valor de mensaje: influyen sobre los demás, quienes, a su vez, no pueden dejar de responder a tales comunicaciones y, por ende, también comunican.”

³²⁵ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173.

³²⁶ CASTRONUOVO, «Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica», *RPM*, (2), 2011, p. 34, refiriéndose con ello a la denominada “causalidad psíquica”.

³²⁷ FIANDANCA/MUSCO, *PG*, 1994, pp. 358; GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2020, p. 500: “(...) el delito cometido en concurso de más personas debe ser considerado una *obra de todos*” (sin cursivas en el original). Sobre este punto, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, pp. 351 ss.

³²⁸ MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 2012, p. 423.

³²⁹ TRAMONTANO, *Lenecamientos di Diritto Penale*, 2006, p. 248.

psíquico configurador de esta forma de intervención se fundamenta principalmente en la fisonomía del flujo causal, elemento básico, como decía, de su incriminación.

2. Más allá de que se acepten las premisas causales de las que parte la doctrina italiana, es cierto que si hay algo psíquico que en principio deba caracterizar un acto de participación es que este es imputable “a la esfera interna del autor”,³³⁰ y no al conjunto de útiles o instrumentos a su disposición³³¹ ni al acontecimiento ejecutivo en sí.³³² Sumando esta perspectiva con el carácter comunicativo del comportamiento realizado por el sujeto, se consigue caracterizar la participación psíquica como aquella producción de un efecto psíquico efectuada a través de una aportación comunicativa.³³³ En definitiva, con base en esta segunda particularidad, la participación psíquica pasa a entenderse como una forma de intervención en el delito en la que se agrupan todas aquellas conductas con un valor comunicativo dirigidas a afectar el “mundo interior del autor”. Este resultado psíquico, por su parte, se identificaría con la “resolución delictiva” que, asimilada o no a la categoría del dolo, resultaría de la suma de un elemento volitivo (la voluntad del sujeto) y uno de tipo cognitivo (el plan delictivo como objeto de esta misma voluntad).³³⁴ Por su parte, la participación física asociaría los impactos objetivables en la dimensión externa del acontecimiento delictivo, entendida como el conjunto de actos e instrumentos vinculados a la ejecución del hecho.

3. El problemático caso de la aportación de consejos técnicos

3.1. El asesoramiento como componente de la participación psíquica

1. Aunque esta última manera de caracterizar a la participación psíquica se presenta más cimentada que la primera, no es menos cierto que sus resultados distan de contribuir al proceso de estructuración de una categoría dogmática en la que subsumir el problema de la motivación al delito. Esto ocurre, principalmente, porque, al partir de un “resultado psíquico” como punto de referencia para una ulterior estructuración, se posibilita la inclusión de un grupo de supuestos bastante alejados en lo material al objeto del presente estudio: los de “aportación de consejos técnicos”. Efectivamente, con base en esta segunda propiedad, es factible integrar estos casos en esta forma de participación. Así

³³⁰ PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, p. 303. Similar, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 28: “[d]ebe exigirse y probarse que el cómplice haya producido en la psique del autor, aumentando el riesgo, una influencia al hecho.” Quien lo explicita con más fuerza en España es LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149, distinguiendo entre contribuciones que afectan el “lado objetivo” del autor y las que afectan a su “lado subjetivo”, aunque luego acaba integrando los casos de consejos técnicos en la complicidad psíquica. En Alemania, por todos, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 455, definiendo la complicidad psíquica como una forma de facilitación del hecho a través de la psique del autor.

³³¹ Con reservas con respecto al caso de “consejos técnicos”. Véase *infra*.

³³² HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178.

³³³ CASTRONUOVO, *RPM*, (2), 2011, p. 34, n. 11: “también la actitud, la gestualidad, la entrega de un objeto o el cumplimiento de cualquier conducta (...) podrían asumir un significado comunicativo *lato sensu* instigatorio, allí donde produzcan efectos psíquicos correspondientes sobre otro agente.”

³³⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 65.

pues, estos se presentan como aparentes actos comunicativos dirigidos a ampliar las facultades intelectual-cognitivas de su receptor o, en otras palabras, a producir un resultado psíquico. De esta manera, si la premisa de la participación psíquica se constituye alrededor del concepto de la “resolución delictiva”, a esta se le puede adscribir, no solo una dimensión volitiva (en la que incluir la inducción y el auxilio moral o motivacional), sino también una de carácter intelectual.³³⁵ Con lo dicho, partiendo de la resolución al delito como punto de referencia —*elemento común*—, es posible desgranar una contraposición entre aquellas formas de participación psíquica estructuradoras de la parte volitiva de la resolución (la voluntad del sujeto con respecto a la realización del injusto) y aquellas relativas a su parte cognitiva (los conocimientos del sujeto idóneos para canalizar esa misma voluntad dirigida a la comisión delictiva) —*elemento diferenciador*—.³³⁶ En el caso concreto de la asistencia con conocimientos, en la medida en que un saber técnico o informativo —apórtese como quiera: con palabras, gestos o con la entrega de un croquis escrito de puño y letra— se introduce también en la esfera subjetiva del receptor, incrementando sus conocimientos referidos a la plasmación de su motivación criminal, no hay dificultades para integrarla en una forma de participación así definida.

2. Con todo lo dicho, no cabe más remedio que concluir que la participación psíquica pierde toda operatividad para incluir y estructurar coherentemente en su ámbito de aplicación solo los casos referidos a la motivación al delito. Además, con más razón si cabe, esta misma se acaba erigiendo como un mero soporte formal para subsumir determinadas aportaciones al autor o ejecutor del delito caracterizadas por unas específicas singularidades externas. Ciertamente, pese a que tanto “determinación” como “refuerzo” y “asesoramiento” se caracterizan por una misma apariencia (dimensión comunicativa y resultado psíquico), no parecen participar de un mismo contenido material. Mientras que las dos primeras discurren por la problemática de la motivación al futuro autor de un delito, la última se aproxima en contenido a cualquiera otra forma de favorecimiento o auxilio carente de un resultado psíquico, esto es, los casos de complicidad física.³³⁷ Por lo tanto, en el contexto de esta caracterización, que pone el acento en el tipo de resultado producido, la presencia de la participación psíquica en el entramado de las formas de intervención se reduce al nivel en el que operaba de la mano de la doctrina española e italiana del siglo XIX: una etiqueta para denominar diversas modalidades externamente parejas de co-configuración del hecho delictivo cuyo contenido material y significado penal, no obstante, responden a cuestiones distintas.³³⁸ Por un lado, la

³³⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 65: “en esa resolución que el inductor hacer surgir en el autor (...) coexisten una dualidad de componentes (...): por un lado, un elemento que podemos denominar intelectual, representado por el propio contenido de la resolución, esto es, el proyecto, el plan que el inductor quiere que realice el inducido, y sin el cual, desde luego, carecería del más mínimo sentido hablar de resolución, al requerir ésta, como presupuesto lógico de su existencia, un contenido. Pero, y en segundo lugar, (...), habrá que añadirse un segundo momento, ahora de carácter intencional, al que denominaremos volitivo, y que va a representar la voluntad de realización del plan.”

³³⁶ MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, 1979, p. 23.

³³⁷ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 172 s.

³³⁸ Véase *supra* Capítulo I, ap. V.2.

inducción, en tanto que forma de “llevar a un tercero” a la comisión del delito. Por el otro, los casos de auxilio motivador y auxilio intelectual, a modo de submodalidades de la complicidad, conceptualizada esta a su vez como una forma de “prestación de ayuda” (en ambos casos, a través de la psique del autor). En definitiva, la participación psíquica acaba convirtiéndose en un arcón en el que se depositan tres elementos diferentes que, *a priori*, solo comparten una “determinada forma”, pero no así un “mismo significado”.

3.2. La diferencia material entre la asesoría y las otras formas de participación psíquica

1. La inducción y la complicidad psíquica por auxilio moral pueden conectarse funcionalmente, a modo de elemento material común, sobre el presupuesto de su “fisonomía motivacional”. Con todo, ambas formas de participación parecen expresar, *a priori*, un mismo significado: contribuir en el proceso volitivo del receptor del influjo psíquico. Por lo tanto, las disquisiciones sobre su concreta conexión con el fundamento de incriminación de la participación y la configuración de sus respectivos márgenes de prohibición pueden partir de una base común. En el contexto de esta disquisición, la elaboración de sus presupuestos típicos deberá tener en cuenta una serie de cuestiones problemáticas que, en el caso de asesoría, más parecidos a los de participación física, no parecen estar presentes. Ciertamente, responder a la pregunta de si motivar a alguien a cometer un delito es relevante a los efectos de alguna forma de autoría o participación no parece implicar la misma estructura resolutive que cuestionarse lo mismo con respecto a la entrega de un bien apto para ejecutar el delito. Y esto, pese a que ambas cuestiones puedan identificarse como distintas tipologías de un asunto de base, el de la intervención en el delito. Así pues, los supuestos de aportación de consejos técnicos, más allá de que los mismos presenten una fisonomía parecida a los casos de determinación y refuerzo de la resolución, no comparten en absoluto un idéntico contenido material.

2. A este respecto, con independencia de las referencias a esta supuesta “dimensión comunicativa” o al “resultado psíquico” que produce su aportación, lo cierto es que el significado jurídico-penal de “aconsejar” no es el mismo que el de “apoyar o estabilizar moralmente”, ni mucho menos que el de “determinar”.³³⁹ De esta manera, los supuestos de asesoría técnica no presentan una dimensión diferente a la de los casos de aportación de instrumentos (tangibles) con capacidad para favorecer

³³⁹ Con respecto a la inducción, KÖHLER, *AT*, 526: “no es suficiente para instigar (...) comunicaciones intersubjetivas con el contenido de un consejo (...), ni un asesoramiento técnico que determina la decisión o su ejecución (...). Todo esto puede reputarse, en el mejor de los casos, como cooperación.” En todo caso, no queda claro si a esta “cooperación” le adscribe o no una misma dimensión psíquica. No obstante, sea como fuere, su reflexión vale para distinguir la aportación de consejos técnicos de la estructura motivacional de la determinación. Próximo, desde los nuevos planteamientos de la corrupción como fundamento para la incriminación de la inducción, AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 156: “dicha transferencia [el consejo técnico] solo afecta el nivel de información del receptor, mientras que la corrupción debe necesariamente extenderse a las motivaciones de la persona, para ser corrompida, si se le quiere inducir a actuar.”

hecho delictivo (incluidos, como es sabido, en el ámbito de la complicidad física).³⁴⁰ De hecho, en ambos casos lo que se produce es una facilitación del delito por medio de la entrega de un bien asistencial, por lo que no es descabellado valorar esta asistencia técnica como un incremento del conjunto de útiles a disposición del autor por medio de una ampliación de sus recursos intelectivos.³⁴¹ Por consiguiente, poco o nada diferenciaría el hecho de entregar un arma de fuego al futuro autor para ayudarlo a cometer un homicidio, del de la aportación de una información adecuada para con el mismo objetivo, como el lugar en el que se encuentra la víctima o la mejor manera de llevar a cabo el plan sin ser visto. El consejo así considerado (principalmente, la información o la pericia en él contenido) es algo perfectamente objetivable. Por lo tanto, puede adscribirse sin problemas al conjunto de elementos instrumentales del agente principal.³⁴² En definitiva, siguiendo a FRISCH, nos hallamos, en ambos casos, ante comportamientos que “posibilitan o favorecen la puesta en práctica de la resolución delictiva” de una persona plenamente responsable.³⁴³

3.3. La operatividad de la “causalidad psíquica” en el ámbito del asesoramiento

1. Esta dimensión desigual entre los supuestos de consejos y los de refuerzo de la resolución delictiva puede predicarse también atendiendo a la cuestión de la “causalidad psíquica”. Sin perjuicio del desarrollo posterior que merecerá esta construcción, por ahora puede definirse como aquella relación psíquico-naturalística existente entre un determinado comportamiento y un resultado de carácter psíquico.³⁴⁴ Sobre esta base, mientras que en los casos de auxilio moral esta juega un papel destacado, la causalidad psíquica —tal y como ha sido tematizada en la complicidad y la inducción— pierde toda operatividad en el ámbito de la aportación de consejos. Es más, tal y como la he introducido en el capítulo anterior,³⁴⁵ esta construcción, a modo de herramienta subsidiaria para atribuir relevancia jurídico-penal en casos de complicidad “física” intentada, parece jugar el mismo papel en el ámbito del asesoramiento o entrega de saberes. Al respecto, imagínese el siguiente supuesto de hecho:

Caso: *B* le comunica a *C* la manera de forzar la puerta de la casa de *D*, donde tiene intención de robar. Sin embargo, *C* entra finalmente por la puerta sin mayores dificultades, pues encuentra las llaves debajo

³⁴⁰ De la misma opinión, HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178: “debería ser obvio que hay una brecha categórica insalvable entre esta ayuda intelectual en la comisión del delito y el fomento de la decisión de cometerlo.” Igualmente, GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, 1982, p. 90.

³⁴¹ CASTRONUOVO, *RPM*, (2), 2011, p. 39, n. 30: “el consejo técnico podría describirse de forma no demasiado diferente a una contribución material, sobre todo porque el autor tiene ya decidido el actuar y falta, por eso, un efecto psíquico de refuerzo, dándose, por el contrario, sólo un efecto de 'crecimiento cognitivo'.” De igual manera, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172: “dentro de la complicidad psíquica no deberían incluirse los supuestos en los que el cómplice da un consejo técnico, pues no hay una influencia psíquica sobre el autor con la que se fortalezca su decisión, sino que le asesora facilitando la comisión de un delito de igual manera que si le hubiera entregado un instrumento necesario”; AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 160.

³⁴² Lo que LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149 denomina el “ámbito objetivo del autor”.

³⁴³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 264.

³⁴⁴ Véase *infra* Capítulo III, ap. IV.2.

³⁴⁵ Véase *supra* Capítulo I, ap. 3.5.b.iii.

de la alfombra, desechando de esta manera el plan preconcebido y comunicado con anterioridad por B.

Si se considera que el consejo también tiene que tener una influencia causal en el hecho efectuado por el autor (este último debe sufrir una variación o intensificación debido al asesoramiento), puede utilizarse igualmente en este caso el recurso subsidiario de la causalidad psíquica. De esta manera, aunque C no haya hecho uso del consejo técnico, puede decirse que este ha reforzado su determinación a cometer el delito.³⁴⁶ Por ello, su impacto causal se constata psíquicamente.³⁴⁷ Por el contrario, imagínese que C sí hubiese hecho uso del saber técnico entregado por B, forzando así la puerta principal siguiendo la instrucción. Ante un caso así, pocos autores parecen defender el requisito de la causalidad psíquica tal y como es exigido en el ámbito del auxilio moral y la inducción. La influencia causal, en este supuesto de hecho, se daría sin más, esto es, sin necesidad de aludir a los procesos psicológicos internos del autor ni a determinados impactos motivadores.³⁴⁸ En todo caso, las consideraciones se centrarían en exigir que el autor hubiera utilizado efectivamente el consejo prestado con anterioridad o, como mínimo, que este pudiese valorarse como potencialmente útil para con el ocurrir del hecho.³⁴⁹ De constatarse este extremo, se afirmaría sin problemas la eficacia causal del consejo técnico con respecto al acontecimiento antijurídico ejecutado por el autor.

2. Sobre esta premisa, tal y como indica ONSABRÜGGE, en los supuestos de aportación de consejos, la teoría general de la causalidad no necesita ser objeto de especialización alguna tal y como ocurre en los casos de “refuerzo de la resolución”.³⁵⁰ En este sentido, ante un supuesto de hecho como el planteado, es posible conocer sin problemas tanto el tipo de información que ha utilizado el autor a la hora de realizar el delito como su origen. Con el conocimiento de estos dos extremos se puede confirmar, sin mayores dificultades, que la aportación *ex ante* realizada por parte del cómplice ha sido causal con respecto al resultado.³⁵¹ A esto se le puede añadir, en todo caso, la exigencia de que dicho aporte presente una funcionalidad con respecto al hecho principal o, de manera más estricta, que su

³⁴⁶ Así, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 470, n. 187.

³⁴⁷ Lo que implica que (casi) toda clase de interacción con el futuro ejecutor de un delito desprenda un “riesgo motivacional concomitante”. Sobre esta idea véase en este capítulo *infra* ap. III.2.2.

³⁴⁸ Véase, al respecto, el razonamiento causal articulado por LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312. También, SCHÜNEMANN, «§ 27», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 12; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173: “un consejo no sólo puede reforzar una resolución, también puede aportar un conocimiento, lo que no creo que sea una actuación sobre la psique del autor, o por lo menos no diferente a la que se genera mediante la aportación de un instrumento.”

³⁴⁹ Las opciones implican una elección entre las teorías que exigen una efectiva causalidad entre la contribución del cómplice y el hecho y aquellas otras que se limitan a requerir un incremento del riesgo. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312.

³⁵⁰ ONSABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, 2002, pp. 161 ss. Parecido, GORES, *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, 1982, p. 90.

³⁵¹ ONSABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 162, remarcando que “[e]l hecho de que esta información no sea accesible directamente a nadie más que no sea el autor, no justifica ninguna incertidumbre fundamental, sino solo la incertidumbre forense de la evidencia.”

contenido informativo sea utilizado.³⁵² Ambos extremos son, no obstante, fácilmente identificables en un soporte fáctico dado. En suma, la relevancia causal de las aportaciones que se dirigen a afectar el lado cognitivo de la psique del autor [*kognitive Täterpsyche*] puede ser afirmada con total seguridad.³⁵³ De allí que SAMSON considere que en estos casos existe una “influencia intelectual” que aparece cuando “al autor le son impartidas instrucciones técnicas, que no atañen a su decisión misma de cometer el delito, sino que se refieren tan solo a la manera de llevarla a cabo.”³⁵⁴ Se trata de una estructura que “contiene los problemas de imputación menos significativos.”³⁵⁵

3. En efecto, cuando la doctrina hace referencia al problema de la causalidad psíquica, parece que lo hace vinculándolo a cuestiones volitivas. Entendido de esta manera, este constructo no ejercería papel relevante alguno en el ámbito del asesoramiento,³⁵⁶ puesto que el elemento central de este último residiría, de nuevo con SAMSON, en una “influencia intelectual” y no en una de carácter volitivo o motivacional (sin perjuicio de lo que pueda decirse más adelante para los casos de consejos dirigidos a reforzar o determinar a su receptor). Solo cuando se afecta la psique del autor en su faceta volitiva [*voluntative Täterpsyche*] —lo que ocurre, básicamente, en las categorías de la inducción y el apoyo moral— el análisis causal necesita de una especialización que no obedece a la misma estructura que en los casos de asesoramiento (afectaciones del lado cognitivo o intelectual). En efecto, en estos dos primeros supuestos, la cuestión estriba en la posibilidad de constatar una conexión fenoménica en atención a una naturaleza estrictamente volitiva. Este análisis implica una consecuencia problemática capital, a saber, la trascendencia en el hecho que puede presentar una influencia en la voluntad de su autor.³⁵⁷ Esta es una pregunta que solo puede formularse desde los tipos de complicidad e inducción.

³⁵² Por ejemplo, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 381, aceptando la suficiencia tanto de un “funcionalidad efectiva” (el empleo específico del bien —en este caso, el consejo— aportado) como de una “funcionalidad potencial”, lo que parece acercar el planteamiento a aquellas tesis que visualizan la complicidad como un delito de peligro.

³⁵³ OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, pp. 162 s. En contra, STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 94, indicando que a veces no es posible deducir si la información ha contribuido al éxito del comportamiento. Este último autor pone el siguiente ejemplo: *B* quiere entrar a robar en una casa, pero no sabe si hacerlo por la puerta trasera o por la delantera, a lo que *A* le aconseja que lo haga por la trasera, pues suele estar abierta. Para STEEN, en caso que *B* decidiera entrar por la puerta trasera, no se podría saber hasta qué punto la información vertida por *A* ha acabado afectando al hecho. En mi opinión, el consejo emitido por *A* puede constituir sin problemas, en el caso planteado, una condición necesaria de la explicación suficiente del comportamiento de *B*.

³⁵⁴ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, pp. 182 s.

³⁵⁵ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 183. Igualmente, CHARALEMBAKIS, *FS-Roxin*, 2001, p. 634; H. MAYER, *AT*, 1967, p. 160.

³⁵⁶ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 185. En la discusión angloamericana, también se entiende que los “discursos peligrosos” [*dangerous speech*], relacionados con cuestiones estrictamente motivacionales (en las que se incluyen, tanto los casos prototípicos de inducción, como los de incitación masiva), deben separarse de los “discursos facilitadores del delito” [*crime-facilitating speech*] (así, HOWARD, *Philosophy and Public Affairs*, (9999), 2019, p. 8, n. 13).

³⁵⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 252 s. En un sentido diferente, HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178, quien, a partir de una distinción entre “hecho” y “autor del hecho”, considera que las formas de participación deben distinguirse según su aportación afecte, o bien al “autor como sujeto del hecho o al hecho como ejecución de un acto del autor.” En el primer caso, incluiría la inducción y la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución, mientras que, en el segundo, a los actos asistenciales o favorecedores (vinculados al concepto “prestación de ayuda” [*Hilfeleisten*] inherente a la complicidad). Parecido, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173 s.

A su vez, plantearse la existencia de esta causalidad psíquicamente mediada nos obliga a identificar unas hipotéticas “leyes psíquicas” o, incluso, una “experiencia común” basada en los contactos psíquicos cotidianos. Ambos recursos deben ofrecernos la posibilidad de asentar una base explicativo-causal segura en la que subsumir la conexión entre la conducta motivadora, el comportamiento del autor y el propio hecho delictivo. Todo ello, además, debe compatibilizarse con la autorresponsabilidad inherente al receptor del influjo psíquico.

4. Conclusiones preliminares: una tipología de las formas de participación alternativa

1. Por todo lo explicado, no parecen existir razones de fondo para integrar en una misma estructura de intervención delictiva los casos de asesoramiento técnico junto con los de determinación y refuerzo de la resolución delictiva. Lo contrario, no solo supone alejarse de una focalización del problema de la motivación al delito, sino también de la posibilidad de aunar, en una misma sistemática, subestructuras de intervención unidas por un mismo significado material. Empero, es justamente este modo de actuar el que parece seguir la doctrina mayoritaria, estructurando un concepto de complicidad (y, por ende, de participación) psíquica con base en unas meras características naturalísticas (la dimensión psíquica, tanto de la aportación —conectada con cuestiones comunicativas—, como del resultado producido). Todas estas particularidades están desconectadas del específico significado de cada una de las formas de participación agrupadas como consecuencia de esta estructuración conceptual. En este sentido, lo único que parece importarles a la doctrina es que tanto los casos de determinación/refuerzo, como los de aportación de consejos técnicos, comparten una misma fisonomía externa. El problema es que dicha apariencia naturalística no aporta absolutamente nada a la hora de efectuar una desaprobación jurídico-penal de los supuestos en conflicto, pues ni siquiera la idea de la “causalidad psíquica” parece estar detrás de todos ellos.

2. En consecuencia, tampoco la segunda caracterización, relativa al resultado psíquico, permite estructurar de una manera completa un constructo adecuado para abordar el problema de la motivación al delito. De esta forma, este fenómeno requiere de un soporte analítico que permita tratar de manera unitaria su elemento consustancial, la motivación, a lo que no contribuyen las definiciones naturalísticas aportadas por la doctrina. Sobre estas premisas, entiendo que la estructuración de una tipología concreta de participación delictiva solo puede resultar de una adscripción de significado jurídico-penal desde una perspectiva *ex ante*. Por lo tanto, la operación no debe fijarse en la dimensión naturalística del comportamiento (elemento comunicativo) o en la clase de consecuencia fenoménica producto de su realización (elemento psíquico). El elemento central debe constituirlo el sentido criminal que se le puede atribuir a la conducta como forma de participación en el hecho delictivo. Solo así será posible definir la característica estructural de una conducta desaprobada como parte (periférica o estructural) del acontecimiento antijurídico ejecutado, en principio, solo por el autor.

3. Asentado lo anterior, paso a presentar sucintamente una nueva taxonomía de las formas de participación basada en este criterio. Entiéndase que las siguientes impresiones solo tomarán un sentido pleno cuando se contextualicen en un sistema de autoría y participación (mejor, de intervención) más definido. Ciertamente, la clasificación que presento se asienta fuertemente en la idea de que, en el ámbito de la intervención, el hecho delictivo debe concebirse como una obra colectiva fruto de las contribuciones de distintos agentes. De modo que solo después de confirmar la vinculación del sujeto con el acontecimiento antijurídico, puede valorarse la subsunción de su comportamiento en alguna de las formas de autoría o participación (inducción o complicidad) dispuestas por el Derecho positivo.³⁵⁸ Por lo tanto, el elemento central para una correcta tipología es el significado que la cuota del sujeto-interviniente presenta con respecto a la conjunta construcción del suceso delictivo. Esta caracterización debe resaltar las particularidades materiales que presenta el aporte en tanto que destinado a objetivarse en el hecho. Sobre esta premisa, entiendo que puede efectuarse una distinción entre “contribuciones motivacionales” y “contribuciones materiales”. En la primera categoría, incluyo todas aquellas conductas destinadas *prima facie* a impulsar o fomentar al receptor en lo que la comisión delictiva se refiere, en otras palabras, a motivarle. En la segunda, integro todas las aportaciones destinadas *prima facie* a contribuir en la construcción de la estructura física del hecho, entendida como el conjunto de elementos que permiten definir típicamente al suceso delictivo (actos facilitadores, actos ejecutivos, entre otros).³⁵⁹ Todo proceso de fundamentación y extensión de la prohibición de intervenir en un hecho delictivo debe partir, en mi opinión, de estas dos categorías. Luego de lo que se trata es de analizar si motivar a alguien puede objetivarse en el acontecimiento, ser parte de él como cuota de una obra conjunta —lo que está fuera de toda duda con respecto a las contribuciones destinadas a configurar su dimensión externa—. ³⁶⁰

4. Por el momento, puede valer esta sucinta presentación como alternativa a la distinción de la participación según su dimensión “psíquica” o “física” con base en los criterios indicados más arriba. Inclúyanse en esta intervención motivacional (del todo provisional) los comportamientos constitutivos de inducción y complicidad psíquica, respectivamente.³⁶¹ Más adelante, desarrollaré la

³⁵⁸ Lo que comporta un proceso de cuantificación de la intervención en el hecho delictivo. Desarrollo todas estas ideas *infra* Capítulo IV.

³⁵⁹ En un sentido similar, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 263, diferenciando dos fenomenologías de intervención, (i) “las que posibilitan o favorecen la puesta en práctica de una resolución de terceros, ya existente, en el sentido de llevar a cabo una conducta (dolosa o no) en menoscabo de bienes jurídicos” y (ii) “aquellas otras que despiertan o suscitan una resolución en tal sentido.”

³⁶⁰ Con esta distinción no quiero asumir la conclusión de HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178, según el cual “el refuerzo la provocación [de la resolución delictiva] pertenecen a la misma clase de categorías en la medida en que ambas se refieren al autor como sujeto del hecho y no —o al menos solo de forma indirecta a través de la resolución al hecho— el acontecimiento ejecutado por el autor.” Según esta idea, solo el partícipe “no motivacional” (según HRUSCHKA, el cómplice, que constituye “una categoría que aplicamos cuando se trata de participación de un tercero en un hecho”) estaría conectado con el hecho delictivo, mientras que el motivacional (en la terminología al uso, inductor y cómplice psíquico por refuerzo de la resolución) solo lo estaría indirectamente.

³⁶¹ De igual manera, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173 s.: complicidad psíquica e inducción son “la misma clase de participación (...) pertenecen a una misma forma de intervención. Aquella que no facilita la actividad delictiva, sino que actúa sobre la psique del autor principal” de tal manera que “hubiera sido más fácil redefinir el término

idea para abordar la desaprobación del fenómeno de la motivación al delito y su vinculación con el sistema de la intervención delictiva.

III. LA FUNCIONALIDAD DE LA RELACIÓN SISTEMÁTICA ENTRE LA INDUCCIÓN Y LA COMPLICIDAD PSÍQUICA

1. Dos categorías autónomamente configuradas

1. Los problemas de caracterización de la participación psíquica son, en realidad, fácilmente superables. Se trata de disponer de un soporte conceptual que permita captar el fenómeno de la motivación al delito. A estos efectos, una taxonomía de las formas de participación basada en el significado que estas presentan en la construcción colectiva del hecho puede ayudar a centralizar el problema. Sin embargo, de poco o nada sirve redefinir las clases de intervención para individualizar aquellas vinculadas a la motivación si la funcionalidad e interrelación de sus categorías con base en el entendimiento más asentado en la doctrina se presenta inestable. Con esto quiero decir que la inducción y la complicidad por refuerzo de la resolución, incluso desprendidas de los casos de asesoramiento técnico, no estructuran un soporte sistemático preciso por medio del cual canalizar la atribución de relevancia penal como forma de intervención a la motivación al delito. Ello ocurre pese a que ambas formas de participación psíquica puedan vincularse con el fenómeno objeto de este trabajo. El problema mencionado es la consecuencia de múltiples defectos presentes tanto en la propia concepción dogmática de cada respectiva categoría, como en su interrelación teórico-sistemática. Estas deficiencias son producto, a su vez, del hecho de que estos dos presuntos “extremos” de la participación psíquica hayan sido desarrollados de manera unilateral, sin tomar como punto de partida la motivación al delito.

2. En este sentido, en el ámbito de la inducción, la discusión se ha centrado únicamente en el descifrado semántico de los verbos utilizados por la legislación positiva, “inducir” (art. 28.a CP) y “determinar” (§ 26 StGB). Al partir de una definición típica legal, el debate no ha podido ir más allá del desarrollo de estas palabras. Por lo dicho, todo se ha acabado reduciendo a constatar qué debe entenderse por “inducir” o “determinar”, aislando la construcción teórica de un marco más amplio como el que nos brinda el fenómeno de la motivación al delito.³⁶² Sobre este particular, este último

inducción y sostener que ésta consiste en la creación de la resolución delictiva o el refuerzo de la ya presente.” Pese a que comparta esta vinculación, cuestión diferente es que pueda negarse tan rápidamente que un mensaje motivador no “facilita” el hecho (en el sentido de que no contribuye a su construcción).

³⁶² Como indica GERSON, «Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses - Teil 2 Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft», *ZIS*, (5), 2016, p. 296, las numerosas teorías *a priori* destinadas a fundamentar la inducción, no son más que maneras distintas de dotar de contenido al verbo típico “determinar”.

parece configurar un espacio de juego más extenso del que se deriva de las expresiones utilizadas por los preceptos citados.³⁶³

3. Por su parte, el desarrollo de la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución ha dado como resultado una estructura sobredimensionada. Al respecto, la idea de que determinados comportamientos están capacitados para afianzar la voluntad delictiva del autor produce una estructura con una capacidad para atribuir relevancia penal totalmente desorbitada. Con base en esta caracterización, la complicidad psíquica acaba asumiendo una función meramente instrumental, convirtiéndose en una herramienta idónea para incriminar conductas que, de entrada, no pueden subsumirse en otras formas de intervención o de preparación delictiva, entre otras. Si a ello se le une la contextualización de esta categoría en el marco teórico de la complicidad, lo único que se consigue es una estructura de participación cuya vinculación con la inducción escapa de obtener un fundamento claro. Frente a esta realidad, adherir a la complicidad psíquica la calidad de “*minus psíquico*” con respecto a la instigación no ofrece una mayor claridad. Ciertamente, de entenderse el auxilio moral como una estructura subsidiaria en la que incluir todas aquellas formas de motivación que no pueden integrarse en el ámbito de la inducción (bien por no cumplir con sus requisitos típicos, bien por presentar una promoción volitiva de menor intensidad), entonces, no se entiende qué papel debe jugar una suerte de cooperación necesaria psíquica.³⁶⁴ Una duda que se intensifica cuando se advierte la gran difusión histórica que ha tenido la petición de inclusión de una cláusula de atenuación facultativa para la inducción con el fin de subsumir supuestos cuya menor gravedad no justificaría su equiparación penológica con las formas de autoría.³⁶⁵

4. Frente a este compendio de puntos críticos, lo ideal sería que la participación psíquica (centrada en los supuestos de motivación al delito) nos ofreciera un constructo a través del cual poder (i) atribuir relevancia penal al fenómeno que aquí interesa, estableciendo los límites precisos de la prohibición, y (ii) cuantificar esta relevancia. En efecto, resulta igual de evidente —como mínimo, a un nivel estrictamente intuitivo— que determinados comportamientos motivadores merecen pena como que no todos merecen la misma pena que el autor. Sobre esta preconcepción, lo oportuno sería que la inducción subsumiera los supuestos más graves, mientras que la complicidad psíquica hiciera lo suyo con los menos intensos. Todo ello, partiendo de una premisa común al respecto del merecimiento general de pena de la motivación al delito y su vinculación con la estructura de la intervención

³⁶³ SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 26.

³⁶⁴ Lo que para los casos de aportación de consejos técnicos no supondría problema alguno, en los supuestos de refuerzo de la resolución pasaría a quebrar la aparente relación cualitativo-cuantitativa que la doctrina parece defender para relación la inducción con el apoyo moral. Sea como fuere, la cooperación necesaria psíquica ha sido planteada por ciertos sectores de la doctrina. Así, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ««Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación», *LH-Roxin*, 1997, p. 328. Pone el acento en la dificultad de su aceptación, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 172, n. 47.

³⁶⁵ Lo que, en principio, sería improductivo, pues si se define la complicidad psíquica como un “*minus psíquico* o motivacional”, esta tendría la capacidad para subsumir estos casos de incitaciones menos intensas. Otra cosa es que la relación entre inducción y refuerzo de la resolución deba entenderse desde otra perspectiva.

delictiva. No obstante, no parece que esta sea la herramienta que nos brinde la participación psíquica en la definición que para ella sostiene la doctrina mayoritaria. Tal y como señalaré, esta se ha convertido en un soporte para incriminar determinadas manifestaciones fenotípicas de la motivación (por un lado, la determinación al delito, por el otro, el refuerzo de la resolución) desconectadas de un pensamiento de base acerca de la relevancia penal que debe atribuirse a este mismo fenómeno. De allí que diga que la relación *cuantitativo-cualitativo* defendida por parte de la doctrina no sea del todo cierta.

5. Para con el desarrollo de esta crítica, es necesario centrarse en tres grandes problemas. En mi opinión, estos evidencian de manera muy gráfica los defectos referidos a la operatividad e interrelación de estas dos categorías: el sobredimensionado campo aplicativo de la complicidad psíquica (ap. 2), las dificultades que presenta el hecho de plantear una hipotética cooperación necesaria psíquica (ap. 3) y la cuestión sobre cuál es el tipo de relación sistemática que debe predicarse entre las dos formas de participación indicadas (ap. 4).

2. El carácter sobredimensionado de la complicidad psíquica y sus efectos en la estructuración de la participación psíquica

2.1. El apoyo moral como “cajón de sastre”

1. Como ha expresado de manera muy gráfica FUENTES OSORIO, la función sistemática de la complicidad psíquica en el marco de la teoría del delito es la de actuar a modo de “cajón de sastre”.³⁶⁶ A través de su caracterización como forma de refuerzo de la resolución delictiva, la doctrina ha logrado incluir en su marco de aplicación toda conducta dogmáticamente incapacitada para incluirse en alguna u otra forma de intervención (inducción, cooperación necesaria, complicidad “física”, coautoría) o adhesión post-ejecutiva (encubrimiento, receptación). De esta manera, la complicidad psíquica se reviste en lo teórico de un atavío conceptual que le permite proceder a modo de válvula de escape de todo el sistema. En efecto, todos los casos que se presentan como paradigmas de esta forma de participación comparten una característica común: el apoyo moral como estructura de intervención les es de aplicación con un papel fuertemente subsidiario frente a determinadas contingencias de impunidad.³⁶⁷ A este respecto, ténganse en cuenta los ya referidos casos de

³⁶⁶ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 175.

³⁶⁷ La idea es muy visible en KUDLICH, «Anforderung an die Beihilfe», *J-A*, (4), 2007, p. 311, indicando que en aquellos casos de complicidad física donde se cuestiona el elemento de la causalidad, esta situación “no conduciría necesariamente a la impunidad (...) incluso cuando el peligro no se materializa en última instancia”, pues el comportamiento del cómplice siempre puede haber “fortalecido [al autor] en el sentido de complicidad psíquica.” Este 'temor' a la impunidad con respecto a comportamientos que aparentan relevancia penal –como mínimo, a un nivel intuitivo– pero que no pueden desaprobarse por la existencia de determinados impedimentos estructurales; es un 'sentir general' que siempre acompaña a la aplicación subsidiaria del apoyo moral. Como tendré ocasión de comentar, el intento de cubrir estas 'lagunas de punibilidad' es el *Leitmotiv* de la complicidad psíquica en su dimensión volitiva.

encubrimiento anticipado y las promesas de favorecimiento posterior, los supuestos de complicidad intentada por la no utilización del bien entregado previamente al autor, los de “mera presencia en el lugar de los hechos” o los casos de inducción dirigida a un *omnimodo facturus*. En los cinco ejemplos dispuestos, la complicidad psíquica consigue subsumir en un ámbito de relevancia penal conductas *a priori* impunes. Con ello se logra un efecto de “salvamento de la tipicidad” de comportamientos que, en estricta aplicación de determinados constructos dogmáticos (p.ej., el fundamento causal de la tipicidad de la conducta del cómplice por “medios físicos” en el señalado caso de tentativa) —que no tienen por qué compartirse aquí— o legales (p.ej., el criterio cronológico del art. 451 CP), deberían considerarse atípicos o, como mucho, castigados en menor medida a través de determinadas estructuras incriminadoras, o bien de la preparación delictiva,³⁶⁸ o bien de la desatención de los deberes intersubjetivos de solidaridad.³⁶⁹

2. En el ámbito de la complicidad “física”, SAMSON ha remarcado esta misma impresión. Según este autor, la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución permite castigar automáticamente un comportamiento que debería quedar impune en tanto que tentativa de complicidad.³⁷⁰ Efectivamente, la concepción altamente naturalística de esta forma de participación que parece defender parte de la doctrina obliga a establecer una conexión causal entre, por un lado, el aporte tangible emitido por el eventual cómplice, y, por el otro, un resultado típico caracterizado en términos estrictamente fácticos (muerte, lesión, etc.).³⁷¹ En aquellos casos en los que no es posible afirmar este extremo (recordemos: en los que el receptor de la aportación no hace uso de esta), se trae a colación la complicidad psíquica para “encontrar” en el ámbito de lo motivacional aquello que no puede identificarse en el mundo de las “cosas tangibles”, a saber, un proceso de reforzamiento o estabilización de la resolución al hecho delictivo del ejecutor del injusto.³⁷² Esta operatividad solo pone en evidencia que la complicidad psíquica se acaba convirtiendo en un “tipo de recogida”.³⁷³ Esta característica no se presenta en exclusiva en los supuestos de complicidad física intentada, pues se manifiesta igualmente en todas aquellas estructuras dogmáticas que, en el caso en concreto, presentan impedimentos estructurales para con su propia aplicación. Principalmente, los casos de favorecimiento posterior al hecho delictivo y los de mera presencia en el lugar.

³⁶⁸ Como sucede en el caso de la tentativa de inducción, por todos, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 176.

³⁶⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 257.

³⁷⁰ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad* (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 178: “se admite la complicidad al menos psíquica, cuando fracasa la prueba de la causalidad física entre el aporte del cómplice y el resultado del hecho principal” lo que conduce a “simplificar la prueba”.

³⁷¹ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 283 ss., ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 275 ss., entre otros.

³⁷² En otras palabras, a falta de una “causalidad física”, se identifica una “causalidad psíquica”. Así, críticamente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

³⁷³ SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal* (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 178. Igualmente, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, 2001, p. 20, indicando que ello “comporta un peligro para la seguridad jurídica”.

3. En lo que al encubrimiento anticipado se refiere, CHARALEMBAKIS sigue una crítica parecida. En su opinión, resulta sorprendente que la relevancia penal de una “una ayuda posterior a los hechos (que por sí misma no constituiría en modo alguno complicidad, sino a lo sumo un encubrimiento no punible) se haya adelantado temporalmente sobre el argumento del fortalecimiento de la decisión (...) y, por lo tanto, sea punible como complicidad al hecho principal.” Ello implicaría “serias dudas de constitucionalidad” en tanto que desvío ilegítimo del concepto de favorecimiento posterior al hecho.³⁷⁴ En un sentido similar y con respecto las promesas de encubrimiento, RUIZ RODRÍGUEZ argumenta que con la complicidad psíquica solo se consigue castigar, sin ningún tipo de base legal, una conducta que debería considerarse atípica.³⁷⁵ De esta manera, la “existencia de acuerdo previo convierte siempre en participación esta conducta.”³⁷⁶ Estas ideas ofrecen una nítida imagen del problema mencionado: las complicaciones estructurales para aplicar los tipos de encubrimiento o receptación abren la puerta a convertir tanto la aportación *a priori* atípica en tanto que forma de complicidad física como la promesa de favorecimiento posterior en contribuciones penalmente relevantes. Con ello, no solo se posibilita redirigir al ámbito de la tipicidad conductas que en principio no presentan tal característica, sino también reconducirlas al marco de la configuración del hecho como formas de intervención (o de realización de los tipos de participación, según se quiera), obligando con ello a la asunción de todas las consecuencias dogmáticas.³⁷⁷ Esta operación se produce frente al hecho de que dichos comportamientos, provisionalmente, solo parecen presentar relevancia con respecto, o bien a un favorecimiento posterior a la consumación del delito, o bien a una lesión del bien jurídico “Administración de Justicia”. Por lo tanto, basta la simple referencia a la abstracta e indeterminada idea del refuerzo motivacional para acabar identificando un significado penal en un aspecto que parece trascender el sentido primario de la conducta del llamado a ser encubridor o receptor.³⁷⁸

³⁷⁴ CHARALEMBAKIS, *FS-Roxin*, 2001, p. 635. En contra, ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 283: “lo cierto es que la perspectiva de consecuencias favorables que se producirá sólo después del hecho (p.ej., una recompensa), puede perfectamente dar ya alas al autor durante el hecho y en tal caso es una cooperación.” Sobre este aspecto, no niego que, en términos estrictamente psicologicistas, una promesa de favorecimiento posterior pueda incrementar los motivos delictivos del futuro autor del hecho. No obstante, se echa en falta una mayor concreción del criterio que permite convertir esta comunicación con relevancia motivacional en un acto de acoplamiento al acontecimiento delictivo. La alusión a un proceso de “refuerzo de la resolución” puede encerrar una “presunción de participación” (así, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430).

³⁷⁵ RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, pp. 63 ss.

³⁷⁶ RUIZ RODRÍGUEZ, *El delito de encubrimiento*, 2001, p. 64. En un sentido similar, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 430 ss., aunque acaba relativizando que la incriminación de estos casos comporte irremediabilmente una vuelta a la doctrina del acuerdo previo (n. 936).

³⁷⁷ Siguiendo la doctrina clásica: contribución a lesión del bien jurídico perpetrada por el autor, principio de accesoriedad limitada de la participación, equivalencia penológica con el autor en caso de inducción y cooperación necesaria, entre otras.

³⁷⁸ Como indica críticamente CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, 1955, p. 125, la doctrina aboga por “otorgar eficacia causal a aquel concierto previo y considerando más que la conducta, el pacto anterior, [estimando] que la responsabilidad de quien así obraba era la propia de un partícipe en el hecho principal, retrotrayendo la eficacia del acto al instante de su oferta y valorando como efectiva la posible influencia de esa oferta en la resolución de los ejecutores.”

4. Pero la complicidad psíquica no solo consigue transformar en consumada una participación intentada o redirigir al estadio de la configuración del injusto prestaciones o promesas de favorecimientos futuros que, de cristalizarse en un plano fáctico, merecerían la calificación de adhesiones post-consumativas (encubrimiento o receptación). Amén de estos casos, esta estructura también posibilita reconfigurar lo que en apariencia supone la infracción de un deber positivo general de solidaridad intersubjetiva³⁷⁹ en un deber negativo basado en el principio “*neminem laedere*” (no lesiones a los demás).³⁸⁰ Este fenómeno es el que acontece en los casos de “mera presencia en el lugar de los hechos” debido, principalmente, al tratamiento que la jurisprudencia alemana les ha dedicado.³⁸¹ De nuevo, la simple mención a la vaga idea del refuerzo motivacional, derivada a su vez de una argumentación simplista del tipo “*cualquier persona que se dirige a cometer un delito acompañada por un tercero se siente reforzada o animada moralmente a cometerlo*”, faculta un incremento sustancial de la intensidad del programa de deberes de dicho tercero. Así pues, el mandato primario de efectuar prestaciones con el fin de contribuir a la mejora colectiva del mundo (solidaridad) muta de manera automática en un acto personal de organización sobre la esfera jurídica de protección de la víctima, posibilitando la imputación objetiva del resultado lesivo.³⁸² De esta manera, quien *a priori* ostenta la condición de ciudadano frente a la víctima (en tanto que miembro de la comunidad), se convierte en responsable de su esfera jurídica, permitiendo que aquella le pueda exigir una prestación fuerte.³⁸³ Esta operación se realiza con base en el mero dato fáctico de estar presente en el mismo escenario en el que se encuentra el ejecutor del acto ilícito, del que se desprende automáticamente un efecto motivacional determinado.

5. De este conglomerado de ejemplos puede extraerse la siguiente conclusión: la complicidad psíquica compensa los defectos ínsitos en otras estructuras de imputación. De una manera más gráfica, la estructura del refuerzo moral asume una función de “cortafuegos” frente a las provisionales conclusiones lógicas de atipicidad desprendidas del entendimiento dogmático de determinadas formas de participación y demás delitos de la Parte Especial mínimamente vinculados con dicho marco teórico. Consiguientemente, aquello que en principio debería considerarse atípico o subsumirse en

³⁷⁹ En la concepción de ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, (4), 2013, pp. 4 s., 6, por la que se entiende que la infracción de deberes positivos no da lugar a la imputación del resultado lesivo al presuponer un “programa (...) de protección del mundo de los bienes y derechos” de distinta intensidad que los deberes negativos, basados estos últimos en “*actos de gestión sobre las esferas jurídicas ajenas*” (véase, en concreto, p. 6, con cursivas en el original). En contra se sitúa la concepción jakobsiana clásica, donde los deberes positivos, según determinadas circunstancias, sí pueden dar lugar a la imputación de la lesión. Por todos, JAKOBS, «Teoría y *praxis* de la injerencia», *ADPCP*, (52), 1999, pp. 17 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», *CPC*, (68), 1999, pp. 347 ss.

³⁸⁰ Al respecto, por todos, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 85 ss.

³⁸¹ Véase *supra* Capítulo I, ap. V.3.5.b.i.

³⁸² Sobre esta distinción, véase, ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, pp. 5 s.

³⁸³ ROBLES PLANAS, *InDret*, (4), 2013, p. 5.

una estructura de menor expresividad es dotado de una relevancia *ad-boc* mediante la complicidad psíquica. En definitiva, esta última se acaba convirtiendo en un mero recurso práctico.

2.2. La complicidad psíquica como estructura expansiva

1. La capacidad de esta forma de participación para superar la inaplicación de otras estructuras dogmáticas se depende de su propia caracterización extensiva. Efectivamente, al centrarse en la idea del fortalecimiento de la decisión delictiva, la definición doctrinalmente asentada consigue que cualquier aportación de un tercero mediatizada por el ejecutor pueda incluirse en su campo de aplicación. Pues también, como indica ROXIN, “el asesoramiento técnico e incluso el suministro de instrumentos para el hecho operan asimismo sobre el acontecer del hecho solo pasando por la mente del autor, y por tanto de modo primario son influencias sobre el autor.”³⁸⁴ Ciertamente, siguiendo a ROBLES PLANAS, “podría llegar a afirmarse que toda aportación prestada con anterioridad a la fase ejecutiva está mediada psíquicamente en tanto que queda en manos de quien recibe la aportación llevarla a término.”³⁸⁵ En este sentido, acogiendo las palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “toda complicidad es psíquica.”³⁸⁶ En efecto, si su núcleo conceptual reside en la mera alusión a una “influencia en la resolución criminal” [*Beeinflussung des Tatentschlusses*], incluso restringida a un efecto motivador concreto, casi cualquier forma de comportamiento puede integrarse en su ámbito de aplicación: desde la propia asistencia técnica, hasta la mera entrega de objetos, incluso aquellos que se presentan *ex ante* inidóneos para con la configuración físico-objetiva del injusto.

2. Tomemos como ejemplo un caso de complicidad “física”: imagínesse un ladrón pusilánime que, temeroso de la oscuridad, le pide una linterna a su vecino para entrar a robar de noche en una antigua mansión. Es innegable que esta aportación, aunque difícilmente podría integrar el campo de la complicidad “física” por las dificultades de adscribirle un específico carácter peligroso desde la óptica de los criterios de desaprobación típica, genera un efecto anímico en la psique del autor que inevitablemente refuerza su resolución delictiva.³⁸⁷ Pero no solo contribuciones de difícil adscripción de peligro objetivo producen estos efectos. Repárese en la entrega de cualquier objeto o instrumento idóneo para con la realización del resultado como, por ejemplo, un arma de fuego, una ganzúa o un chaleco antibalas. Difícilmente puede negarse que cualesquiera de estas tres aportaciones no generan a su vez un “efecto psíquico” en forma de refuerzo motivacional. Basta con que el futuro ejecutor “se deje en casa” lo aportado y de inicio a la ejecución del delito pensándose que dispone de estos

³⁸⁴ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 286, sin perjuicio de que después tengan una repercusión en el hecho, lo que podría ocurrir también con los casos de refuerzo motivacional (p. 287). De igual modo, OTTO, *FS-Lenckner*, 1998, p. 198

³⁸⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 252, n. 199.

³⁸⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 431, n. 938.

³⁸⁷ Parecido, FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, indicando que la aportación de un instrumento idéntico del que ya dispone el receptor podría llegar a incriminarse por reforzar la resolución de este.

elementos para sustentar una desaprobación penal con base en este “efecto motivacional asociado”. Es más, incluso un consejo técnico —considerado, tal y como se ha indicado, como un caso prototípico de complicidad psíquica según la doctrina— puede producir estos mismos efectos volitivos con independencia de su efectiva utilización, pudiendo integrar también la modalidad del apoyo moral.³⁸⁸ Ciertamente, el obligado tributario asesorado por un experto en la materia, por poner un ejemplo, puede sentirse perfectamente reforzado en su determinación dirigida a defraudar a la Hacienda Pública.³⁸⁹

3. Recuperando la idea de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, no es solo el hecho de que toda complicidad pueda reputarse como psíquica, sino que todo comportamiento que implica un contacto espiritual entre dos personas tiene la capacidad de reconfigurarse como una actividad con repercusiones motivacionales. Entonces, toda “complicidad” *motiva*. En otras palabras, toda aportación que produce un impacto en la esfera espiritual del ejecutor del hecho, independientemente de la posibilidad de su objetivación en el acontecimiento antijurídico, trae consigo un *efecto motivador concomitante*. Esta idea puede estructurarse de la siguiente manera: cualquier conducta dirigida a contribuir a la configuración del riesgo objetivamente típico del hecho o a un favorecimiento posterior realizada en el marco de un contacto espiritual de la clase “persona de atrás-persona de delante” (esto es, en el contexto de una “comunidad de voluntades” [*Willensgemeinschaft*])³⁹⁰ presenta simultáneamente un impacto motivacional en forma de refuerzo o estabilización de la resolución delictiva. Por lo tanto, en caso de no poder atribuir relevancia penal a este comportamiento por su “efecto primario” (contribuir al hecho o favorecer al autor con posterioridad),³⁹¹ el castigo se fundamentará en este “efecto secundario” de tipo motivacional. Por mucho que la aplicación de esta estructura se condicione a que la influencia psíquica trascienda en el hecho —básicamente, aumentando las probabilidades de

³⁸⁸ De la misma opinión, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 355: “(...) la asistencia técnica, al tiempo que el ejecutor toma consciencia, es también un fortalecimiento moral de su voluntad y, por lo tanto, una asistencia intelectual” (entiéndase “intelectual”, no por el incremento de sus facultades cognitivas con respecto al hecho delictivo, sino por su promoción volitivo-motivacional). Igualmente, MALLISON, *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, 1979, p. 21, relacionando la aportación de información con una afectación de la situación emocional del receptor que posibilita una rebaja de su temor ante la futura aflicción penal.

³⁸⁹ Lo que produce una paradoja: la complicidad psíquica acaba convirtiéndose en una estructura subsidiaria con respecto a la propia complicidad psíquica. Esta situación solo remarca que las dos estructuras tradicionalmente incluidas en su campo de aplicación (apoyo moral y asesoramiento) solo están unidas por su *fisonomía externa*, no así por su *contenido*.

³⁹⁰ EBERT, AT, 3ª, 2001, p. 214, algo que no se exige para los casos de participación física. Así, por ejemplo, BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva*, 2001, p. 25: “[q]uien impidiendo que el propietario descubra un robo que se está llevando a cabo, o quien agarra al policía que trata de detener al ladrón en el momento de realizar el delito, también realiza una cooperación en el delito si el ladrón, por ejemplo, no se da cuenta (...) de la intervención del ayudante”; sin perjuicio de que estos casos puedan darse en un contexto equivalente y, por esta razón, acabar subsumidos en el ámbito de la complicidad psíquica por fortalecimiento de la decisión. Así, basta que el (futurible) autor se “dé cuenta” de la intervención, para traer a colación la complicidad psíquica en caso de aparición de algún “defecto dogmático” que impida incriminar el (en principio) aporte físico o ejecutivo.

³⁹¹ O, como ocurre en los casos de “mera presencia en el lugar”, sin necesidad de valorar la viabilidad de subsumir el supuesto en algún tipo de omisión pura vinculado a los deberes intersubjetivos de solidaridad.

ejecución través de la constatación de un refuerzo efectivo—,³⁹² esta exigencia podrá identificarse casi siempre con un ligero esfuerzo argumentativo. Ciertamente, la porosidad de la expresión “refuerzo de la resolución” implica que muchos contactos comunicativos puedan señalarse como generadores de estos efectos estabilizadores adicionales.³⁹³

4. A través de esta operatividad, la doctrina dispone de una herramienta para cubrir determinadas “lagunas de punibilidad”. El primer problema que esto suscita es que estas últimas no son sino la consecuencia lógica de determinadas construcciones dogmáticas. De esta manera, parece complicado denominar “laguna de punibilidad” a un espacio de atipicidad al que se arriba por la estricta aplicación de unas estructuras teóricas derivadas del entendimiento dogmático de una u otra forma de participación o adhesión post-ejecutiva. Al respecto de esta última apreciación, recuépese el ejemplo de las llaves en el marco de la denominada complicidad “física” intentada.³⁹⁴ Si parte de la doctrina exige la efectiva utilización del instrumento por parte del receptor-ejecutor con tal de evidenciar una relación de causalidad, entonces no es comprensible que se califique como laguna de punibilidad el espacio de atipicidad resultante de la aplicación de esta tesis. En todo caso, nos encontramos ante la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado, por lo que no es posible afirmar la desaprobación *ex post* del comportamiento sobre la base del presupuesto teórico que dota de contenido este mismo juicio de tipicidad. Por lo dicho, este espacio de “impunidad” debería reputarse, en todo caso, como correcto, en tanto que consecuencia lógica de la aplicación de una determinada comprensión dogmática. Si el fruto práctico de esta teoría debe ser denominado en estos términos (pese a que esta calificación se realice de manera velada), ello solo significa que la teoría no alcanza a ofrecer una solución global al problema.³⁹⁵ El recurso a la complicidad psíquica por fortalecimiento

³⁹² PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 106: “la ayuda causal durante el delito solo puede suponerse si el autor se siente conscientemente animada por la influencia durante su ejecución y eso facilita al menos la realización del mismo.” Igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 433, exigiendo que puedan probarse actos de influjo; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173, lo que ocurrirá cuando se eliminen escrúpulos y dudas, aportando nuevos motivos o creando en el autor una sensación de mayor seguridad, pues solo en estos casos se puede constatar que el refuerzo “contribuyó decisivamente las posibilidades de lesión del bien jurídico (porque reduce la posibilidad de que el sujeto abandone la resolución de cometer el delito) (p. 176).”

³⁹³ MURMANN, *Pf*, (53), pp. 163 s., indicando que la concurrencia de un refuerzo de la resolución deberá extraerse de máximas de experiencia. De allí indica que “su ausencia suele ser más bien la excepción, pero puede suceder, por ejemplo, cuando la toma de postura de la persona que aprueba está desprovista de toda trascendencia desde la perspectiva del autor.”

³⁹⁴ Caso 1.

³⁹⁵ No son pocos los autores que han denunciado que la exigencia de una relación de causalidad como requisito para la constatación de la imputación objetiva del resultado en sentido estricto no es teóricamente aceptable, en tanto que la “relación de sentido” entre el comportamiento *ex ante* desaprobado y el resultado típico debe confirmarse en términos normativos, no aludiendo a elementos naturalísticos. Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. ss. Destaca en este ámbito el problema suscitado por el *caso de la Colza*, en el que el tribunal imputó los resultados lesivos pese a que no se pudo confirmar pericialmente esta relación de causalidad, por lo que se acabó aludiendo a una relación probabilística conformada por determinadas correlaciones estadísticas.

de la resolución solo se presenta, en consecuencia, como un “parche” para salvar una construcción teórica que, en uno de sus flancos, parece hacer aguas.³⁹⁶

5. Pero incluso frente a espacios de atipicidad consecuencia de la aplicación de determinadas reglas legales, donde sí es posible hablar en términos de “laguna de punibilidad”, el recurso subsidiario de la complicidad psíquica trae consigo graves problemas. Así pues, en el ámbito del encubrimiento anticipado y de las promesas de encubrimiento, recurrir al “cajón de sastre” del apoyo psíquico para superar el impedimento cronológico no deja de ser una opción “para salir del paso”. Ello, en el contexto de un problema cuya solución, en principio, debería plantearse en términos de reforma del Código penal. Ciertamente, escudarse en esta forma de participación con la simple alusión a la holgada expresión del “refuerzo motivador”, pese a salvar la tipicidad en el caso en concreto, trae como consecuencia una peligrosa rotura del dique. Esto último en la medida en que se acaba confirmando que a (cuasi)cualquiera aportación mediatizada por un tercero le es inherente un efecto estabilizador concomitante o asociado. Entonces, pocos reparos podrían ponerse a la posibilidad de calificar como cómplice psíquico al conspirador que, en el momento acordado para la realización del injusto, no se presenta en el lugar de los hechos;³⁹⁷ al sujeto que había prometido la entrega de un instrumento idóneo para realizar el delito en un momento concomitante a su ejecución pero que se olvida finalmente de hacerlo, no impidiendo, sin embargo, que el eventual destinatario realice el ilícito; o al asesor mediocre que aporta un consejo inútil al autor de un delito que, pese a observar su inidoneidad en el momento de su ejecución, acaba solucionando su realización “sobre la marcha”. El efecto motivador parejo a estos comportamientos, identificable con un mínimo esfuerzo argumentativo,³⁹⁸ permite, ya no solo superar la atipicidad³⁹⁹ o el castigo a través de una estructura de incriminación de menor expresividad,⁴⁰⁰ sino también —y esto es lo más importante— vincular a los sujetos con el

³⁹⁶ O una “vía de escape”, tal y como la define ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 252. Igualmente, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430, quien considera que la complicidad psíquica puede “constituir simplemente una ‘airosa salida’ para los casos de difícil o imposible prueba de la cooperación; esto es, una falta de prueba.”

³⁹⁷ Con mayor razón si se parte de que el fundamento de la conspiración reside en una suerte de “inducción recíproca” basada en el poder sugestivo que ejercen los que integran el “proyecto delictivo”. Así, CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4.I CP (Los actos preparatorios de la participación)*, 1978, pp. 18, 23 ss. Parcialmente en contra, FARRÉ TRAPAT, «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1997)», *ADPCP*, 1992, p. 727, indicando que hay otros aspectos que permiten explicar la incriminación de la conspiración sin obviar la existencia, en algunos casos, de una “presión motivacional” dado el carácter sub-cultural de la estructura en la que están insertos los sujetos. Fíjese que, de entenderse que toda conspiración produce un “refuerzo moral” que permite atribuir responsabilidad como cómplice, sería indiferente para el conspirador participar activamente o no en el delito proyectado: salvo que se retirara este “aporte motivacional” (p.ej., a través de una comunicación definitiva relativa al abandono del proyecto delictivo común), el inicio de la tentativa del hecho previamente programado ya permitiría castigar a todo conspirador, como mínimo, como cómplice psíquico.

³⁹⁸ Aludiendo a meras “máximas de experiencia” en lo que se refiere a nuestra predisposición motivacional diaria. Más sobre esto *infra* capítulo III, ap. VI.3.2.

³⁹⁹ Caso de la entrega fallida del instrumento idóneo y de la aportación del consejo inútil, por falta, en ambos supuestos, de desaprobación *ex ante* del comportamiento (en lo que se refiere a la configuración de la dimensión objetiva del injusto, los dos sujetos “no han hecho nada”).

⁴⁰⁰ Caso del “desistimiento virtual” de la conspiración. Siguiendo a la doctrina mayoritaria, la validez del desistimiento en este acto preparatorio depende de la existencia de un “esfuerzo serio” para evitar la consumación, en aplicación analógica *in bonam partem* del art. 16.3 CP. Por todos, FARRÉ TRAPAT, *ADPCP*, 1992, p. 724, limitándolo a la neutralización de la

hecho delictivo a modo de intervinientes. Esto último, porque tanto la promesa incumplida, como el consejo inservible, han contribuido a empujar subjetivamente al agente hacia el delito. Resulta así que, en definitiva, cualquier “toma de contacto” por parte de un tercero con el futuro delito a través de su eventual ejecutor, por muy espontánea y mínima que pudiera parecer, tendría la capacidad de fundamentar para aquel una responsabilidad por todo aquello que acabara ejecutando el autor.⁴⁰¹

6. Establecidas estas ideas, tampoco es de recibo el camino que una parte de la doctrina utiliza para resolver algunos supuestos sin necesidad de mencionar (expresamente) aparentes efectos motivacionales. Hago referencia, principalmente, a los casos de “mera presencia en el lugar”. En estos, algunos autores limitan la mutación de un deber positivo a uno de negativo solo cuando existe una predisposición de actuación “a favor del autor”.⁴⁰² Ciertamente, aunque dicha solución permite desligar *a priori* la relevancia penal de dicho comportamiento del abstracto constructo del “refuerzo anímico o moral”, redirige aquella a un punto no menos problemático como lo es el del “acuerdo previo”.⁴⁰³ En efecto, pese a la existencia de un consenso doctrinal y jurisprudencial sobre el hecho de que dicho *pactum sceleris*, por sí solo, no permitiría imputar el hecho delictivo a título de coautor,⁴⁰⁴ el mismo reaparece con idéntica voracidad incriminatoria para producir esta imputación a título de complicidad por la mera existencia de un contacto espiritual del que es posible extraer un mínimo “reparto de roles”.⁴⁰⁵ Es más, podría decirse que detrás de la gran mayoría de las disquisiciones acerca del “refuerzo motivacional”, existiendo o no este reparto de tareas, se esconde opacamente cierta reminiscencia a la construcción jurisprudencial española del “acuerdo previo” como fundamento para atribuir responsabilidad penal al sujeto que no contribuye en la fase ejecutiva del delito. En efecto, el hecho de que esta consecuencia anímica o moral (como efecto concomitante o no) se identifique siempre en caso de una “comunidad de voluntades”, hace pensar que aquella denostada teoría sigue vigente con la misma habilidad expansiva.⁴⁰⁶ “Refuerzo moral” y “acuerdo previo” se acaban

específica aportación del conspirador. En el caso expuesto en el cuerpo del texto, se realiza un mero “no estar presente” en el momento acordado, lo que en principio no cabría como comportamiento idóneo de desistimiento. No obstante, la “conversión” de la aportación efectuada en fase preparatoria en un acto de “refuerzo motivacional”, permite vincular al sujeto con el hecho delictivo a título de cómplice (psíquico). Estamos ante un “desistimiento” inválido para la conspiración, pero castigamos como partícipe al sujeto.

⁴⁰¹ Como indica SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 432: “la idea de reforzamiento de la decisión opera como un *topos* conceptual idóneo para apreciar cooperación.”

⁴⁰² Véase las referencias supra Capítulo I, ap.

⁴⁰³ GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992», *LH-Juan del Rosal*, 1993, p. 526.

⁴⁰⁴ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 41. Sobre la evolución histórica de esta teoría, véase GIMBERNAT ORDEIG, «Crítica a la doctrina jurisprudencial del “acuerdo previo”», *ADPCP*, (19-1), 1966, pp. 15 ss.

⁴⁰⁵ No niego que este “reparto de roles” pueda tener una importancia a la hora de atribuir responsabilidad jurídico-penal en estos casos. Sea como fuere, este debe extraerse, no de un “pacto previo”, sino de un análisis objetivo del papel del sujeto en el contexto fáctico en el que el ejecutor realiza el delito, con independencia de la existencia o no de un contacto espiritual. Vuelvo a este punto *infra* Capítulo VI, ap. IV.5.5.

⁴⁰⁶ En contra, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430, n. 936, para quien, en el caso de las promesas de encubrimiento, su castigo como forma de complicidad “no supone necesariamente tal retorno a la denostada doctrina del acuerdo previo, sino más bien puede evitarla, pues si se define que la promesa de encubrir se sanciona como cooperación (necesaria o no) se está cerrando la posibilidad de coautoría.”

conjugando, en definitiva, en un peligroso palimpsesto capacitado para ligar al hecho delictivo a cualquier individuo que, pese a no contribuir activamente durante la fase ejecutiva (bien porque su aporte se realiza de manera previa y tampoco puede vincularse *prima facie* con la configuración del hecho, bien porque permanece en aquella sin hacer nada), se ha puesto en comunicación con su futuro ejecutor, expresando una cierta “predisposición” con respecto a su objetivo delictivo. Ciertamente, en apoyo de la imprecisa construcción del “refuerzo anímico”, la comunicación de una predisposición de actuar puede ser incluida, sin muchas dificultades argumentales, en el proceso mental de su receptor a modo de *input* motivador consecuencia de un pacto previo (como mínimo, implícito).

2.3. Sobre la necesidad de revisar la estructura del refuerzo de la resolución

1. La conclusión que se extrae de las anteriores reflexiones es que la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución delictiva constituye, ante todo, un mero instrumento frente a determinados defectos dogmáticos. Así pues, no es tanto el hecho de que se castigue el apoyo moral en tanto que forma idónea de contribuir a la lesión del bien jurídico protegido por la norma (o a la infracción de esta misma norma). Al contrario, lo que ocurre es que, con la excusa de esta etiqueta abstracta, se consigue disponer de una herramienta adecuada para vincular a un sujeto con un acontecimiento antijurídico ejecutado por otro pese a que existan impedimentos estructurales para hacerlo con base en lo que constituye *prima facie* su específica aportación al hecho (entiéndase, desde la entrega de un bien idóneo para la consecución del resultado típico, hasta la emisión de una promesa de intervención futura, pasando por el asesoramiento técnico; esto es, cualquier clase de aportación destinada a contribuir en la configuración de la dimensión externa del hecho ejecutado por el eventual receptor o a un hipotético favorecimiento post-consumativo).

2. A este respecto, como indica SATZGER, la complicidad psíquica no puede convertirse en “una alternativa para todos aquellos hechos que no pueden ser subsumidos bajo ninguna otra forma de participación.”⁴⁰⁷ Por el contrario, es necesario encontrar un específico fundamento para el concreto caso del fortalecimiento moral, vinculado, además, a la propia fundamentación jurídico-penal de la incriminación de los comportamientos motivadores. Una superestructura fenoménica respecto de la que ese mismo fortalecimiento aparenta ser una categoría concreta. Esta fundamentación debe

⁴⁰⁷ SATZGER, «Teilnehmerstrafbarkeit und “Doppelvorsatz”», *Jura*, (7), 2008, p. 515, remarcando la necesidad de “examinar cuidadosamente si el cómplice realmente facilitó la ejecución del delito por medio de consejos, alientos al autor u otro apoyo espiritual”, indicando también que la mera presencia en el lugar no es suficiente, pues, de lo contrario, cualquier “actitud puramente hostil sería punible.” Esta impresión es compartida por otros autores, p.ej., FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 176, abogando por la desaparición de esta figura o, en todo caso, su limitación a casos muy concretos; GAEDE, «Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme - Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB», *JA*, (11), 2007, p. 759; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 105. Igualmente, OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 178, quien considera que la complicidad psíquica es una “disposición o tipo general” [*Auffangtatbestand*] en el sentido de que cubre todos aquellos casos que no pueden ser subsumidos en una disposición más especial.

impedir, igualmente, que el apoyo psíquico se convierta en un mero recipiente salvador de la tipicidad en el caso de que exista una “comunidad de voluntades” [*Willensgemeinschaft*] entre cómplice y autor. Por el contrario, es vital responder por qué un sujeto merece pena por reforzar la predisposición hacia el injusto de un tercero cuando dicha intensificación motivadora se presenta como el sentido unívoco del comportamiento de dicho sujeto. De ello se deriva la necesidad de limitar (y fundamentar materialmente dicha limitación) el “recurso práctico” de la complicidad psíquica cuando dicha intensificación moral no parece más que un efecto colateral del acontecer del agente (“efecto motivador concomitante”).⁴⁰⁸ Todo lo dicho, con el fin de impedir que esta estructura de participación adquiriera un papel meramente *instrumental* y, consecuentemente, poder armar para ella una función *fundamentadora* y *cuantificadora* de la relevancia jurídico-penal de un determinado comportamiento motivador.

3. En mi opinión, la superación de estos inconvenientes pasa por aportar criterios normativos más seguros que consigan superar la construcción naturalística del “refuerzo de la resolución”.⁴⁰⁹ En efecto, la porosidad de esta expresión implica una alta inseguridad a la hora de constatar efectivamente la existencia o no de una contribución típica en el delito. Por mucho que la doctrina limite su operatividad a una comprobación de la efectividad de la influencia en la psique del sujeto,⁴¹⁰ al final, su verificación dependerá de la interpretación subjetiva del operador jurídico. Sobre este punto, considero que las remisiones al mundo de “lo motivacional” no sirven más que para rebajar las exigencias que existen en el mundo de “lo físico”.⁴¹¹ Como tendré ocasión de detallar más adelante, este problema es la consecuencia de la capacidad que tiene la “identificación de lo motivacional” de acabar redundando en máximas de experiencia basadas en la intuición.⁴¹² Ciertamente, muchos contactos comunicativos pueden reinterpretarse, con base en simples argumentaciones, como interrelaciones de la que se desprenden efectos motivadores (tanto de determinación como de refuerzo), aunque ello no refleje un proceso psicológico real. De allí la facilidad con la que la doctrina

⁴⁰⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 329, indicando que es necesario que el cómplice, a través de su influjo, haya acelerado, facilitado o intensificado el resultado. La autora indica también “[l]a exigencia de causalidad, aquí como en cualquier otro ámbito de la complicidad, nos sirve de límite para evitar un exceso punitivo” por lo que afirmar el refuerzo de la resolución “será la excepción y deberá ser probado” (p. 328, n. 180). Sin embargo, considero que estos límites son fácilmente superables, pues la imprecisión de la construcción “estabilización de la voluntad criminal” permite constatar influjos reforzadores con poco esfuerzo argumentativo.

⁴⁰⁹ Igualmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 254, vinculándolo a los problemas probatorios que implica la causalidad psíquica, los cuales podrían llegar a ser incompatibles con el principio *in dubio pro reo*.

⁴¹⁰ Por esta razón, puede rechazarse la manera de entender la complicidad que propone SCHILD-TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, 1995, pp. 132 ss. Según esta autora, esta forma de participación (tanto en su modalidad física como psíquica) debe tematizarse como una expresión de solidarización con el autor del hecho delictivo. En este sentido, el “apoyo moral” dejaría de ser la “forma marginal” y se convertiría en la “forma paradigmática” de la complicidad, llegando al extremo de incluir en su ámbito de relevancia típica acciones como “aplaudir”. Dejando de lado que con esta construcción se dejaría de incriminar los casos de “complicidad clandestina”, el criterio que propone esta autora debe criticarse por ampliar de manera excesiva el ámbito de prohibición, lo que repercutiría negativamente en la libertad de los ciudadanos.

⁴¹¹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 175; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 253.

⁴¹² Véase *infra* Capítulo III, ap. VI.

efectúa la conversión de comportamientos de complicidad “física”, favorecimiento post-ejecutivo, promesas de contribuciones futuras, entre otros, en conductas de complicidad “psíquica”. A este respecto, solo aportando criterios normativos que permitan identificar aquellos efectos motivacionales jurídico-penalmente relevantes podrá ubicarse esta forma de participación en un marco de incriminación de las conductas motivadoras materialmente legítimo y con unos márgenes de prohibición más firmes.⁴¹³

4. En este contexto, la complicidad psíquica debe convertirse en un soporte para subsumir aquellas influencias motivacionales merecedoras *in abstracto* de pena que, sin embargo, no merecen *in concreto* la pena del inductor o del autor. A este respecto, el elemento central no deberá constituirlo la idea del “refuerzo de la resolución”, sino la menor intensidad lesiva del comportamiento motivador. Por lo tanto, la respuesta que debe ofrecerse en primer lugar es por qué participa o interviene en un delito quien motiva a otro a ejecutarlo y hasta qué límites se extiende esta prohibición, con independencia de la “forma” en que lo haya hecho (determinado, reforzando, estabilizando, etc.). Solo después podrá pasarse a la elaboración de aquellos criterios que permitan imputar la pena del cómplice a esta base previamente desaprobada.

3. La posibilidad de castigar la cooperación necesaria “psíquica”

3.1. Aproximación al presunto carácter “psíquico” de la cooperación necesaria

1. La dimensión de sentido desigual que presentan las dos estructuras adheridas a la complicidad psíquica se presenta en España con mayor fuerza cuando se suscita la posibilidad de hablar de una hipotética “*cooperación necesaria psíquica*”. Este problema conecta a su vez con la propia la relación sistemática que debe establecerse entre la inducción y el apoyo moral. Ciertamente, en principio, nada obstaría a hablar de una cooperación necesaria psíquica, puesto que la doctrina mayoritaria entiende que, entre la figura del art. 28.b CP y la complicidad, no existen diferencias materiales de fondo. Al respecto, nos indica BOLEA BARDON que “la distinción entre ambas figuras no es cualitativa, sino cuantitativa, es decir, que atiende al grado o intensidad de la contribución” más que a “la estructura de la concreta forma de intervención en el hecho.”⁴¹⁴ Ciertamente, la doctrina no suele establecer diferencias de base entre estas dos modalidades, partiendo así de una idea común de “cooperación” que se divide según sea esta necesaria (art. 28.b CP) o secundaria (art. 29 CP).⁴¹⁵

⁴¹³ En el mismo sentido, OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 185.

⁴¹⁴ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, p. 62. También, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 400.

⁴¹⁵ Así, p.ej., MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 419; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 758.

2. Sobre esta premisa, los autores que plantean la posibilidad de una “cooperación necesaria psíquica”, a los efectos de establecer su graduación cuantitativa con respecto a la complicidad psíquica, suelen acudir —no sin cierta pesadumbre— al criterio ideado por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN para distinguir, en términos generales, las dos figuras en liza. Para estos autores, la cláusula “*con un acto sin el cual no se habría efectuado*” del art. 28.b CP no debe interpretarse en términos relativos a las posibilidades de éxito del acontecer delictivo realizado por el autor. En contra, aquella debe relacionarse con el proceso motivacional de este último.⁴¹⁶ De esta manera, si a falta de la aportación del cómplice o cooperador, el autor no hubiera *querido* —que no *podido*— realizar el tipo, esta merecerá la calificación de “necesaria” a los efectos del art. 28.b CP. Aunque se ha criticado la aptitud de este criterio para establecer distinciones en el ámbito de la participación física, sí que se acepta su idoneidad delimitadora en el contexto de la participación psíquica por fortalecimiento de la decisión criminal. No por casualidad, se ha venido denominado a este indicador como “subjetivo-psicológico”.⁴¹⁷ Justo decía que esta aceptación se hace no sin cierta desazón, en la medida en que este mismo criterio ha sido objeto de intensas críticas como pauta para delimitar, en términos generales, la complicidad de la cooperación necesaria. De esta manera, se critica (i) su alta inseguridad, (ii) los problemas de prueba a los que aboca y (iii) las posibles consecuencias injustas resultantes de su aplicación.⁴¹⁸ Respecto de este último inconveniente, indica LÓPEZ PEREGRÍN que “una contribución insignificante se convertiría en necesaria si el autor, en base a ella, se decide a ejecutar el hecho, y, a la inversa, la aportación objetivamente importante pasaría a ser mera complicidad si el autor estaba decidido ya a cometer sin ella el delito.”⁴¹⁹ Además, aunque este impacto en el proceso motivacional del autor pudiera ejercer algún tipo de importancia en la atribución del significado “necesaria” a la aportación del cómplice, no sería —según BOLEA BARDON— sino “uno de los factores a tener en cuenta para determinar la necesidad del acto” pero, ni mucho menos, el único o el más significativo.⁴²⁰

3. Por todas estas críticas, se entiende que LÓPEZ PEREGRÍN indique que “estos inconvenientes deben ser aceptados irremediabilmente en el ámbito de la complicidad psíquica”, puesto que el

⁴¹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, 5ª ed., 1999, p. 759; de igual manera, GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT, «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *PJ*, 1992, p. 196, apuntando que el fundamento de la distinción reside en la motivación del autor, no en cuestiones objetivo-causales.

⁴¹⁷ PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, p. 106.

⁴¹⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421; BACIGALUPO ZAPATER, «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *PJ*, 1993, pp. 33 s. Repárese que, como mínimo las dos primeras críticas, son trasladables a todo proceso de adscripción de relevancia penal realizado desde el ámbito aplicativo, tanto de la inducción, como de la complicidad psíquica.

⁴¹⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421. Consideración, sea dicho de paso, que contrasta con la enorme importancia que esta autora otorga a la perspectiva *ex post* (el efecto en sí) para acabar castigando los casos de refuerzo de la resolución delictiva. De nuevo, esta crítica es aplicable también a la “frontera” entre la inducción y la complicidad psíquica.

⁴²⁰ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: análisis dogmático y jurisprudencial*, 2004, p. 76.

elemento central de esta sería, justamente, el apoyo moral.⁴²¹ Sobre esta premisa, se podría llegar a castigar excepcionalmente a través de la figura del art. 28.b CP en el ámbito de la complicidad psíquica teniendo en cuenta la intensidad de la afectación producida sobre el proceso motivacional del receptor del influjo psíquico.⁴²² Utilizando un ejemplo de coautoría aditiva planteado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, si *A* y *B*, dispuestos a matar a *C*, se apostan respectivamente en los caminos x y z por los que suele pasar su objetivo, pero solo *A* acaba matándolo porque finalmente el caminar de la víctima transcurre por el recorrido z ; a *B* se le podrá inculpar como cooperador necesario psíquico porque —siempre según el autor citado— “mostrarse dispuesto a matar si la víctima pasara por su camino, refuerza *de manera importante* la resolución delictiva del sujeto (y viceversa)”, por mucho que la conducta carezca de relevancia en el “plano objetivo por la ausencia de relación de causalidad entre la acción de colocarse en el camino y el resultado de muerte de la víctima.”⁴²³

3.2. Valoración crítica: la inconsistencia de la cooperación necesaria en el esquema de la participación psíquica

1. No puedo estar de acuerdo con las consideraciones que se acaban de exponer en el anterior epígrafe. En primer lugar, dejando de lado la plausibilidad de identificar, en el caso anterior, a *B* como *cooperador* (necesario o no) *psíquico*, lo cierto es que, si la calificación del carácter “necesario” depende justamente de la intensidad del impacto motivacional, los casos de aportación de consejos técnicos (recordemos, incluidos en el ámbito de la complicidad psíquica) no estarían sujetos a este mismo criterio subjetivo-psicológico. Ciertamente, lo que fundamenta la inculpar penal de estos supuestos es que constituyen incrementos cognitivos que pueden incluirse en el conglomerado de instrumentos a disposición del autor. Que motiven a cometer el delito o que fomenten el proceso de decisión efectuado por el autor ante la eventualidad de realizar el hecho, no tiene importancia ni en la construcción de la base de su desvalor jurídico-penal ni en su cuantificación. Por ello, no tiene sentido constatar su intensidad cuantitativa por medio de criterios relativos a la esfera motivacional del autor o ejecutor del ilícito. Pero, es más, la eventualidad de inculpar por cooperación necesaria estos casos de asesoramiento técnico no comporta *ab initio* problema alguno adicional. Si *A* aporta a *B* un determinado conocimiento que normativamente puede valorarse como “necesario” —solo a modo de ejemplo: siguiendo la teoría de GIMBERNAT ORDEIG,⁴²⁴ porque a tal saber se le adscribe el significado de “escaso”— no existirán complicaciones para inculpar a *A* como cooperador necesario (psíquico, si se prefiere). Por esta razón, se refuerza la idea suscitada en anteriores apartados

⁴²¹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 421; de igual manera, BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 75: “la teoría subjetivo-psicológica (o motivacional) podría hacerse valer, con algunas reservas, para la cooperación necesaria psíquica (...)”

⁴²² BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 88, destacando la “capacidad de disuadir al autor.”

⁴²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Roxin*, 1997, p. 328, como caso paradigmático de “actuación alternativa”.

⁴²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 127 ss.

de que los casos de asesoría técnica deben disociarse conceptualmente del campo de relevancia de la complicidad psíquica y la inducción.

2. En segundo lugar, parece convincente afirmar que toda forma de inducción implica a su vez una cooperación necesaria, ni que sea desde una perspectiva cuantitativa. Al respecto, indica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES que “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).”⁴²⁵ Dejando de lado el planteamiento hipotético —ligado a la teoría de la equivalencia— del autor citado, cierto es que tal consideración, en lo que alcanzo, bien puede basarse en el grado de “intensidad” o “importancia” de la aportación del inductor con respecto al acontecimiento delictivo ejecutado por el autor. Dicha contribución sería equivalente, en términos cuantitativos, a la efectuada por el cooperador necesario o, en otras palabras, una forma de cooperar necesariamente en el delito sería, justamente, por medio de la inducción. Esto, porque este tipo de interviniente, al crear el dolo del agente-ejecutor, resulta que “ha 'encendido la mecha' del delito.”⁴²⁶ Sobre esta premisa, existiría en todo caso una equivalencia de carácter cuantitativo que el legislador habría querido remarcar por medio de un tratamiento penológico simétrico. Una equiparación en la medida de la pena que también se predicaría con respecto a las formas de autoría.⁴²⁷

3. Por todo ello, resultaría problemático incriminar una suerte de cooperación necesaria psíquica en lo que a la modalidad del refuerzo de la resolución delictiva se refiere. Ciertamente, si lo realizado por el sujeto no merece la calificación de inducción por presentar una menor intensidad, considerarlo a su vez como “necesario” puede resultar incoherente si la inducción se define, precisamente, como una forma de cooperación necesaria.⁴²⁸ En otras palabras: si consideramos que, por un lado, la inducción supone una forma de participación *cuantitativamente* equivalente a la cooperación necesaria y, por el otro, que tanto inducción como complicidad psíquica por apoyo moral forman parte de una misma clase de intervención delictiva con base en su equivalencia *cualitativa* (afectaciones sobre el proceso volitivo-motivacional del destinatario del influjo); entonces no se entiende que pueda incriminarse una suerte de cooperación necesaria psíquica. Tal operación serviría únicamente para producir una incoherencia sistemática, en tanto que se castigaría un comportamiento *cualitativamente* parejo, pero de menor intensidad *cuantitativa* con respecto a la inducción, por medio de una figura de análoga magnitud (*cuantitativa*) a esta última.

⁴²⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 12: “toda inducción es una cooperación necesaria” (pero no a la inversa).

⁴²⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 6. El autor utiliza la expresión “encender la mecha” para justificar la equivalencia punitiva entre inducción y autor. Aunque considera que tal identidad penológica está, por lo general, injustificada (véanse sus conclusiones en p. 15), la expresión en sí es bastante gráfica a los efectos que interesan.

⁴²⁷ Sobre esta cuestión, por todos, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 315 ss.

⁴²⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 24.

4. Como argumento añadido, puede recuperarse la mención que he efectuado *supra* a los nuevos arts. 557.2 y 559 CP. Indicaba que a través de ellos se ha elevado a Derecho positivo la contraposición dogmática entre *provocación* (inducción) y *refuerzo de la resolución criminal* (complicidad psíquica).⁴²⁹ Centrándome en la redacción del art. 557.2 CP, es cierto que este puede entenderse como una suerte de incriminación de determinados estadios previos a la consumación;⁴³⁰ concretamente, de sendas tentativas de inducción y complicidad psíquica, puesto que, atendiendo al tenor literal del precepto, no se exigiría “la efectiva realización del desorden público ni siquiera el inicio de su ejecución.”⁴³¹ Esta parecería ser la exégesis más acorde al sentido literal posible de la disposición. Ciertamente, si tanto inducción como complicidad psíquica son formas de participación, en principio, no cabría razón alguna para que el legislador las tipificara expresamente en la redacción de un delito de la Parte Especial: cualquier inducción o refuerzo de la disposición de efectuar las conductas descritas en el art. 557.1 CP cabría como estructura de intervención delictiva. No obstante, y siguiendo aquí la interpretación alternativa de ALONSO RIMO, podría entenderse justamente lo contrario: el legislador sí habría querido tipificar expresamente con este artículo dos formas de participación consumadas en el delito.⁴³² Dejando de lado que tal construcción hermenéutica sería mucho más acorde a los principios político-criminales que informan al Derecho penal,⁴³³ con ella se evidenciaría que el legislador habría querido castigar al cómplice psíquico con la misma pena que el inductor. En consecuencia, el art. 577.2 CP solo serviría, en puridad de conceptos, para “elevar la penalidad de las complicidades (psíquicas) en estos delitos al mismo nivel que el autor material, el inductor y el cooperador necesario.”⁴³⁴ En suma, se confirmaría la menor expresividad lesiva de la complicidad psíquica con respecto a la inducción y, por ello, la incoherencia sistemática del hecho de hablar de una hipotética cooperación necesaria psíquica sobre la base de las estructuras de la Parte General. Hasta tal punto que el propio legislador habría tenido que tipificar expresamente esta igualdad punitiva que, en estricta aplicación de los constructos dogmáticos de la intervención en el delito, no podría predicarse *ab initio*.

⁴²⁹ Atendiendo al tenor literal de los preceptos, parece que los tipos van un poco más allá del ámbito clásico de la inducción al utilizar el concepto “provocación”. Sin embargo, creo que es preferible (y hermenéuticamente factible) ligarlos con el contenido conceptual mayoritariamente aceptado de estas dos formas de participación. Así: provocar la resolución delictiva —inducción— o reforzarla —complicidad psíquica—. Sobre la utilización del término “provocar” y su simetría con los términos “inducir” e “incitar”, véase DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 105 s.

⁴³⁰ ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, pp. 364 ss.

⁴³¹ ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 366.

⁴³² ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 373.

⁴³³ Concretamente, de los principios de ofensividad, fragmentariedad y subsidiariedad, impidiendo con ello un adelantamiento excesivo de las barreras de protección jurídico-penales. Además, según ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 374, este entendimiento sería mucho más coherente, puesto que la primera de las interpretaciones conlleva considerar que una tentativa de complicidad psíquica pueda castigarse con más pena que una complicidad psíquica consumada, en tanto que a esta última se le tendría que atenuar la pena en un grado en aplicación del art. 62 CP (véase, en la misma obra, pp. 368 ss.).

⁴³⁴ ALONSO RIMO, *EPC*, (35), 2015, p. 375.

5. Por todo lo dicho, se pone de relieve que, en el marco del entendimiento de una estructuración de la participación psíquica (inducción-complicidad psíquica por fortalecimiento de la decisión delictiva) *cualitativo-cuantitativa*, no hay lugar *a priori* para predicar la existencia de una cooperación necesaria psíquica. Esto último, como mínimo, con respecto a la modalidad del apoyo moral, pues los problemas evidenciados en esta estructura no tendrían lugar en los casos de aportación de consejos o asesoría técnica. En principio, esto no debería resultar un problema, en tanto que el art. 28.b CP está pensado para todo el conjunto de formas de participación, por lo que bastaría que el criterio delimitador entre “aportación necesaria” y “aportación secundaria” tuviera algún tipo de sentido en los casos de intervención no motivacional (entiéndase, física) como para justificar su presencia en el Código penal. En todo caso, la figura de la cooperación necesaria no solo resalta la complicada relación sistemático-conceptual entre las dos modalidades tradicionalmente incluidas en la estructura de la complicidad psíquica, sino que también permite destapar las primeras dudas acerca de la propia interrelación entre los casos de refuerzo de la resolución y los de inducción como “extremos cuantitativos” de una base “cualitativa” basada en la afectación motivacional de un tercero. De esta forma, si bien una aparente relación de tipo *plus-minus* vetaría la existencia de un “apoyo moral necesario”, una caracterización distinta, que trascendiera la estricta contraposición entre dos formas de influencia motivacional de intensidad diferente, podría abocar a conclusiones distintas. Sea como fuere, esta impresión pone en entredicho la relación sistemática de la inducción y la complicidad psíquica esgrimida en los apartados anteriores (en términos *cualitativo-cuantitativos* o de “proporcionalidad inversa”). Al respecto, es preciso efectuar un análisis más detallado de estas mismas impresiones.

4. La inducción con respecto a la complicidad psíquica: ¿*plus* o *aliud*?

4.1. Introducción

1. Tal y como acabo de indicar, la posibilidad de hablar de una hipotética “cooperación necesaria psíquica por fortalecimiento de la resolución delictiva” pone en entredicho la yuxtaposición sistemático-conceptual “inducción-apoyo moral”. En todo caso, parece claro que la doctrina mayoritaria configura un esquema en el que la inducción se contrapone a la complicidad psíquica por su mayor importancia. Con base en esta idea, la primera estructura subsumiría un *plus* de gravedad frente al apoyo moral, que constituiría un *minus* cuantitativo.⁴³⁵ Todo esto en apoyo de una misma identidad cualitativa identificable en la propia afectación o promoción de la resolución delictiva propiciada por el influjo psíquico característico de ambas formas de intervención.⁴³⁶ Siguiendo esta

⁴³⁵ Mientras que la autoría mediata supondría un *plus* con respecto a esta misma inducción. Al respecto, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, p. 144.

⁴³⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 446 s.

estructuración, bien podría concluirse que un influjo de mayor intensidad o más idóneo en términos volitivo-promocionales merecería la calificación de inducción. Por su parte, uno de menor expresividad o solo configurador de una parte de la motivación al delito del receptor del influjo debería subsumirse en el ámbito operativo del apoyo moral y, por lo tanto, recibir una pena menor en grado.⁴³⁷ En este contexto, la complicidad psíquica por fortalecimiento podría merecer el nombre de “inducción menor” o “pequeña inducción” [*kleine Anstiftung*].⁴³⁸ Con todo, se confirmaría lo expresado por STEEN en la medida en que “la complicidad psíquica y la inducción se corresponden estructuralmente y, por lo tanto, requieren la misma base de responsabilidad”; distinguiéndose, en todo caso, por razones de carácter cuantitativo.⁴³⁹ Esta graduación, sobre la base de lo dicho en este párrafo, tendría por objeto el propio influjo psíquico, por lo que estaríamos ante una cuestión relativa al desvalor del comportamiento.

2. Sin embargo, existen razones para poner en duda esta misma estructuración. Como mínimo, su verdadera aceptación doctrinal. En efecto, de ser cierta esta contraposición cualitativo-cuantitativa, no se entiende entonces la necesidad que tiene gran parte de la doctrina de exigir la inclusión de una cláusula de atenuación facultativa para determinados casos de inducción.⁴⁴⁰ Así pues, mientras que el tema de la “cooperación necesaria psíquica” discute la categorización de aquella última forma de participación como *plus*, el tema de la atenuación hace lo mismo con la complicidad psíquica en tanto que *minus*. En efecto, este panorama puede llevar a cuestionar la aparente relación de proporcionalidad inversa, desestructurando la idea de una base cualitativa común diferenciada por razones cuantitativas. Desde esta perspectiva, la inducción alcanzaría entonces la categoría de *aliud* con respecto al apoyo moral, esto es, la condición de estructura motivacional distinta. Ello tendría como principal consecuencia la definitiva descomposición de la participación psíquica como sustento unitario para abordar el fenómeno de la motivación al delito (incluso desprendida aquella de los casos de asesoramiento técnico por las razones aducidas con anterioridad). Veamos a continuación este

⁴³⁷ Al respecto, KOCH/WIRTH, *JuS*, (3), 2010, p. 205, ponen como ejemplo de esta operación la posibilidad de castigar como cómplice psíquico al violador que, después de acometer el acto sexual, inquiere a su amigo con las palabras “*zítú no?*” (caso planteado en la famosa sentencia del BGH GA 1980, 183) al no presentar la intensidad incitadora suficiente. En una línea parecida, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 805, exponiendo como ejemplos de complicidad psíquica supuestos en los que se crea la resolución delictiva sin configurar una relación de dependencia entre autor e inductor, como, por ejemplo, el caso en el que “al autor se le informa de una ocasión favorable para el hecho.” Igualmente, THOMMEN/NYDEGGER, «Strafbares Streben nach Freiheit?», *sui generis*, 2018, p. 263, n. 29: “las influencias menos intensas deben subsumirse en la complicidad.” En España, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 408 indicando que es posible castigar por cooperación necesaria psíquica casos de supuesto “refuerzo moral” “siempre y cuando no sean abarcados por la inducción”, indicando como ejemplo “el caso del que alienta a los demás a ensañarse con mayor medida con la víctima, a emplear mayor crueldad o violencia en la realización de los hechos, etc.” La jurisprudencia alemana también considera que entre ambas formas de participación existe una relación *minus-plus*, de tal forma que les son de aplicación la doctrina de la “subsunción alternativa en la condena” [*Wahlfeststellung*]. Sobre esto, HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178; VERDE, «Subsunción alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*). Examen de su legitimidad constitucional», *InDret*, (1), 2016, p. 7, n. 28. Vuelvo a ello *infra* ap. 4.3.

⁴³⁸ KUDLICH, *JuS*, (7), 2005, p. 593.

⁴³⁹ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 118. Equivalencia estructural identificable, según el autor, en la “causación de la resolución delictiva” (p. 121).

⁴⁴⁰ Análisis en detalle el problema *infra* ap. 4.2.

gran problema, que, en todo caso, ya permite poner en evidencia las consecuencias estructurales y sistemáticas que produce el hecho de analizar jurídico-penalmente la motivación al delito sobre la base de dos formas de participación desarrolladas de manera unilateral.

4.2. El problema de la demanda de una cláusula de atenuación facultativa para la inducción

1. En mi opinión, si la complicidad psíquica por apoyo moral se entiende a modo de “pequeña inducción” [*kleine Anstiftung*], las demandas de inclusión de una cláusula de atenuación facultativa para determinados casos de instigación deberían perder cualquier tipo de vigencia. Sea como fuere, esta alegación de *lege ferenda* lleva planteándose desde hace tiempo, tanto en Alemania como en España, al hilo de la equiparación punitiva de la inducción con las formas de autoría. Esta identidad penológica ha conducido a algunas voces destacadas a negar la posibilidad de legitimar esta asimilación por dos razones principales. En primer lugar, por la existencia de determinados supuestos que, pudiéndose subsumir *a priori* en el espacio típico de la inducción, no presentan, sin embargo, la suficiente intensidad como para equipararse en términos cualitativo-cuantitativos con las formas de autoría.⁴⁴¹ En segundo lugar, por un proceso de reducción del ámbito de aplicación de la propia inducción a favor de la autoría, dirigido a alcanzar los “supuestos en los que concurre verdadera y 'simple' inducción.”⁴⁴² Estos últimos, de por sí, merecerían menos pena que los otros, equiparados definitivamente a las formas de autoría.

2. La primera razón esgrimida para justificar la inclusión de una atenuación facultativa para la inducción es la que, históricamente, ha estado más presente en las reflexiones de la doctrina. Sin perjuicio de la existencia de críticas anteriores en el mismo sentido,⁴⁴³ fue con la presentación del Proyecto Alternativo de Código penal alemán [*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*], en 1966, cuando se planteó con fuerza esta propuesta. Este texto académico, paralelo al desarrollado por el *Bundestag* en la denominada “gran reforma del Derecho penal” [*große Strafrechtreform*], incluía una cláusula permitía una atenuación facultativa en casos de instigación.⁴⁴⁴ La idea central era que solo determinados comportamientos “especialmente peligrosos” podían subsumirse en el ámbito típico de la inducción. Todos los demás, por el contrario, merecían una pena menor. Más modernamente, ROXIN ha reincidido en la idea de que “no se puede desconocer que el simple 'determinar' al hecho

⁴⁴¹ Así, entre otros, ROXIN, *PG*, t. II, 274; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, p. 56; JAKOBS, *PG*, 1997, p. 810; CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *ADPCP*, (32-3), 1979, p. 341; GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico-penal en el proceso de reforma penal en España», *AP*, (17), 1994, p. 359; CHOCLÁN MONTALVO, «La autoría y la participación», *La Ley*, (1), 1996, p. 4; PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, 1998, p. 418; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, p. 144.

⁴⁴² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 15.

⁴⁴³ Por ejemplo A. KÖHLER, *AT*, 1917, p. 527, quien consideraba — aproximándose a las disquisiciones del *ius commune*— que era necesario atenuar la inducción en caso que el delito se acabara cometiendo solo “en interés” del solicitado o inducido a ello (esto es, en casos de *consilium*).

⁴⁴⁴ El proyecto justificaba la reforma por la pérdida de vigencia de las teorías de la corrupción, en tanto que el StGB exigía la culpabilidad del autor. Sobre ello, GALLAS, «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *ZStW*, (80), 1968, pp. 32 s.

(en el que no se co-suministra un plan del hecho, ni se paga dinero ni se ejercer presión alguna) *ceteris paribus* no se equipara al merecimiento de pena del autor” de tal manera que son supuestos que “están más cercanos a la complicidad (...) que a la autoría.”⁴⁴⁵ Por otro lado, expresa NIKOLIDAKIS que el espacio de juego [*Spielraum*] penológico no es suficiente para subsumir la expresividad total de la inducción, indicando que debería preverse una reducción obligatoria de la pena para esta.⁴⁴⁶ En la misma línea crítica han discurrido ciertas reflexiones producidas en España. Así, por ejemplo, CEREZO MIR sugirió en su momento que esta equiparación penológica inductor-autor era discutible con respecto a dos casos: (i) aquellos en los que “el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito”; y (ii) en los que “la inducción haya sido solo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito.”⁴⁴⁷ BOLEA BARDON también defendió en sus inicios que el legislador previera esta rebaja de pena al considerar que “resultaría ventajosa, pues seguramente favorecería que inducciones agravadas o cualificadas, siguieran siendo consideradas como inducción sin caer en la tentación de convertirlas en autoría.”⁴⁴⁸

3. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, partidario de la segunda línea argumental, considera que no hay motivos para seguir predicando una pena equivalente a la del autor para los casos de inducción, en tanto que del campo de aplicación de estos últimos se habrían expulsado definitivamente los supuestos de “verdadera autoría”. Así pues, el abandono de los conceptos naturalísticos de autor (principalmente, la teoría objetivo-formal, pero también la del dominio del hecho), que asimilaban esta figura (de una manera más o menos expresa) con la variable de la “ejecución del hecho”, habría iniciado un proceso de normativización de las formas de intervención.⁴⁴⁹ Esto habría tenido lugar, básicamente, en el marco de organizaciones jerarquizadas. En estas, primero se habría puesto el acento en la ampliación del concepto de autor y la limitación correspondiente de la autoría mediata, aplicando esta última solamente en casos de auténtica instrumentalización de una persona irresponsable y sustituyéndola en otros supuestos por la figura del “autor tras el autor”.⁴⁵⁰ En una segunda fase, el proceso habría afectado a la inducción, descartando su viabilidad aplicativa en el

⁴⁴⁵ ROXIN, *PG*, t. II, 274, §26/183. Con todo, el autor alemán sigue considerando que “habría sido más correcto prever una atenuación facultativa de pena para la inducción” tal y como se propuso en la redacción del § 28 del Proyecto Alternativo.

⁴⁴⁶ NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, p. 56. El autor construye esta alegación pese a la existencia de un “sentimiento social” imperante por el que se comprende que, en determinados supuestos de inducción, el castigo debe ser equivalente al del autor (principalmente, aquellos en los que el objeto del influjo constituye una promesa económica), pues, desde un concepto restrictivo de autor, el inductor solo lesiona el bien jurídico *a través* del autor. También, con planteamientos parecidos, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 62, considerando improcedente el castigo como autor de una influencia que ha desempeñado un papel menor en el proceso de formación de voluntad del ejecutor; GERSON, *ZIS*, (3), 2016, pp. 186 s.; PAEFFGEN, «Überlegungen zur § 111 StGB», *FS-Hanack*, 1999, p. 596.

⁴⁴⁷ CEREZO MIR, *ADPCP*, (32-3), 1979, p. 341.

⁴⁴⁸ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 144. Con posterioridad a esta publicación, la autora cambió su opinión, visualizando la posibilidad de una atenuación como innecesaria “siempre y cuando se parta de una interpretación restrictiva de la inducción” (BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 128).

⁴⁴⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2017, pp. 9 s., indicando que “[l]os 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.”

⁴⁵⁰ SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, pp. 130 ss.

ámbito de la empresa a favor de la figura de la autoría. Esta última, ya no vendría sustentada sobre consideraciones relativas a la mayor o menor cercanía naturalística del sujeto con respecto al resultado típico, sino sobre una cuestión de posición de garante: la infracción de los deberes de vigilancia y control.⁴⁵¹ En los supuestos restantes, circunscritos en su integridad al ámbito típico de la inducción (esto es, los de “verdadera inducción” frente a los de “verdadera autoría”) ya no sería posible predicar que el riesgo creado por dichos sujetos es el que se concreta directamente en el hecho típico. Consiguientemente, “debe existir una aminoración de la pena para el inductor, por respecto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad.”⁴⁵² En resumen, concluye SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES que “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. (...), habría que concluir que para los casos restantes, es decir, 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.”⁴⁵³

4.3. “Determinar” y “reforzar la resolución”: dos estructuras motivacionales distintas

1. Todas estas opiniones críticas podrían encontrar refugio en la propia complicidad psíquica por refuerzo de la resolución delictiva en tanto que recurso subsidiario para integrar los “remanentes motivacionales” no susceptibles de formar parte de la inducción. Ello daría sentido al hecho de referirse a aquella con el término *kleine Anstiftung*. Sobre esta premisa, la estructura *cualitativa-cuantitativa* parece responder a una cuestión relativa al desvalor del comportamiento: un influjo de mayor intensidad debería ser considerado una forma de inducción [*grosse Anstiftung*], mientras que uno menor constituiría un caso de complicidad psíquica [de nuevo, *kleine Anstiftung*]. Sin embargo, la petición de una cláusula de atenuación para esta forma de participación solo cobra sentido en una sistemática en cuyo marco estructural la inducción adquiere la cualidad de *aliud* con respecto a la complicidad. Esta es la manera más correcta, considero, de entender la relación sistemática entre estas dos formas de intervención delictiva teniendo en cuenta la concepción de *lege lata* que defiende la doctrina mayoritaria para cada una de ellas, respectivamente. Veámoslo con mayor detalle.

2. En el capítulo anterior he indicado que el punto diferenciador entre ambas estructuras se encuentra en la figura del *omnimodo facturus*, en tanto que “horizonte motivacional” [*Motivationshorizont*]. Esta es la idea mayoritariamente sostenida por parte de la doctrina, sin perjuicio de la existencia de voces

⁴⁵¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2017, pp. 11.

⁴⁵² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 11.

⁴⁵³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 15.

discordantes.⁴⁵⁴ Este punto parece contradecir la idea de una graduación basada en la importancia del influjo, pues sería perfectamente imaginable que dos personas pudieran motivar a un sujeto de la misma manera (piénsese, p.ej., prometiendo el pago de una recompensa económica) pero produciendo con ello dos resultados distintos: o bien la *creación* de la resolución delictiva (inducción), o bien su *fortalecimiento* (complicidad psíquica). Ello dependería, en todo caso, de si el influjo psíquico se hubiera emitido en dirección *plus* o *non plus ultra* del “horizonte motivacional” (en el primer caso, hacía un *alias facturus*, en el segundo, hacia un *non omnimodo facturus*). Esta idea no debe comportar necesariamente que la distinción entre ambas figuras se reduzca a una cuestión cuantitativa relativa al tipo de resultado provocado por un mismo comportamiento motivador. Por el contrario, con base en la caracterización de la doctrina mayoritaria, considero que entre instigación y apoyo moral existe una diferencia de tipo cualitativo: estamos ante dos formas de participación estructuralmente distintas, esto es, ante dos *estructuras motivacionales* relativas a fenómenos, tanto espacio-temporales, como psicológicos, que operan en planos diferenciados.

3. Sobre esta premisa, cuando BLOY indica que inducción y complicidad psíquica se diferencian, no por el *si* [Ob], sino por el *cómo* [Wie],⁴⁵⁵ este *si* solo puede identificarse en una característica externa común, el influjo psíquico, y no en una identidad de tipo estructural, de tal manera que a partir de esta el *cómo* hiciera las veces de criterio de graduación de la respectiva intensidad cuantitativa. En efecto, la determinación y el refuerzo de la resolución son dos estructuras cualitativas distintas, por lo que no hay margen a una relación de tipo *minus-plus* entre inducción y complicidad psíquica.⁴⁵⁶ HRUSCHKA defendió en su momento esta misma impresión al hilo de la crítica de la doctrina jurisprudencial alemana de la *Wahlfeststellung*. Según esta última, cuando un juez alberga dudas sobre el tipo penal aplicable en un supuesto de hecho, deberá optar por la opción que implique la pena

⁴⁵⁴ PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, pp. 101 ss.; LA MISMA, «Was ist Anstiftung? - Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11.10.2005 - 1 StR 250/05», *NStZ*, 2006, pp. 424 ss., STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 160 ss., Ambas perspectivas prescinden de la idea del *omnimodo facturus* como elemento diferenciador entre ambas estructuras, pues seguiría siendo posible “determinar” a un sujeto resuelto a cometer el delito (p.ej., logrando una relación de dependencia a través de un “pacto de injusto”, según la concepción de PUPPE, *GA*, 1984, p. 112). Estas ideas permitirían dejar de considerar a la complicidad psíquica como una modalidad de “refuerzo de la resolución” y, por lo tanto, esta forma de participación podría concebirse como un “refugio” para aquellas influencias motivacionales que presentaran una importancia cuantitativa menor (esta una idea perfectamente visible en STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 179 ss., quien, partiendo de una equivalencia cualitativa entre ambas formas de intervención basada en la “influencia motivacional”, distingue entre “influencias dominantes” —inducción— e “influencias subordinadas” —complicidad psíquica—). Sea como fuere, en estas páginas efectúo una aproximación crítica a la tesis mayoritaria, según la cual a la inducción le es inherente la idea de “creación de la resolución delictiva” mientras que a la complicidad psíquica la de “refuerzo de la resolución”. Desarrollo estas tesis alternativas *infra* Capítulo VII, ap. III.2.1.

⁴⁵⁵ BLOY, *Die Beihilgeform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 330.

⁴⁵⁶ De allí que BLOY, *Die Beihilgeform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 330 indique que “la inducción consiste en provocar una decisión previamente inexistente, mientras que el objetivo de la complicidad es reforzar, complementar o modificar una decisión ya existente”, de tal manera que, en caso de inducción, “la persona sobre cuya voluntad se actúa no debe ser un *omnimodo facturus*, (...), mientras que el cómplice siempre trata con un *omnimodo facturus*.” Igualmente, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1106: “[e]l influjo psíquico al propenso, dubitativo, o al que hace depender el hecho de factores externos condicionantes, se valorará como *complicidad psíquica* si el autor ya se había formado «preponderantemente» la resolución a cometer el hecho, autónoma o espontánea, consistiendo la influencia en «complementar» el hecho (...) se valorará como inducción, si el influjo decanta la resolución (procura la preponderancia), si configura comunicativamente una resolución.”

menos severa si entre ambas figuras existe, en palabras de RAGUÉS I VALLÈS, una “equivalencia étiojurídica y psicológica o, según se sostiene más modernamente, existe identidad en el núcleo de sus respectivos ilícitos, esto es, siempre que los intereses eventualmente menoscabados tengan idéntica o similar naturaleza.”⁴⁵⁷ En la praxis judicial alemana, como indica VERDE, ha sido común aplicar esta doctrina cuando entre las dos opciones posibles concurre una “relación de grado normativa (...) en virtud de la intensidad del contenido del ilícito que se exige en cada uno de los tipos penales en cuestión.”⁴⁵⁸ Un ejemplo histórico de este variable lo ha constituido la relación entre la inducción y la complicidad psíquica.⁴⁵⁹ Más allá de las cuestiones sobre su legitimidad, este recurso sería perfectamente válido si entre ambas formas de participación existiera una relación *minus-plus*: un mismo comportamiento podría subsumirse alternativamente en una u otra opción incriminatoria dependiendo de su gravedad. Sin embargo, HRUSCHKA considera que “no es concebible ningún caso en el que alguien cometa al mismo tiempo inducción y 'complicidad psíquica' mediante un mismo acto en relación con el autor de un hecho idéntico; porque, o bien el autor aún no está decidido a cometer el acto, en cuyo caso la 'participación psíquica' no es en todo caso 'complicidad psíquica' (completa), sino instigación, o bien el autor ya está decidido a cometer el acto, en cuyo caso la 'participación psíquica' no es en todo caso inducción (completa), sino 'complicidad psíquica'.”⁴⁶⁰

4. Ciertamente, si por “determinar” entendemos un influjo que reúne unas determinadas características típicas [*Tatbestandsmäßigkeit*] x, y, z , aquellos influjos que las presenten con una menor intensidad no necesariamente pasaran a formar parte del ámbito aplicativo de la complicidad psíquica. Todo dependerá, por el contrario, de cómo se definan las particularidades que debe reunir un estado subjetivo para poder considerar que el agente receptor del aporte motivacional es un *omnimodo facturus* y en cuyo marco, por lo tanto, pueda operar (con sus propias características típicas) la complicidad psíquica como estructura de refuerzo.⁴⁶¹ Consiguientemente, la distinción no depende de cómo se comprendan los verbos típicos “determinar” y “reforzar” desde un punto de vista cuantitativo.⁴⁶² La inducción solo puede operar en un momento *pre-resolutivo*, esto es, aquel en el que el receptor del influjo psíquico presenta la cualidad personal de *non omnimodo facturus*. En esta línea, la característica fundamental de esta manifestación fenotípica de la motivación es la de posicionar a este mismo destinatario en una tendencia interna, de mayor o menor intensidad, dirigida a la efectiva comisión de un delito. De esta manera, *a priori* parece confirmarse, tomando las palabras de FEIJOO SÁNCHEZ,

⁴⁵⁷ RAGUÉS I VALLÈS, «Las condenas alternativas y su discutida legitimidad. A propósito de la asunción por la jurisprudencia española de la doctrina alemana de la “Wahlfeststellung”», *Estudios penales y criminológicos*, (38), 2018, pp. 6 s., con numerosas referencias a la bibliografía alemana.

⁴⁵⁸ VERDE, *InDret*, (1), 2016, p. 6.

⁴⁵⁹ VERDE, *InDret*, (1), 2016, p. 7, n. 28.

⁴⁶⁰ HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 179.

⁴⁶¹ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 74.

⁴⁶² En términos parecidos, ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. Marcelo A. Sancinetti), 2008, pp. 144 s.

“[l]a regla general de que no existe participación sin una resolución delictiva en el autor o autores” cuya excepción solo puede fundamentarse a través de “la inducción y los supuestos en los que existen posiciones de garante.”⁴⁶³ En cambio, la complicidad psíquica solo puede manifestarse en un espacio *post-resolutivo*, en el que la determinación mental del sujeto ya se encamina hacia su objetivo, esto es, la realización del delito. En otras palabras, esta forma de participación solo adquiere vigencia cuando, precisamente, se cierra el espacio aplicativo de la inducción: cuando estamos frente a un *omnimodo facturus*. En este contexto, la estructura motivacional del refuerzo se presenta como una manera de conservar y prolongar la resolución delictiva del receptor del influjo. Así pues, si ilustráramos este *iter criminis* (subjetivo) a modo de gráfica, mientras que la determinación (inducción) del eventual autor dibujaría una línea recta dirigida al inicio de la fase ejecutiva, la tarea del cómplice residiría en *mantener estable* esta misma función, evitando caídas puntuales que pudieran estar capacitadas para devolver al agente al estado subjetivo primario de *non omnimodo facturus*.⁴⁶⁴ En el marco de este último solo cabría la inducción en tanto que forma de participación psíquica.⁴⁶⁵

4.4. Consecuencias para la participación psíquica y el tratamiento de la motivación al delito

1. La caracterización de la doctrina mayoritaria, según la cual a la inducción le corresponde la “determinación de la resolución” y a la complicidad psíquica su “refuerzo”, no permite apoyar una estructuración de tipo *cualitativo-cuantitativa*. Consiguientemente, la participación psíquica solo constituye un soporte para dos focos que iluminan únicamente dos parcelas de un espacio fenoménico mucho más amplio. “Determinar” y “reforzar” son estructuras cualitativas distintas, cuya línea divisoria no depende de una cuestión de intensidad, sino de cómo se defina el estado subjetivo

⁴⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación delictiva*, 1999, p. 64.

⁴⁶⁴ Parecido, INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, pp. 137 ss., concibiendo la inducción como una forma de “conducir” a la comisión del delito y la complicidad como una manera de “respaldar” esta determinación.

⁴⁶⁵ La única manera virtual en la que podría aparecer la instigación en una fase *post-resolutiva* sería en forma de sobreinducción [*Aufstiftung*], a saber, a través de un influjo psíquico capacitado para mutar la resolución originaria hacia un estadio resolutivo cuantitativamente más grave. Sin embargo, incluso en este caso, la inducción configuraría un espacio *post-resolutivo* distinto. En esta línea, no es correcto considerar, tal y como hacen la gran mayoría de los defensores de la concepción analítica de la resolución, que en estos casos de sobreinducción existe, además de una inducción al *plus*, una complicidad psíquica por el *todo*. Siguiendo a ESER, *Juristischer Studienbuch. Strafrecht*, t. II, 3ª ed., 1980, p. 187, el refuerzo motivacional solo puede tener como objeto el delito originario presente en el estadio previo a la nueva decisión producto de la sobreinducción: no se puede reforzar lo que no existe. P.ej., un sujeto resuelto a cometer un hurto es inducido a cometer un robo con violencia; desde la concepción analítica: inducción a unas lesiones + complicidad psíquica en un hurto. En todo caso, esta solución solo sería viable de entender que toda estructura típica de determinación al delito trae consigo un remanente motivacional en forma de refuerzo de la resolución. Al respecto, tómesese el ejemplo clásico: persona resuelta a cometer un hurto es “(sobre)inducida” por un tercero para que utilice un arma en su acción de apoderamiento con las siguientes palabras: “Yo de ti me llevaría un cuchillo, te será mucho más fácil hacerte con el dinero.” Si aceptamos que esta comunicación reúne los requisitos típicos de la inducción, no habrá problemas entonces para castigar al sujeto como inductor (bien de un delito de robo –concepción sintética–, bien de un delito de amenazas –concepción analítica–); la duda surge en si podemos considerar que tales palabras constituyen un “refuerzo” (complicidad psíquica) del estado resolutivo original (resolución a un hurto en tanto que espacio *post-resolutivo* con respecto al estado anterior de *non omnimodo facturus*). Al respecto, difícilmente puede concluirse que un consejo relativo a la utilización de un instrumento lesivo (perfectamente vinculable con el delito de robo o el de amenazas), pueda conectarse funcionalmente con la resolución a un acto de apoderamiento sin violencia o intimidación (hurto) en tanto que “motivo adicional” a los ya existentes en el acervo mental del autor.

de la persona de delante para entender si este está resuelto o no a cometer un injusto penal.⁴⁶⁶ Por lo tanto, la complicidad psíquica solo adquiere una cualidad subsidiaria con respecto a la inducción de forma meramente contingente: cuando puede afirmarse que el espacio de aplicación de la instigación queda cerrado al dirigirse el influjo psíquico a una persona ya determinada a cometer el delito (un *omnimodo* o *alias facturus*). Con esto dicho, no es posible concluir, tal y como expresa SÁNCHEZ LÁZARO, que “si concurren las circunstancias que confieren a la incitación la peligrosidad típica de la inducción apreciaremos esta última figura, en caso contrario estaremos ante un supuesto de mera complicidad.”⁴⁶⁷ Por el contrario, de no darse estos presupuestos de peligrosidad, la conducta motivadora deberá considerarse atípica, pues la complicidad psíquica solo puede aplicarse en un estadio *post-resolutivo*. En otras palabras, todos aquellos influjos que no alcanzan los presupuestos típicos esbozados para la instigación (sean cuales sean), se muestran indignos de cualquier tipo de tratamiento jurídico-penal si se emiten en un estadio *pre-resolutivo*.

2. Sobre la base de este entendimiento, es factible defender tanto la posibilidad de una “cooperación necesaria psíquica” como la habilitación de una cláusula de atenuación facultativa para la inducción. Con respecto a la primera opción, si una sistemática *minus-plus* parecía vetarla (la inducción ya haría las veces de *plus* cuantitativo con respecto a la complicidad, por lo que sería redundante hablar de una cooperación necesaria psíquica), una de clase *aliud-alio* permite eludir tal conclusión. Dos estructuras motivacionales cualitativamente distintas pueden ser susceptibles, respectivamente, de una graduación cuantitativa relativa a la mayor o menor intensidad del influjo determinante o reforzador, según fuera el caso.⁴⁶⁸ En lo que a la cláusula de atenuación se refiere, si la instigación subsume los influjos motivacionales efectuados en fase *pre-resolutiva*, equiparar penológicamente todos sus casos a las formas de autoría puede resultar erróneo. Efectivamente, esta manifestación fenotípica de la motivación puede presentar también una gravedad menor a la de algunos casos pertenecientes al ámbito tanto de la autoría como de la cooperación necesaria. En parte, ello dependerá de cómo se defina la figura del *omnimodo facturus*, clave de bóveda del sistema, pues un estado resolutivo que exija “menos convicción” tenderá a incluir más conductas en el ámbito de la inducción que otro que “exija más”.⁴⁶⁹ En todo caso, esta salvedad podría superarse sin problemas reduciendo el propio ámbito

⁴⁶⁶ De allí que AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 152 indique que “determinar” deba diferenciarse de otras “formas de influir comportamientos ajenos.”

⁴⁶⁷ SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 443. Podría suceder que una conducta que presentara la peligrosidad necesaria para afirmar la inducción fuera considerada complicidad al dirigirse a “reforzar”, que no “determinar”, la resolución delictiva. Otra cosa es que esta peligrosidad se vincule con el estado resolutivo del receptor del influjo, pero esto ya no depende de la intensidad de la conducta motivadora del inductor.

⁴⁶⁸ Otra cosa bien diferente es que se entienda que, por cuestiones de merecimiento y necesidad de pena, toda conducta *reforzadora* de la resolución delictiva, con independencia de su intensidad cuantitativa, merece menos pena que un comportamiento *determinador* o *inductor*. En todo caso, no existirían impedimentos sistemáticos para castigar a través de la cooperación necesaria psíquica en caso de rechazarse tal consideración. Piénsese, p.ej., en la entrega de un motivo que evita un desistimiento inminente, salvando la continuidad del hecho.

⁴⁶⁹ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 105, 124, indicando que un estado resolutivo que exija una voluntad irrevocable, tenderá a incluir todos los casos de influencia motivacional en el ámbito de la inducción, vaciando de contenido la complicidad psíquica por refuerzo de la resolución.

típico de la instigación con el fin de no incluir cualquier forma de “creación de la resolución delictiva”, enfatizando la intensidad cuantitativa de los verbos “inducir” o “determinar”.⁴⁷⁰ Pero, de seguirse este camino, determinados remanentes motivadores pertenecientes a la estructura de la creación (que no determinación) de esta misma resolución quedarían sin tratamiento típico, por lo que esta atenuación permitiría canalizar su correspondiente desaprobación.

3. Esta última idea tiene como principal consecuencia la existencia de un “espacio motivacional” carente de tratamiento y respuesta jurídico-penal. Si, por un lado, solo determinadas conductas creadoras de la resolución delictiva pueden incluirse en el ámbito de la inducción y, por el otro, se sigue defendiendo la incriminación de los influjos reforzadores, se produce una fuerte contradicción en lo que al merecimiento y la necesidad de pena de los comportamientos motivadores se refiere. Ciertamente, una conducta *creadora*, pero no *determinante*, de la resolución delictiva debe considerarse atípica al no poderse subsumir en los márgenes incriminatorios de la inducción (pena equivalente a la autoría). En cambio, un comportamiento *reforzador* (*a priori* menos intenso que uno *creador* de la resolución), contextualizado en un espacio *post-resolutivo*, sí podrá merecer pena. Y no solo menor en grado (complicidad), sino incluso mayor (cooperación necesaria), de darse una intensidad cuantitativa más grande.

4. Por todo lo indicado, la participación psíquica no permite ofrecer un tratamiento unitario y cerrado a la motivación al delito. Como decía, esta última requiere de una estructura que permita responder por el merecimiento de pena *in abstracto* de las conductas motivadoras y por su merecimiento *in concreto*. Si existe una razón para incriminar como forma de intervención en el hecho delictivo a este fenómeno, debe existir otra que permita graduar la intensidad y gravedad de las distintas conductas prohibidas. En efecto, no toda forma de influir en la decisión delictiva merece la misma pena que el autor. Consiguientemente, es necesario conseguir que la inducción y la complicidad psíquica adquieran una verdadera función como mecanismos de graduación de una misma equivalencia estructural relativa a las influencias motivacionales. Sin embargo, de lo que disponemos en la actualidad, según la definición doctrinalmente asentada, es de dos marcos que subsumen solo dos parcelas estructurales totalmente diferentes: la complicidad psíquica solo sirve para encajar aquellas conductas motivadoras que interactúan con un *omnimodo facturus*, no para incluir las influencias menos graves y, por lo tanto, no requeridas de la pena del autor o del inductor. Frente a ello, es necesario

⁴⁷⁰ Partiendo de la idea de que por “determinar” o “inducir” debe entenderse algo más que una mera “creación” de la resolución delictiva, en contra de lo que sostiene la teoría de la causalidad. Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 272, n. 252: “[u]na concepción restrictiva de la inducción y, sobre todo, una concepción de las formas de intervención en el delito en la que la decisión acerca de la tipología de su castigo no prejuzga la tipicidad de las conductas, convierte en innecesaria la atenuación facultativa de la inducción reclamada insistentemente por un sector de la doctrina española”; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 128. Sea como fuere, casi todas las teorías relativas a la construcción de los límites típicos de la inducción permiten esta reducción teleológica habida cuenta de su simetría penológica con las formas de autoría.

construir una sistemática que responda realmente una relación *minus-plus*, de tal manera que la instigación se aplique para los casos más graves y la complicidad para los restantes.

5. No obstante, antes de efectuar esta graduación cuantitativa, es necesario responder a una pregunta que las dos formas de participación psíquica fragmentan en ámbitos de discusión diferentes: qué conductas motivadoras debe restringir el Derecho penal y cuáles pueden amoldarse a la estructura de la intervención delictiva. Por lo tanto, antes de hablar de inducción, complicidad o autoría, es pertinente contestar a un problema general de tipicidad,⁴⁷¹ a saber, si la *motivación* como base estructural merece pena o no en tanto que manera de intervenir en el acontecimiento delictivo. Solo cuando se haya respondido a esta pregunta, podrá abordarse la específica manifestación fenotípica que toma la motivación en el caso concreto, observando en qué medida el estado psicológico del receptor puede afectar a su graduación cuantitativa a los efectos de la específica pena a imponer. En otras palabras, confirmada la relevancia típica de la transacción motivacional *per se*, faltará constatar el concreto título de imputación (complicidad, inducción, autoría, cooperación necesaria) sobre la base de las distintas variables capacitadas para graduar su *intensidad relativa* como forma de intervención en el hecho antijurídico. Entre ellas, la figura del *omnimodo facturus* podría llegar a tener importancia, pero, en todo caso, no exclusiva, pues también otros elementos circunstanciales pueden afectar, entiendo, al específico título de participación o autoría que corresponde imputar a una transacción motivacional típicamente desaprobada como forma de intervención —así, p.ej., el mayor o menor control del plan delictivo, el medio a través del cual se ha llevado a cabo la motivación, el tipo de relación previa entre el motivador y el motivado, entre otros aspectos—.

IV. MOTIVACIÓN AL DELITO Y OTRAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN

1. El rechazo al recurso de la inducción en el ámbito de organizaciones jerárquicas

1. El último problema que presenta la participación psíquica es que constituye una estructura que no capta la totalidad del fenómeno de la motivación al delito. Ciertamente, también otras formas de autoría y participación se presentan capacitadas para comprender determinados segmentos de la motivación interpersonal, pese a no fundamentar dicha integración (en otras palabras, la atribución de responsabilidad jurídico-penal) en el eventual significado típico de este mismo problema. De esta manera, existen una serie de manifestaciones fenoménicas del campo de las transacciones motivacionales que, paulatinamente, se han ido desacoplando del ámbito aplicativo conformado por las dos “categorías psíquicas” *supra* relacionadas. Este suceso ha tenido lugar, principalmente, en el marco de las organizaciones jerárquicas, tanto en aquellas que actúan fuera del Derecho

⁴⁷¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 355 ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación delictiva*, 1999, pp. 68 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 272, n. 252.

(organizaciones criminales), como en las que tienen un reconocimiento jurídico (organizaciones empresariales). En el seno de estas agrupaciones, donde se producen contactos interpersonales a diario, adquiere un papel relevante el binomio “superior-subordinado”, en cuyo contexto, la motivación suele tomar la forma de *orden*, *requerimiento* o, incluso, *consejo*. No es casual que el antiguo § 48 RStGB indicara que uno de los medios de la inducción lo conformaban las órdenes,⁴⁷² un constructo comunicativo muy ligado a la idea acabada de esbozar en el marco del concepto de “autoridad”.⁴⁷³ Sobre esta premisa, en el seno de estas estructuras es donde mejor puede identificarse al ser humano como agente eminentemente social, plenamente inmerso en las dinámicas supraindividuales resultantes de unas estructuras organizadas basadas en la división horizontal y vertical del trabajo.⁴⁷⁴ Pese a la notable entidad de la “cuestión motivacional” en este ámbito, la participación psíquica dista en la actualidad de erigirse como el apoyo estructural adecuado para atribuir responsabilidad jurídico-penal a sus miembros superiores. De esta manera, en el seno del análisis de este tipo de organizaciones y en pos de una tendencia a trasladar la responsabilidad “hacia arriba”,⁴⁷⁵ las “categorías clásicas” (inducción y complicidad psíquica) han perdido vigencia para dar paso a sistemas fuertemente centrados en la idea tanto de una “autoría mediata” revisada⁴⁷⁶ como de la competencia y el ámbito de organización en el contexto de un proceso de normativización de la imputación de responsabilidad.⁴⁷⁷

2. Una de las principales razones de este proceso puede identificarse, justamente, en el rechazo generado por la inducción como forma de intervención susceptible de subsumir la desaprobación penal de estos supuestos “superior-subordinado”.⁴⁷⁸ Es cierto, esto no obstante, que existen notables voces a favor de aplicar la figura de la instigación en estos casos.⁴⁷⁹ A este respecto, BRAMMSEN y

⁴⁷² MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 345.

⁴⁷³ Muy estudiado en el ámbito de la psicología social con respecto a los *topoi* de la influencia y la persuasión. Sobre ello, OVEJERO BERNAL, *Las relaciones humanas*, 2007, pp. 168 ss. Una de las obras clásicas sobre el tema es la de ZIMBARDO, *El efecto lucifer. El porqué de la maldad* (trad. Genís Sánchez Barberán), 2008, pp. 349 ss.

⁴⁷⁴ SCHÜNEMANN, «Los fundamentos de responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa (trad. Lourdes Baza)», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 129.

⁴⁷⁵ Sobre esto, SCHÜNEMANN, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación (trad. Beatriz Spínola Tártalo)», *ADPCP*, (55), 2002, pp. 10 ss.

⁴⁷⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (trads. Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo), 2016, pp. 237 ss.

⁴⁷⁷ Por todos y de manera resumida, véase ROBLES PLANAS, «Imputación del delito a personas físicas (I) Tipo objetivo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, pp. 130 ss.; EL MISMO, «Principios de imputación en la empresa», en EL MISMO/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, p. 23.

⁴⁷⁸ También con respecto a la complicidad. Al respecto, BRAMMSEN/APEL, «Anstiftung oder Täterschaft? „Organisationsherrschaft“ in Wirtschaftsunternehmen», *ZJS*, (3), 2008, p. 260, quienes indican que esta figura no está destinada a resolver este problema dado su carácter fuertemente subordinado a la figura del autor.

⁴⁷⁹ P.ej., HERZBERG, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, 2000, pp. 33 ss.; KREY/NUYS, «Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel», *FS-Amelung*, 2009, pp. 203 ss.; ROTSCHE, «Täterschaft kraft Organisationsherrschaft», *ZStW*, (112), 2000, pp. 518 ss.; KUTZNER, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der Mittelbaren Täterschaft*, 2004, pp. 244 ss. En España, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 403; PÉREZ CEPEDA, «Criminalidad de empresa: problemas de

APEL indican que las directrices dadas en el seno de una organización jerárquica pueden cumplir fácilmente con los requisitos establecidos en el § 26 StGB.⁴⁸⁰ Igualmente, JOERDEN opina que “no se debe hacer depender las definiciones de los términos (...) a las consecuencias jurídicas [entiéndase, penológicas].”⁴⁸¹ En este sentido, este autor considera que al jefe de una organización le corresponde estructuralmente la calificación de inductor, pues, más que utilizar el comportamiento irresponsable de una persona, influye en el delito a través de una conducta plenamente responsable (la de la persona de delante).⁴⁸² Otra cosa es que, ya desde el ámbito de una determinada política criminal, se pretenda que el legislador aumente la pena del inductor; algo que, en todo caso, no debe influir en la construcción de dicho concepto jurídico, aplicable en lo estructural a estos supuestos.⁴⁸³

3. Siguiendo a OROZCO LÓPEZ, puede decirse que todas estas opiniones comparten un concepto altamente restrictivo de inducción que les permite superar el reproche clásico suscitado por esta forma de participación, a saber, el hecho de no captar correctamente el desvalor total del comportamiento de la persona de detrás en el ámbito de las organizaciones jerárquicas.⁴⁸⁴ Es cierto que también se ha puesto el acento en problemas de tipo estructural (básicamente, con respecto a la imposibilidad de atribuir responsabilidad al superior en algunos casos dado el carácter accesorio de la inducción como forma de participación⁴⁸⁵ o a la innecesidad de probar la existencia de un proceso de convencimiento motivacional, requisito de la instigación⁴⁸⁶). No obstante, ha sido justamente este “sentimiento”,⁴⁸⁷ relativo a la “mayor importancia” de la persona de detrás en la configuración total del hecho antijurídico, el que más ha repercutido en las apreciaciones de parte de la doctrina. En última instancia, todo lo que queda es la apreciación de que la opción de la participación y,

autoría y participación», *La Ley*, (9), 2002, p. 117. En contra, por todos, ROXIN, «Organisationsherrschaft und Tatentschlussheit», *ZIS*, (7), 2006, p. 295.

⁴⁸⁰ BRAMMSEN/APEL, *ZJS*, (3), 2008, pp. 259 s.

⁴⁸¹ JOERDEN, «Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten», *FS-Puppe*, 2011, p. 565.

⁴⁸² JOERDEN, *FS-Puppe*, 2011, p. 564. En el mismo sentido, PUPPE, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, (6), 2007, p. 241, quien considera que la doctrina “desconsidera” la inducción cuando, en realidad, expresa un contenido de desvalor muy grande.

⁴⁸³ JOERDEN, *FS-Puppe*, 2011, p. 565, remarcando que, en caso que el legislador abogara por esta opción, seguramente la doctrina dejaría de preocuparse por sustituir la inducción por una forma de autoría en estos casos, lo que remarca el hecho de que el problema está en la consecuencia jurídica (la pena), pero que el mismo no puede influir en la estructuración dogmática de la figura en concreto (la inducción).

⁴⁸⁴ OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*, 2018, p. 126.

⁴⁸⁵ Básicamente, en aquel supuesto en el que el subordinado actúa de manera neutral (ausencia de tipo objetivo). Al respecto, ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, pp. 146 s.

⁴⁸⁶ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2004 pp. 174, 180 s., añadiendo el argumento de la que la inducción en cadena no es posible sobre la base del Derecho positivo español (p. 183); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», *CPC*, (123), 2017, pp. 5 ss. indicando que no se requiere “mínimo esfuerzo de convicción sobre el ejecutor, al que no precisa siquiera conocer o contactar, para que se realice el hecho delictivo.”

⁴⁸⁷ JOERDEN, *FS-Puppe*, 2011, p. 565, indicando que, en los intentos de sustituir la inducción por una forma de autoría “todo lo que queda es el deseo (jurídico-político) de no tratar al hombre de atrás (el jefe mafioso, el jefe de un régimen injusto, etc.) con la etiqueta supuestamente más inofensiva [*harmloseren*] de inductor (...).”

principalmente, de la inducción (en principio, de menor expresividad que la autoría) para casos de imputación de responsabilidad al superior es insatisfactoria. Ello, porque dicho sujeto siempre se mostrará como el “principal protagonista” del acontecimiento delictivo, esto es, el principal competente del ocurrir del hecho.⁴⁸⁸ Sobre esta premisa, la pretensión ha consistido en calificar a la persona dirigente de la organización con la etiqueta de “autor” con el fin de significar su relevancia en la estructuración del delito, más intensa, se entiende, que la de sus subordinados.

2. Los recursos alternativos: “autor tras el autor”, competencia y ámbito de organización

1. Más allá de otras opciones,⁴⁸⁹ el proceso de sustitución de la inducción se ha centrado, principalmente, en la controvertida figura de la “autoría por dominio de aparatos organizados de poder”, en el ámbito de las organizaciones criminales; y en la construcción de una posición de garante en la que incluir el comportamiento autorresponsable de los subordinados, para los casos de organizaciones empresariales. No es lugar aquí para efectuar un repaso pormenorizado de estas dos “figuras sustitutivas”, que bien merecen de un análisis exhaustivo que puede sobrepasar el objeto del presente trabajo. Me limitaré, por lo tanto, a presentar sus características más esenciales. Con ello, pretendo remarca la capacidad que presentan estas alternativas para expulsar a la inducción del contiguo de estructuras de imputación adecuadas para abordar el proceso de atribución de responsabilidad jurídico-penal a los responsables de los “niveles de mando” de estas organizaciones jerárquicas.

2. En el seno de las *organizaciones criminales*, como las mafias o regímenes políticos de corte autoritario, la controvertida figura del “autor tras el autor” en términos roxinianos ha alcanzado el papel

⁴⁸⁸ ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 147. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 105: “no deja de producir perplejidad la atribución de la mera calificación de partícipe para quien, en muchos casos, domina de modo esencial el acontecer típico (...) este es normalmente quien posee toda la información acerca del hecho delictivo, controla las estructuras en que la comisión del delito tiene lugar, así como los cauces y medios de esta.” De manera expresiva, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, 2004, pp. 188: “calificar al hombre de atrás como inductor no permite captar todo el desvalor de su conducta, además de relegarle al papel de partícipe en el hecho cuando el significado real de su contribución es bien distinto.” En contra, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?», *LH-Mir Puig*, 2017, p. 520, calificando que estas apreciaciones “otroga[n] un valor excesivo a la idea de autor como 'figura central'.”

⁴⁸⁹ Principalmente, la de la coautoría entendida como “dominio funcional” del hecho. Entre ellas, tiene un peso especial la de tesis de WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 110 y JAKOBS, *PG*, 1997, p. 750., vinculada a idea de la compensación, donde el *minus* en la ejecución se compensa por el *plus* en la decisión. Con ello, se supera el argumento de que, para aplicar la coautoría, es necesario que todos los integrantes de la resolución conjunta contribuyan en la fase ejecutiva. El recurso de la coautoría ha sido ampliamente utilizado por parte de la jurisprudencia española dado el amplísimo concepto que manejan para esta, tal y como indica GIL GIL, «La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española», *ADPCP*, (61), 2008, pp. 54 ss. Críticamente, por todos, PEÑARANDA RAMOS, «Autoría y participación en la empresa», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), VALIENTE IBÁÑEZ (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 260 ss., principalmente, si se parte de un concepto de coautoría vinculado al “dominio funcional” del hecho.

protagonista.⁴⁹⁰ Así pues, la percepción generalizada de que, tanto el jefe criminal, como el jerarca político-militar, son algo así como “autores de escritorio” [*Schreibtischtäter*], impulsó en su momento a defender una estructura de autoría, que no de participación, para estos sujetos. Sus principales dificultades dogmáticas son de sobra conocidas: la lejanía espacio-temporal entre la *orden antijurídica* y la propia ejecución del hecho, el carácter masivo de la organización, que tiende al anonimato de sus componentes, así como la plena responsabilidad de los subordinados-ejecutores, *a priori* incompatible con las implicaciones del clásico entendimiento de la prohibición de regreso.⁴⁹¹ Estos escollos para atribuir responsabilidad penal a título de autor a la persona de detrás llevaron a ROXIN, en 1963, a defender la denominada teoría de la “autoría mediata en aparatos organizados de poder”.⁴⁹² Según esta estructura, es posible predicar algo parecido a una autoría mediata, incluso aceptando la plena responsabilidad del sujeto de delante, de darse tres grandes requisitos: (i) el poder de mando, (ii) la desvinculación del Derecho de la organización y (iii) la fungibilidad del subordinado.⁴⁹³

3. Más recientemente, el propio autor ha añadido el requisito de la “considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor.”⁴⁹⁴ Este último estaría vinculado al conjunto de circunstancias que rodean a la persona de delante en tanto que inmerso en la organización y que lo “hacen más preparado” a cometer el delito, incrementando así las probabilidades de un desenlace típico.⁴⁹⁵ Con esta construcción, se ha dispuesto una solución dogmática bastante adecuada para imputar a título de autor al superior de la organización criminal. En el marco de esta última, ya no es necesario probar grado alguno de afectación a la libertad o al conocimiento de la persona de delante.⁴⁹⁶ Así pues, los criterios de la autoría mediata se flexibilizan para dar cabida a una forma de autoría compatible *a priori* con el principio de autorresponsabilidad y, por consiguiente, a la susceptibilidad de desaprobación jurídico-penalmente e imputar el hecho al sujeto subordinado.⁴⁹⁷ En este sentido, pese al alto impacto de la cuestión motivacional, la inducción o la complicidad psíquica no ejercerían ningún papel en estos casos, por lo que la participación psíquica quedaría relegada en favor de esta construcción

⁴⁹⁰ El concepto es de SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 130 ss., pero puede vale para subsumir la construcción de ROXIN, quien la concreta en la máxima de “dominio de aparatos organizados de poder”. Sobre los paralelismos entre ambas construcciones, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), VALIENTE IBÁÑEZ (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 248 ss.

⁴⁹¹ Por todos, BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 337 ss.

⁴⁹² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2916, pp. 237 ss.

⁴⁹³ ROXIN, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *REJ*, (7), 2006, pp. 16 ss.

⁴⁹⁴ ROXIN, *REJ*, (7), 2006, p. 19.

⁴⁹⁵ ROXIN, *REJ*, (7), 2006, p. 20, incluyendo, entre estas circunstancias, la tendencia a la adaptación y a prestar servicio, elementos altamente relacionados con los distintos sesgos cognitivos y volitivos a los que están sometidos los individuos en determinadas organizaciones masivas.

⁴⁹⁶ BOLEA BARDON, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *RDPC*, (12), 2013, p. 20.

⁴⁹⁷ Uno de los principales escollos para imputar el hecho a título de autor al superior, tanto en organizaciones criminales, como en organizaciones empresariales. Sobre este punto, PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), Valiente Ibáñez (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 246 s.

especial. Sin perjuicio de las críticas que pudiera suscitar esta última,⁴⁹⁸ baste por el momento el hecho de afirmar su capacidad para expulsar e invalidar la participación psíquica como mecanismo adecuado para abordar el problema.

4. En el contexto de la *criminalidad empresarial*, las referencias a cuestiones en apariencia tan naturalísticas como la propia motivación, ínsita *a priori* a la inducción y a la complicidad psíquica, han quedado arrinconadas para dar cabida a canales de imputación basados en los deberes pre-configurados relativos al control de los peligros propios de la estructura organizada en las que se inserta el sujeto-dirigente. En esta línea, la idea paradigmática del “dominio del hecho”, en tanto que indicador central de la autoría, se ha sustituido por un criterio normativo, no basado en el control fáctico del acontecer de hecho por parte del agente, sino en su “competencia” en el marco de la empresa.⁴⁹⁹ Sobre esta premisa, se advierte innecesario constatar, o bien “hechos psíquicos”, o bien influencias morales en el discurrir deliberativo de los destinatarios del influjo. Todo queda reducido a la identificación del competente por el riesgo y el debido cumplimiento por parte de este de los deberes emanados de su posición de garante.⁵⁰⁰ En efecto, a la hora de abordar el problema de imputación al superior en este tipo de organizaciones, se rechaza de manera generalizada que la construcción de la autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder pueda llegar a tener cabida. Y ello, básicamente, por no darse uno de sus requisitos esenciales, el alejamiento del Derecho por parte de aquellas, extremo que ha sido remarcado por el propio ROXIN.⁵⁰¹

5. Consiguientemente, en las organizaciones empresariales, las “categorías clásicas” (inducción y complicidad psíquica) han perdido vigencia para dar paso a sistemas fuertemente centrados en la idea de la competencia y el ámbito de organización.⁵⁰² La principal causa de este abandono se debe al cambio de paradigma sufrido por el proceso de atribución de responsabilidad jurídico-penal en este campo. De esta manera, se dice que este “ya no viene a gravitar en torno a las estructuras activas de

⁴⁹⁸ Críticas que, por otro lado, se vinculan al concepto restrictivo de autor del que parte ROXIN y que será evaluado más adelante cuando exponga el sistema de intervención que defiende en este trabajo.

⁴⁹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, «Problemas de imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDRECASAS/DEMETRIO CRESPO (dir), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, 2010, p. 78.

⁵⁰⁰ Al respecto, véase, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 123.

⁵⁰¹ ROXIN, *REJ*, (7), 2006, pp. 21 s. Igualmente, entre otros, SCHÜNEMANN, «§ 25», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 131; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 90; AMBOS, «Tatherrschaft durch Willensherrschaft Kraft organisatorischer Machtapparate», *GA*, 1998, p. 239; KÜPPER, «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen», *GA*, 1998, p. 525; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 520; PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), Valiente Ibáñez (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 260 ss. Críticamente, vinculando esta construcción con la posibilidad de fundamentar una responsabilidad de la propia empresa, GÓMEZ-JARA DÍEZ, «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *CPC*, (88), 2006, pp. 140 ss.

⁵⁰² Por todos y de manera resumida, véase ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, pp. 130 ss.; EL MISMO, «Principios de imputación en la empresa», en EL MISMO/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, 2018, p. 23.

imputación” lo que ha originado una progresiva renuncia del método *bottom-up*.⁵⁰³ Según este, el proceso de imputación se inicia analizando “la conducta del subalterno para ir ascendiendo (...) por la cadena de mando” con base en el concepto *orden*.⁵⁰⁴ En este marco, jugaría un papel capital la figura de la inducción, así como la de la cooperación necesaria y la propia autoría mediata⁵⁰⁵ en comunión con el clásico entendimiento de la prohibición de regreso. En cambio, se prefiere una aproximación de tipo *top-down*, relativa a la identificación de los distintos ámbitos de competencia de los sujetos implicados en la configuración del hecho y su respectiva cumplimentación de los deberes ínsitos a su posición de garante.⁵⁰⁶ A través de este modelo, en palabras de PEÑARANDA RAMOS, se toma como “punto de partida la responsabilidad preferente de los administradores o directivos de la empresa y luego la amplía, en su caso, dentro de ciertos límites y en distintos grados, a los mandos intermedios, los encargados y los demás empleados o trabajadores de la misma.”⁵⁰⁷

6. Sobre la base de esta estructura de atribución de responsabilidad, al administrador de una organización empresarial se le imputa el hecho delictivo, no por *motivar* a sus subordinados a ejecutarlo, sino por *infringir los deberes* vinculados a su ámbito de competencia. Así pues, la razón de fondo de su desaprobación ya no se centraliza en el hipotético “influjo psíquico” que pudiera emanar de sus *órdenes*, sino en el concepto normativo de competencia, de tal manera que es “el círculo de deberes *concretamente asumido* por un sujeto el que determina la existencia o no de responsabilidad.”⁵⁰⁸ Al respecto, se entiende que un administrador tiene un deber originario de asumir los riesgos propios de la empresa.⁵⁰⁹ Sin perjuicio de la posibilidad de delegar estas esferas de competencias,⁵¹⁰ al superior se le hace responsable pese al comportamiento libre de su subordinado porque este último actúa en el ámbito de organización de aquel, de tal manera que “[n]o se trata de responsabilidad por el comportamiento de otro, sino de la responsabilidad por el propio ámbito de organización que ha resultado ampliado mediante la incorporación de otros sujetos que operan en él y para él.”⁵¹¹ Consiguientemente, el administrador responderá como autor (o, según fuera el caso, como partícipe) por ser el competente de evitar el riesgo surgido de su esfera de control, con independencia de que

⁵⁰³ ROBLES PLANAS, en EL MISMO/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Delito y empresa*, 2018, p. 26.

⁵⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 104.

⁵⁰⁵ Sobre esta opción en específico, críticamente, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 111.

⁵⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, p. 126.

⁵⁰⁷ PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Valiente Ibáñez (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, p. 240.

⁵⁰⁸ ROBLES PLANAS, en EL MISMO/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Delito y empresa*, 2018, p. 23.

⁵⁰⁹ PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), Valiente Ibáñez (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 270 ss., indicando que la empresa constituye el ámbito de organización de su titular.

⁵¹⁰ Sobre este proceso, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 131 ss.

⁵¹¹ ROBLES PLANAS, en EL MISMO/RAGUÉS I VALLÈS (dirs.), *Delito y empresa*, 2018, p. 28. La posición de garante no se proyecta sobre el comportamiento de un sujeto autorresponsable, sino sobre los riesgos ínsitos a la actividad empresarial. Sobre esto, MITTELSDORF, «Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern», *ZIS*, (3), 2011, p. 126.

esto haya ocurrido como respuesta a una *orden* (conducta activa) o debido a una falta del debido control (conducta omisiva).⁵¹²

IV. PROPUESTA DE ESTRUCTURACIÓN DE UNA EVENTUAL *INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL*

1. Recapitulación crítica

1. La participación psíquica no constituye un soporte adecuado para plantearse el merecimiento de pena de los comportamientos motivadores, su configuración como formas de intervención en el hecho delictivo y la cuantificación de la responsabilidad resultante. En efecto, el esquema que disponemos en la actualidad bien puede caracterizarse, no por la existencia de una construcción dogmática unitaria que pudiera denominarse *intervención motivacional*, sino por la disposición de un conjunto de subsistemas en el ámbito de la autoría y la participación *con implicaciones motivacionales*. La existencia del marco compuesto por la inducción y la complicidad psíquica no debe llevar a equívocos en la medida en que la cuestión aquí analizada trasciende los límites de la estricta “determinación” (inducción) o “fortalecimiento” (complicidad psíquica) de la decisión dirigida al injusto. Todas las estructuras de imputación suscitadas en el ámbito del Derecho penal económico con tal de atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos de una empresa son ejemplo de ello. Por otro lado, repárese en los esfuerzos dogmáticos para solucionar el problema de la responsabilidad de los “jefes” de organizaciones criminales con base en las órdenes emitidas a sus inferiores. Es innegable la fuerte vinculación que estos dos supuestos de hecho mantienen con el fenómeno que interesa. Sin embargo, las soluciones más en boga para los mismos escapan del ámbito de aplicación de la participación psíquica.

2. Así pues, ni existe ni ha existido nunca un tratamiento jurídico-penal unitario y estable de la motivación al delito. Este fenómeno se ha visto fragmentado entre los campos de aplicación de las distintas formas de intervención en el delito que se han sostenido en uno u otro momento. Desde el marco conceptual ofrecido por estos últimos, dado su propio espacio de tipicidad (generalmente desligado del problema concreto de la motivación interpersonal), pocas veces se ha podido reparar en la contemplación de este fenómeno como punto de partida para estructurar una determinada configuración dogmática. Esta situación ha originado lo que podemos denominar como una “dispersión” del tratamiento de la motivación al delito. De esta manera, la pregunta sobre hasta qué punto puede calificarse como interviniente en el hecho delictivo (a título de autor o partícipe) a una persona por motivar a un tercero a ejecutarlo (o a configurarlo a través de otro tercero), ha obtenido

⁵¹² PEÑARANDA RAMOS, en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), VALIENTE IBÁÑEZ (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, 2016, pp. 274 ss.

una respuesta seccionada. Esto se patentiza a través de las múltiples opciones que, de entrada y sin abundar en la búsqueda de una fundamentación común, ofrecen las legislaciones positivas nacionales y su desarrollo dogmático. En el marco de este último, todas las posibilidades inculpativas se acaban caracterizando por darse la espalda entre sí y, muchas veces, por fundamentar la atribución de responsabilidad penal desatendiendo el problema motivacional.⁵¹³

3. En esta medida, el fenómeno de dispersión estructural del tratamiento del objeto del presente estudio ha sido constante en el tiempo. Así, la cuestión de la intervención por aportación de motivos se ha analizado, desde siempre, en correspondencia con las distintas categorías elaboradas por la doctrina o recogidas, ya más adelante, por los Códigos penales. La causa de ello es el hecho de que la discusión sobre los sujetos criminalmente responsables por la configuración de un suceso delictivo ha girado siempre, de una manera más o menos explícita, en torno a la identificación del título de intervención de aquellos.⁵¹⁴ De esta forma, es conocida por todos las manera de abordar el fenómeno de la *participación* o *concurrencia* de múltiples personas en un mismo acontecimiento delictivo: siempre se ha partido de la “búsqueda” del autor, en tanto que “protagonista principal” del acontecer,⁵¹⁵ dejando para un segundo nivel, del todo accidental, la atribución de responsabilidad a los demás intervinientes, calificados ya de entrada como “actores secundarios”.⁵¹⁶ El problema, a mi parecer, es que la realización de un delito por una pluralidad de personas se asemeja más a la construcción de una “obra coral” que a la visión clásica del “camino del héroe” o monomito. Por consiguiente, considero que esta situación ha invertido metodológicamente los pasos a seguir en la estructuración de un sistema de intervención en el delito conceptualmente plausible a la vez que respetuoso con los principios dogmáticos en conflicto.

4. De esta forma, el abordaje de la cuestión se ha centrado en el *fenotipo* específico de intervención, a saber, la representación de los rasgos de una precisa forma de configuración del hecho delictivo según la terminología imperante en el momento: mandante, consejero, auxiliador, *Täter*, *Urheber*, autor,

⁵¹³ Un fenómeno que también se da en determinadas construcciones dogmáticas de la propia inducción. En estas, directamente se prescinde de la raíz motivacional del problema para vincular su inculpativa a otras cuestiones, p.ej., a un dominio del lado intelectual de la psique del autor a través del control de su plan delictivo (así, las *teorías del dominio intelectual* —por todos, véase SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers. Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 1980, pp. 137 ss.).

⁵¹⁴ Así lo denuncia ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 2: “[d]ebe abandonarse el concepto de autor como punto de partida de la construcción de toda la dogmática de las formas de intervención. El concepto de 'autor' es un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de 'intervención' en el delito.”

⁵¹⁵ Constituyendo así la “figura central” [*Zentralgestalt*] del hecho delictivo (ROXIN, «Zur Mittäterschaft beim Versuch. Zugleich ein Beitrag zur Frage, ob Vorbereitungen Mittäterschaft begründen können», *FS-Odersky*, 1996, p. 489). También, BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal*, t. I, 1997, p. 161: lo importante es “en primer lugar, determinar quién es autor y cuando hay hecho principal.”

⁵¹⁶ Expresa con claridad esta misma metodología ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (trs. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2016, pp. 42 ss. considerándola como una conjunción mixta, tanto de una aproximación ontologicista —en tanto que no obvia las estructuras del ser subyacentes a la cuestión, en las que el autor es el protagonista principal del acontecimiento— como de una perspectiva teleológica —en la medida en que el legislador, de entre estas relaciones predefinidas, elige unas como contenido de sus regulaciones—. Con todo, autor es la “figura central del acontecer de la acción”.

inductor, etc.⁵¹⁷ En este contexto, se ha obviado la búsqueda del *genotipo* subyacente, en tanto que característica fundamental que permitiría, en conjunción con una serie de particularidades, la justa visualización del *fenotipo* concreto (esto es, la específica forma o título de intervención en el delito una vez afirmada la relevancia jurídico-penal en sí del comportamiento en relación con la configuración del acontecimiento antijurídico).⁵¹⁸ En tanto que la discusión se ha centrado siempre en el desarrollo de las *formas concretas de participación o autoría* más que en el hecho de *dotar de relevancia a un determinado actuar como sustento de una eventual desaprobación jurídico-penal* (como podría serlo el motivar a otro a ejecutar un comportamiento ilícito), el fenómeno aquí estudiado, en lugar de ser objeto de un tratamiento unificado, ha ido apareciendo de manera concurrente al hilo de la teorización de los específicos títulos de atribución de responsabilidad, tanto de autoría como de participación.

2. Del fenotipo al genotipo: la *intervención motivacional*

1. Los problemas indicados en los anteriores apartados se solucionarían si se estableciera *ab initio* un proceso de análisis y de desaprobación que tuviera por objeto la base material subyacente a todas las estructuras hasta ahora señaladas. El “problema motivacional” debe entenderse, en mi opinión, como un todo unificado sobre un mismo firme material que permita dar una respuesta y un fundamento a una pregunta común que las estructuras legales y dogmáticas actuales, por el contrario, fragmentan en un compendio de apreciaciones discordantes. Por lo tanto, antes de abordar la concreta forma de autoría o de participación que puede tomar la motivación al delito, es conveniente preguntarse si la creación de un riesgo típico puede darse de forma motivacional. En otras palabras, la pregunta debe ser si es posible hablar de *motivación al delito* en tanto que *forma de intervención en el hecho* y cuál es su relación circunstancial con las otras *formas de aparición delictiva* de aquella. Consiguientemente, el problema no tiene relación con el concreto *título de intervención* o *forma* que puede presentar la motivación. Por el contrario, nos encontramos ante un problema general de tipicidad, lo que por medio de las palabras de FEIJOO SÁNCHEZ puede expresarse de la siguiente manera: “no interesa en calidad de qué se le imputa a alguien un riesgo como partícipe, sino si se le imputa o no.”⁵¹⁹ Por lo que el punto central es la razón material que permite atribuir un hecho delictivo a alguien por motivar a otro a ejecutarlo, con independencia del concreto título de intervención que merezca su mayor o menor contribución cuantitativa en la co-configuración del acontecimiento delictivo.

⁵¹⁷ Y según el contenido conceptual otorgado a estas. Así, p.ej., autor como realizador de su voluntad criminal en el contexto de las teorías de los comentaristas italianos, o autor como dominador del hecho en el marco de una aproximación más contemporánea al tema.

⁵¹⁸ Tal y como indica ROBLES PLANAS, «La estructura de la intervención en el delito», *PC*, (15-30), 2020, p. 997: “[a]ferrarse a una 'figura central' es una petición de principio que desplaza a los demás intervinientes hacia el déficit de fundamentación de su responsabilidad” por lo que “convendría comenzar por lo que une a 'autores y partícipes' en lugar de hacerlo por lo que los separa.”

⁵¹⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación delictiva*, 1999, p. 68.

2. Es cierto que estas consideraciones tomarán un mayor sentido cuando exponga de manera más detallada el sistema de intervención que defiende en este trabajo.⁵²⁰ En todo caso, por ahora es válido afirmar que, en el momento de construir un sistema de estas características, lo importante es atender a la vinculación personal de cada uno de los sujetos implicados con el hecho, entendido este último como un acontecimiento global que pertenece a todos sus intervinientes. A partir de esta premisa, lo esencial será analizar si al *genotipo* (el comportamiento motivador) se le puede atribuir o no un significado delictivo como aparente *fracción estructural* del hecho antijurídico. De tal manera que, de nuevo con FEIJOO SÁNCHEZ, “[l]a cuestión que interesa aquí no es si la «influencia psíquica» es o no un elemento del tipo objetivo de la inducción” o “la delimitación entre inducción y cooperación psíquica”, sino “la delimitación entre lo penalmente irrelevante y el ámbito de lo típico.”⁵²¹ En esta demarcación, el objeto de referencia no puede constituirlo una determinada forma de intervención, sino, acogiendo la terminología de FRISCH, aquellas “conductas que entrañan el peligro de motivar a terceros a delinquir.”⁵²² Al respecto, el propio CARRARA ya indicó en su momento que del concepto “instigación” (en un tratamiento que podríamos asimilar, más modernamente, al de la motivación) se derivaban cinco clases “pertenecientes todas á la misma familia”: “el mandante, el que obliga, el que ordena, el consejero y el sócio.”⁵²³ Con independencia de la vigencia actual de estas manifestaciones fenotípicas y pese a que el maestro toscano incidía en la necesidad de señalar distintamente estos grupos, en tanto que condiciones jurídicas diversas, no es menos cierto que también sostenía que todas ellas expresaban una “materialidad común”.⁵²⁴ Esto es, el caso en el que “[l]a mente de uno ha ideado el delito, y sus labios proferido la palabra —matad— y el brazo del otro ha respondido á aquella frase con la muerte.”⁵²⁵ Es justamente esta “materialidad común” la que debe anteceder a cualquier otra consideración, más que una categoría concreta como podría constituir la inducción o la complicidad psíquica.

3. Sobre esta premisa, las preguntas suscitadas en este trabajo de investigación solo podrán responderse si la motivación al delito se contempla como un problema de tipicidad, de caracterización de una conducta típica de intervención.⁵²⁶ De allí puede tomar más sentido la distinción que he efectuado *supra*: a la hora de construir un hecho delictivo de forma colectiva, existen contribuciones que motivan al autor y otras que no. Lo esencial, por lo tanto, es preguntarse si las primeras pueden considerarse formas de intervención delictivas. Al focalizar de esta manera el tema, su solución debe

⁵²⁰ Véase *infra* Capítulo IV.

⁵²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación delictiva*, 1999, p. 69.

⁵²² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 355.

⁵²³ CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 182.

⁵²⁴ CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 183.

⁵²⁵ CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 182.

⁵²⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 215 ss., 219.

canalizarse cuestionándose si un sujeto, al motivar a un tercero a ejecutar (o a realizar otro tipo de contribución en) un hecho delictivo determinado, crea asimismo un riesgo típicamente relevante vinculado a la construcción de este mismo acontecimiento. Solo respondiendo a esta primera pregunta podrá uno adentrarse, en segundo lugar, a “la cuestión relativa a la tipología de su sanción”, esto es, el concreto título de intervención que merece esta conducta penalmente relevante.⁵²⁷ Por esta razón, el primer lugar del proceso de atribución de una desaprobación jurídico-penal al fenómeno en cuestión lo debe ocupar la figura de la *intervención motivacional*, dejando de lado, en consecuencia, la inducción, la complicidad psíquica u otras formas de participación o autoría. El análisis unitario de este fenómeno podrá discurrir por múltiples manifestaciones casuísticas como, por ejemplo, la entrega de objetos capacitados para inclinar hacia el delito al receptor, la transmisión de información que permita hacer surgir la resolución delictiva en otro,⁵²⁸ posibilitar el encuentro entre dos enemigos acérrimos,⁵²⁹ apelar al honor lesionado de una persona para que resuelva “restituirlo”, preguntar acerca de su inclinación delictiva a un individuo, reforzar esta misma inclinación al hecho o, directamente, prometerle una recompensa económica a cambio de realizar un ilícito. Pero en todas estas representaciones específicas de la motivación al delito, con anterioridad al análisis de si las mismas presentan o no los requisitos para constituir inducción, complicidad o autoría, habrá que responder “a la cuestión previa de si en casos así cabe hablar de creación de riesgo desaprobada, conminable penalmente.”⁵³⁰ En otras palabras, si contribuir al proceso motivacional de alguien dirigido a la futura comisión de un delito es típicamente relevante como forma de intervención y, en su caso, en qué medida y sobre la base de qué características estructurales.

4. Todas estas ideas implican una reestructuración metodológica. A estos efectos, la doctrina mayoritaria aborda el problema de la motivación al delito *desde los tipos penales* de participación dispuestos por la legislación. Sobre esta premisa, los autores que se han ocupado del tema se preguntan por qué razones se castiga la inducción y qué conductas quedan integradas en su ámbito de prohibición, planteando las mismas cuestiones para el caso de la complicidad psíquica. Solo después, se pasa a analizar la relación entre estas dos formas de participación. Ello resulta en un sistema que, como indicaba, no permite cuantificar correctamente la gravedad de las distintas

⁵²⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 218. También, p. 216, donde remarca que las “reglas de la parte general a las formas de intervención (...) no son fuente autónoma de normas de conductas penales, sino tipos de sanción”, por lo que las “normas de conducta [derivadas directamente de los tipos de la Parte Especial e infringidas, respectivamente, por cada interviniente] no expresan las valoraciones específicamente penales sobre el *quantum* o título de intervención (...), sino tan solo ofrecen el material en bruto sobre el que se proyectaran tales valoraciones en un nivel posterior.”

⁵²⁸ Esto es, no de aquella que posibilita la traducción práctica de la voluntad del sujeto, paradigmática de los casos de “aportación de consejos técnicos”, sino de aquella por la que se transmiten una serie de datos fácticos capacitados para motivar a su receptor a la ejecución delictiva (p.ej., informándole de una agresión inminente por parte de un tercero o de una situación determinada de gran impacto emocional).

⁵²⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 357, recogiendo como ejemplo de creación de una situación estimulante en lo motivacional.

⁵³⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 361, n. 388. En palabras de ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 995: “si la conducta del sujeto tiene significado delictivo o se mueve en el ámbito de lo típicamente inocuo.”

conductas motivadoras implicadas. Frente a esta manera de operar, aquí se propone iniciar la construcción de una hipotética intervención motivacional *desde el problema* o el *fenómeno*. Una vez focalizado el asunto, el análisis debe dar respuesta a las siguientes cuestiones. En primer lugar, por qué la motivación al delito merece pena en el contexto de un sistema penal como el español, esto es, cuál es la razón que permite restringir la libertad comunicativa de los ciudadanos a los efectos de evitar determinados efectos motivadores adversos. En segundo lugar, en qué medida este merecimiento de pena puede subsumirse en el concepto de intervención delictiva, es decir, si es posible contribuir en la construcción colectiva de un hecho delictivo a través de aportes motivadores penalmente relevantes. En tercer lugar, cuál es la pena *in concreto* que merecen y necesitan las distintas manifestaciones que puede tomar la motivación al delito con tal de contribuir a un proceso de cuantificación de las mismas. Todas estas respuestas deben ayudar a la edificación de un sistema que explique por qué debe restringirse la libertad de los ciudadanos en estos casos y qué límites puede alcanzar esta restricción. Sin embargo, antes de iniciar la cimentación de este nuevo edificio, es necesario preguntarse de qué manera responden a estas mismas preguntas las distintas teorías que se han efectuado al hilo del tratamiento de la inducción y la complicidad psíquica. A ello dedicaré el siguiente capítulo.

CAPÍTULO III

CRÍTICA AL FUNDAMENTO Y EXTENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA: CAUSALIDAD Y “RIESGO PSÍQUICO”

I. INTRODUCCIÓN

En el siguiente capítulo analizaré si la participación psíquica y sus distintas categorías —caracterizadas sobre la base de la doctrina mayoritaria— están capacitadas para responder a las dos preguntas centrales de este trabajo de investigación: cuál es el fundamento que permite incriminar como forma de intervención a quien motiva a otro a cometer un delito y la extensión de esta prohibición. A estos efectos, abordaré de manera previa ciertas cuestiones metodológicas y conceptuales (ap. II). Por un lado, el hecho de que todos los problemas de fundamentación e imputación aplicables a la motivación al delito se hayan compuesto a partir del tipo de inducción. Por el otro, la posibilidad de compatibilizar las dos preguntas acabadas de formular con la discusión generada al hilo de esta forma de participación, donde se entremezclan planos diferenciados que van desde el fundamento de la incriminación de toda forma de participación hasta la caracterización de los requisitos de la inducción sobre la base de su verbo típico nuclear. Presentadas estas aclaraciones, expondré críticamente las distintas teorías que, o bien a través de la caracterización de la conducta típica del inductor y el cómplice psíquico, o bien a través de la búsqueda de un fundamento material para su incriminación (o para la participación), podrían servir para abordar el fundamento y extensión de la prohibición de motivar al delito. En este sentido, presentaré tanto las tesis más minoritarias (ap. III), como la mayoritaria (ap. IV). Una vez expuesta esta base descriptiva, será momento para abordar los dos extremos problemáticos implicados en la fundamentación e identificación de unos márgenes de prohibición materialmente legítimos para el fenómeno objeto de esta investigación. En primer lugar, la cuestión de la causalidad psíquica (ap. V). En segundo lugar, los criterios de imputación objetiva destinados a delimitar normativamente la potencialidad causal de los múltiples influjos psíquicos a los que están expuestos los individuos en su vida diaria (ap. VI).

II. SALVEDADES METODOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

1. El “tipo de inducción” como punto de referencia

1. Las tesis que se van a introducir críticamente a lo largo de las siguientes páginas se han construido casi en exclusiva a partir de la inducción. Por lo tanto, es necesario analizar hasta qué punto sus

conclusiones y las objeciones que pudiesen elaborarse contra ellas son trasladables también al ámbito de la complicidad psíquica (mejor: al proceso global de análisis de la relevancia jurídico-penal de la aportación de motivos para cometer delitos como forma de intervención). La cuestión no es baladí, pues la instigación encierra una serie de características cuya extensión no alcanza a todo el fenómeno de la motivación al delito. Por un lado, el hecho de que a esta forma de participación se la castigue con la misma pena que al autor ha condicionado, en buena medida, las construcciones teóricas que se han vertido sobre ella.⁵³¹ Por el otro, la configuración de sus requisitos típicos y los márgenes de su prohibición se han basado en el desarrollo del significado jurídico de los términos legales “inducir”, en España, y “determinar”, en Alemania.⁵³² Ambas cuestiones podrían poner en entredicho el hecho de utilizar críticamente las tesis que se han elaborado al respecto de la inducción en el marco más amplio de la motivación al delito. En efecto, gran parte de este fenómeno no comparte las características fenotípicas que posibilitan a la doctrina elaborar sus teorías en el ámbito de la instigación. Consiguientemente, es necesario plantearse la posibilidad de abstraer de sus requisitos y características típicas una estructura que soporte un abordaje crítico al objeto del presente trabajo de investigación.

2. Este problema está estrechamente vinculado con las conclusiones que he alcanzado en el capítulo anterior. Indicaba allí que la participación psíquica no es una forma de intervención delictiva fundamentada en un mismo soporte material sobre cuya base estructurar unos márgenes de tipicidad homogéneos para la motivación al delito. Por el contrario, esta no es más que un marco de unión para distintas formas de participación que presentan unas características naturalísticas comunes: su dimensión comunicativa y el resultado psíquico que producen. Todo ello resulta en una aproximación a la cuestión motivacional sesgada por la concreta manifestación fenotípica que esta última pudiera experimentar a través de las estructuras prefijadas por la legislación y la doctrina. Así pues, la posibilidad de responder a las preguntas mencionadas en la introducción de este capítulo mediante las disquisiciones que pudiera brindarnos la doctrina acaba resultando en un ejercicio parcializado entre las distintas formas de autoría y participación capacitadas para subsumir algunos de los aspectos derivados de este fenómeno. Un sesgo analítico en el proceso de estudio de la relevancia penal de la

⁵³¹ Claro, al respecto, BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1098, indicando que en la elaboración de un concepto para la inducción debe respetarse una “realidad normativa” caracterizada por el hecho de que, en un sentido “valorativo-punitivo”, a aquella se la castiga con la misma pena que al autor. Asimismo, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 287 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 65; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 273: “la doctrina reciente deduce de la equiparación la legitimación para interpretar restrictivamente el concepto de inducción y limitarlo a supuestos de merecimiento de penal al menos similar al del autor”; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364; KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 825; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, pp. 412 s. Critica este procedimiento metodológico, a través del cual se intentan extraer conclusiones materiales de las consecuencias jurídicas, KRÜGER, «Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB», *J-A*, (7), 2008, p. 493.

⁵³² ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 228 ss.; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 492 s.; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, pp. 412 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 364 ss.; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, pp. 348 s.; JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 19. En España, sobre las implicaciones del verbo “inducir”, por todos, DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 100 ss.

motivación al delito que se evidencia, tal y como hacía referencia, en el hecho de que la doctrina solo haya articulado respuestas vinculadas a la cuestión que interesa parcialmente desde la óptica de la instigación. Por lo tanto, la elaboración de una relación crítica de las distintas construcciones teóricas que pudieran servir para responder por qué y hasta qué punto alguien merece pena por motivar a otro a cometer un delito solo es (en parte) posible con base en las disquisiciones elaboradas en el marco de solo una de las manifestaciones fenotípicas de aquella: la determinación al delito.

3. A mi parecer, esta complicación metodológica se superaría si la búsqueda de este fundamento y la ulterior articulación de los márgenes de la prohibición partiera del *genotipo* (la motivación al delito) y no del *fenotipo* (la concreta forma de participación). En otras palabras, el problema se soslayaría si se respondería a una pregunta común (¿interviene en el delito quién motiva a otro a ejecutarlo?) sin perjuicio de las posibles distinciones de tipo cuantitativo que pudieran producirse a continuación. En ellas, por ejemplo, el *quantum* de pena de la inducción sí podría tener, en todo caso, un papel relevante. Sin embargo, en este punto del trabajo, no hay más remedio que contentarse con la aproximación sesgada a esta base genotípica que la doctrina ha efectuado desde el “prisma cerrado” del tipo de inducción. Sea como fuere, considero que las conclusiones que aquella alcanza para este último son, en cierta medida, trasladables a los demás comportamientos motivadores. Así pues y sin perjuicio de la existencia de otros enfoques dogmáticos, la doctrina mayoritaria parece satisfacerse con una aproximación al problema basada en la idea de la “peligrosidad”. De esta manera, la instigación debe castigarse porque supone un peligro de futura lesión del bien jurídico protegido por el delito.⁵³³ Este punto de partida extiende un margen de prohibición demarcado por dos extremos. Por un lado, la *causalidad psíquica*, a modo de soporte naturalístico que condiciona el juicio de desaprobación jurídico-penal. Por el otro, el *riesgo (motivacional o psíquico) no permitido*, en tanto que restricción normativa fruto de los avances de la teoría de la imputación objetiva.⁵³⁴

4. Tanto el presupuesto material de la prohibición como las dos variables sobre las que se asienta la conducta típica de la inducción pueden trasladarse, a modo de comprensión asumida por la doctrina mayoritaria, a la desaprobación jurídico-penal de la motivación al delito. Ello, con independencia de la concreta manifestación fenotípica que esta pudiera presentar, ya fuera en forma de “determinación al delito” —fase pre-resolutiva—, ya fuera en forma de “refuerzo de la resolución” —fase post-resolutiva—. También en el ámbito de la complicidad psíquica, los márgenes de su prohibición resultan en la necesidad de constatar una relación fenoménica entre un comportamiento motivador y un resultado psíquico.⁵³⁵ Posteriormente, este marco causal es objeto de una limitación normativa

⁵³³ Entre muchos otros, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, pp. 411.; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 488; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 364 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 71.

⁵³⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 72 ss., 263 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 365; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1099 ss.; 116.

⁵³⁵ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 39 s.; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 127 ss.

a través de los criterios de imputación objetiva.⁵³⁶ De esta manera, aunque algunas restricciones utilizadas para el campo de análisis de la inducción solo puedan entenderse como consecuencia del *quantum* de pena que esta recibe, la estructura analítica aplicable a ambas formas es, en su esencia, prácticamente idéntica. En consecuencia, a partir de aquí analizaré críticamente la “construcción típica” de la inducción en tanto que referencia para fundamentar y elaborar los márgenes del riesgo no permitido en el ámbito de los comportamientos motivadores. Solo procesando lo que sostiene la doctrina y la jurisprudencia para la instigación, se estará en condiciones para elaborar una base material legítima sobre la que sustentar una ulterior incriminación del objeto del presente estudio. Sea como fuere, en caso de que alguna de las opiniones solo tuviera vigencia en el marco conceptual de la instigación (principalmente, por limitar el análisis al desarrollo del verbo típico “determinar”), se indicará oportunamente, estructurando, en la medida de lo posible, la influencia que estas pudieran tener en el tratamiento jurídico-penal general de la motivación al delito.

2. El fundamento, la conducta típica y los medios de la inducción: una discusión intrincada

1. Tal y como he indicado en la introducción, dos son las preguntas a las que se pretende dar respuesta en este trabajo de investigación: por qué debe castigarse la motivación al delito como forma de intervención y hasta qué punto debe extenderse esta prohibición, esto es, qué comportamientos motivadores *in concreto* merecen y necesitan la pena del partícipe o, en su caso, del autor. Sobre este aspecto, las posibles respuestas que nos ofrece la dogmática de la participación psíquica presentan, de entrada, ciertos problemas: o bien resultan parciales, vinculadas en exclusiva al desarrollo de los verbos “inducir” y “determinar”, o bien se entremezclan con otro tipo de consideraciones. Efectivamente, el abordaje de esta cuestión por parte de la doctrina, siempre al hilo del tipo de inducción, ha dado lugar a una discusión entreverada en la que se han suscitado múltiples asuntos. De esta manera, en el proceso de fundamentación y elaboración de los presupuestos objetivos del ámbito de prohibición de la instigación operan hasta cinco variables: (i) el fundamento del castigo de la participación, (ii) el fundamento del injusto del partícipe, (iii) el fundamento del injusto de la propia inducción, (iv) los márgenes de su conducta típica y (v) el título de intervención que merece el comportamiento del partícipe psíquico. La confusión a la que hago referencia ha permitido que algunos autores como GERSON lleguen a afirmar que “en la pretensión de clarificar los elementos objetivos del § 26 StGB, a menudo no hay una distinción estricta entre el fundamento de su castigo, su naturaleza y la acción típica de la inducción.”⁵³⁷ Entonces, la posibilidad de extraer de la dogmática de la instigación unos presupuestos críticos con los que abordar los dos grandes interrogantes de este trabajo queda sujeta a un compendio intercalado de consideraciones bastante oscuro. En este

⁵³⁶ Por todos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 311: “el influjo psicológico habrá de reunir ambos requisitos: peligrosidad y relación de riesgo”; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 58 s.

⁵³⁷ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 295.

contexto, no es del todo claro a qué es exactamente lo que pretenden responder los autores que se han ocupado del tema: si sobre el motivo del castigo de la participación, si sobre su concreción en el ámbito de la inducción, si sobre qué debe entenderse por “inducir” o “determinar”, si con qué medios específicos se puede instigar típicamente a alguien o si es correcto que a la instigación se la castigue con la misma pena que al autor.

2. Por ejemplo, tanto los partidarios de la teoría del contacto comunicativo [*Kontakttheorie*]⁵³⁸ como los de la colusión [*Kolusionstheorie*],⁵³⁹ se centran estrictamente en el desarrollo del ámbito típico de la instigación sobre la base de su verbo nuclear (“determinar”). Esto último se efectúa teniendo en cuenta que esta forma de participación recibe la misma pena que el autor, pero sin que ello suponga afirmar nada con respecto al fundamento del castigo de la motivación al delito.⁵⁴⁰ Algo parecido ocurre con las teorías del mandato [*Mandatstheorien*], que solo responden a qué debe entenderse por “determinar a otro” sin que ello prejuzgue una respuesta relativa a la fundamentación del castigo del fenómeno que interesa.⁵⁴¹ Lo mismo ocurre con las teorías de la causalidad [*Verursachungstheorie*], las cuales responden igualmente a la pregunta sobre los límites típicos de la inducción (asimilada a una causación en términos lógicos de la resolución delictiva), aunque sus defensores entremezclan estas consideraciones con las disquisiciones vertidas sobre el fundamento genérico de la participación, entendida como una contribución causal en un hecho delictivo ajeno.⁵⁴² Por su parte, con el epíteto “teorías de la corrupción” [*Korruptionstheorien*] se hace referencia a un conjunto de tesis que, más que acentuar qué debe entenderse por inducción o complicidad psíquica, responden directamente a la pregunta sobre la fundamentación de la incriminación de la participación.⁵⁴³ Esto no ha impedido, sin embargo, que algunos autores consideren que esta última construcción teórica también puede servir de sustento estructural para el —así denominado— fundamento de injusto de la inducción o para justificar que a esta forma de intervención se la castigue con la misma pena que al autor (si es que se considera que esta última variable puede separarse conceptualmente de la anterior).⁵⁴⁴

3. Mayores dudas se despiertan cuando la teoría general de la instigación pasa a abordar el así denominado “fundamento de incriminación de la inducción”. A través de esta pregunta, la doctrina

⁵³⁸ Por todos, JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739.

⁵³⁹ Entre otros, STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 354; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 412; SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 23; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 232; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493.

⁵⁴⁰ Cuestión para ellos antecedente y que coinciden en identificar en el pensamiento de la peligrosidad accesoria.

⁵⁴¹ PUPPE, *GA*, 1984, pp. 101 ss.; LA MISMA, *NSiZ*, 2006, pp. 424 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 805 s.

⁵⁴² FISCHER, «§ 26» *StGB*, 64ª, 2017, p. 267; BLEI, *AT*, 18ª ed., p. 285; KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2.

⁵⁴³ H. MAYER, «Täterschaft, Teilnahme, Uhreberschaft», *FS-Rittler*, 1957, p. 243; TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 32 ss.; LESS, «Der Unrechtscharakter der Anstiftung», *ZStW*, (69), 1957, pp. 47 ss.; PLATE, «Zur Strafbarkeit des agent provocateur», *ZStW*, (84), 1972, p. 302.

⁵⁴⁴ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 238 ss., 320 ss.; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 140 s.; NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, pp. 13 ss.

pretende buscar la razón específica que, sobre las premisas generales que permiten incriminar a la participación, hace lo propio con la instigación. Esta es un cuestionamiento ampliamente extendido, principalmente, en el ámbito alemán. De esta manera, y a diferencia de lo que ocurre con la complicidad, la equiparación penológica de la inducción con la autoría ha motivado la búsqueda del fundamento de su injusto a modo de justificación de esta previsión legal.⁵⁴⁵ Frente a esta opinión más ampliamente difundida, OLMEDO CARDENETE entiende que todas las disquisiciones relativas al “fundamento de la inducción” han girado siempre alrededor de dos vértices. Por un lado, la determinación *en sí* del fundamento material de su incriminación, esto es, la búsqueda de un *porqué* legítimo para el castigo de la determinación al delito. Por otro lado, la legitimación de su equiparación penológica con las formas de autoría.⁵⁴⁶ De esta manera, existiría una diferencia entre el *merecimiento absoluto* (¿por qué se castiga esta forma de participación?)⁵⁴⁷ y el *merecimiento relativo* (¿por qué se equipará en cuestión de pena con los tipos de autoría?).⁵⁴⁸

Pese a que considero que esta distinción es plenamente correcta (siempre y cuando se proyecte sobre la motivación al delito y no sobre la inducción),⁵⁴⁹ el abordaje de la doctrina mayoritaria a la cuestión dista de presentar estas características. Ciertamente, la búsqueda del fundamento de incriminación de la inducción ha tenido siempre en cuenta, simultáneamente, su equiparación legal con las formas de autoría en lo que a su marco de pena se refiere. El propio OLMEDO CARDENETE lo indica cuando explicita que “las tesis que han intentado encuadrarse como definidoras de un fundamento específico de la inducción” en realidad “van esencialmente encaminadas a tratar de justificar o no la equiparación de la penalidad de aquélla con la de la autoría, por lo que en realidad no responden al «por qué» de su castigo sino más bien al «en qué medida» del mismo.”⁵⁵⁰ En efecto, teniendo en cuenta que se parte siempre de un tipo de participación previamente definido por el legislador, el hecho de que a este partícipe se le aplique el mismo marco de pena que al autor ha sido indisociable a la búsqueda de un fundamento de su incriminación. Hasta el punto que, tal y como indicaba con anterioridad, más que buscar un fundamento para “su injusto”, lo que parece realizar la doctrina es una justificación de su *quantum* de pena. Por lo tanto, el fundamento de la inducción y su extensión se configuran a partir de una decisión penológica.

⁵⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 56, indicando que a pesar “de que normalmente los autores refieren unitariamente el fundamento de la participación tanto a la inducción como a la complicidad, es posible encontrar (...) referencias específicas al fundamento de la inducción en el intento de justificar su equiparación punitiva a la autoría.”

⁵⁴⁶ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 236 s.

⁵⁴⁷ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 238 ss., incluyendo las teorías de la corrupción y las teorías de la causación.

⁵⁴⁸ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 315 ss., incluyendo, nuevamente, las teorías de la corrupción, las teorías de la dominación y las teorías que identifican la pena de inductor, o bien a través de criterios subjetivos, o bien a través de criterios objetivos.

⁵⁴⁹ Con esta distinción entre merecimiento absoluto y merecimiento relativo puede subsumirse la metodología que proponía en el anterior capítulo: primero debemos preguntarnos por qué motivar al delito merece pena y hasta qué punto puede estructurarse como una forma de intervención y, solo después, qué pena en específico merece (en otras palabras, en qué tipología de intervención —complicidad, cooperación necesaria, inducción, autoría— puede quedar integrada).

⁵⁵⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 237.

4. Tanto en su definición más consensuada como en la suscitada por OLMEDO CARDENETE, cuando la doctrina se refiere al “fundamento de incriminación de la inducción”, en realidad, o bien se está refiriendo al fundamento de incriminación de cualquier conducta de participación,⁵⁵¹ o bien a la construcción de los márgenes máximo y mínimo de su prohibición teniendo en cuenta, simultáneamente, su pena equivalente a la autoría.⁵⁵² Esta última variable suele introducirse al hilo del problema de los “medios de la inducción”, siendo objeto de la discusión si para instigar es suficiente cualquier comportamiento o es necesario una mayor restricción.⁵⁵³ Pero contestar a esta pregunta no significa necesariamente abordar el problema de la legitimidad de incriminar conductas motivadoras. Ciertamente, indicar, por ejemplo, que la inducción requiere un “influjo comunicativo o psíquico”⁵⁵⁴ no implica dar una respuesta al fundamento de incriminación de la instigación más allá de considerar que, en tanto que forma de participación, esta supone un ataque accesorio al bien jurídico a través del autor.⁵⁵⁵ En este punto es posible afirmar que todas las teorías (a excepción de las de la corrupción) que la doctrina relaciona cuando trata el llamado “fundamento de la inducción”, de hecho, solo se centran en desarrollar el contenido típico del verbo “determinar” o “inducir”. En realidad, el hipotético fundamento de su incriminación reside, según la doctrina mayoritaria, en la razón por la que debe castigarse toda forma de participación: el pensamiento de la peligrosidad accesorio.⁵⁵⁶ Proyectoado sobre la inducción: instigar (por ende, motivar) debe prohibirse porque supone un comportamiento peligroso para con el bien jurídico protegido por el tipo penal que pudiera cometer el instigado, esto es, el autor.⁵⁵⁷

5. Con esto dicho, en este capítulo se van a presentar un conjunto de teorías que discurren por distintos ámbitos. La mayoría de ellas se limitan a desarrollar el verbo típico “determinar”, lo que pueden resultar de utilidad para observar qué límite máximo puede alcanzar la incriminación de las conductas motivadoras. Otras, en cambio, responden por el fundamento de incriminación de cualquier forma de intervención delictiva. Esta salvedad implica serias dificultades para extraer de estas ideas unos presupuestos que permitan abordar la pregunta (más amplia) de por qué debe castigarse la motivación al delito y hasta qué límites. Sin perjuicio de ello, considero que las distintas

⁵⁵¹ Por ejemplo, cuando se citan las teorías de la corrupción.

⁵⁵² Por ejemplo, cuando se introducen las teorías del mandato.

⁵⁵³ HEINE/WEIBER, «§ 26», *Schr/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 3 ss.; KÜHL, «Täterschaft und Teilnahme», *J-A*, 2014, p. 672. Para JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 2 ss., ambas cuestiones (los medios de la inducción y el fundamento de su incriminación) son intercambiables.

⁵⁵⁴ Así, las teorías del contrato comunicativo.

⁵⁵⁵ Por todos, JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 5. Lo mismo ocurre con las teorías del mandato. Así pues, cuando PUPPE, *GA*, 1984, pp. 112 ss. indica que la relación entre el acto inductor y el comportamiento del inducido debe establecerse a través de un “pacto de injusto” [*Unrechtspakt*], de tal manera que pueda certificarse que el instigado se ha subordinado a la voluntad del instigador; lo que hace es dotar de contenido típico al verbo “determinar” en contraposición a la complicidad, pero en ningún caso responde por qué motivar al delito merece pena o no y en qué medida este fenómeno puede vincularse al concepto de intervención delictiva.

⁵⁵⁶ Sobre esto, véase *infra* Capítulo IV, ap. II.

⁵⁵⁷ A esta concepción, aunque si abandonar la idea de la peligrosidad, las teorías de la corrupción oponen que el fundamento de la incriminación reside en el efecto corruptor que produce el inductor en el inducido al “convertirlo en delincuente”.

construcciones que se van a relacionar a continuación suponen un punto de partida adecuado para plantear este problema. Con ellas es posible entrever algunos indicativos acerca del sentido que tiene castigar el fenómeno objeto de este estudio como forma de intervención y, principalmente, qué límites puede alcanzar el marco de esta prohibición.

III. BREVE REPASO A LAS TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO Y LÍMITE DE PROHIBICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA

A continuación, relacionaré aquellas tesis minoritarias que pudieran servir para entender en qué medida la motivación al delito puede vincularse al fenómeno de la intervención delictiva y hasta qué límites.⁵⁵⁸ Antes de ello, y al hilo de lo que comentaba en el anterior apartado, debo aclarar dos cosas. En primer lugar, casi todas las teorías que se van a exponer (a excepción de la corrupción) parten de un mismo fundamento: la inducción y, con ello, la motivación al delito, debe prohibirse por constituir una conducta “peligrosa”. Por lo tanto, la mayoría de estas construcciones dogmáticas solo nos aportaran indicadores para establecer los márgenes de esta prohibición, más que para fundamentarla. En segundo lugar, muchas de las ideas que se van relacionar a continuación pueden llegar a confundirse unas con las otras, hasta el punto que *a priori* puede resultar una quimera sistematizar taxonómicamente los distintos postulados vertidos sobre el tema que interesa. Así pues, por ejemplo, las denominadas *teorías del mandato* guardan una estrecha vinculación con las del *dominio volitivo e intelectual*, en tanto que su elemento central está conectado con la relación de dependencia inductor-inducido consecuencia del comportamiento típico del primero. Asimismo, estas *teorías del mandato*, al poner el acento en el uso del lenguaje prescriptivo para poder confirmar la relevancia típica de un comportamiento motivador, están fuertemente conectadas con las *teorías de la sanción*. Según estas últimas, al inductor se le debe castigar, justamente, por anunciar una reacción positiva o negativa al inducido en tanto que soporte de una ulterior conexión deóntica entre el futuro ejecutor del delito y la propuesta de injusto presentada. Más allá de estos puntos de contacto, entiendo que la sistematización que se va a presentar permite reunir, bajo una misma terminología, un conjunto de tesis dogmáticas unidas, en lo fundamental, sobre una idéntica base material. Se indicarán, en su caso, los paralelismos existentes entre una y otra construcción crítica, sin perjuicio de la clasificación *prima facie* que estas merezcan.

⁵⁵⁸ Para un análisis exhaustivo de estas teorías en lengua castellana, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 238 ss., 315 ss.

1. La teoría de la causalidad

1.1. Presentación

1. Según la *teoría de la causalidad* [*Verursachungstheorie*] cualquier comportamiento que contribuya causalmente en el proceso de creación de la resolución delictiva de un individuo debe considerarse una inducción punible.⁵⁵⁹ Partiendo de la idea de que el fundamento de imputación de la participación reside en el ataque accesorio al bien jurídico a través de la conducta del autor, para los autores defensores de esta teoría, este ámbito de prohibición puede extenderse hacia toda forma de provocación de una decisión ajena que tenga por objeto un injusto, independientemente de cómo se haga.⁵⁶⁰ Por lo tanto, la motivación al delito (a través de la inducción) debe castigarse por el peligro que comporta de causar un menoscabo a un bien jurídico sin que ello conduzca al establecimiento de límites más estrictos. Con base en esta construcción dogmática, el inductor se visualiza como el “originador” del crimen en su faceta espiritual, en tanto que primer factor desencadenante.⁵⁶¹ Todo ello, en alusión a lo que parece ser una “causalidad” entendida como una mera concatenación lógico-temporal de acontecimientos de la que la experiencia cotidiana es capaz de extraer una conexión de sentido. En esta línea, los defensores de esta comprensión se conforman con señalar como paradigma de esta forma de participación cualquier *condición* que pudiera integrarse en una explicación correlativa de sucesos basada en la proximidad temporal de aquella con el *resultado*, entendido este último como una consecuencia lógica de dicha condición.⁵⁶²

2. De entrada, ello supone excluir la exigencia de una influencia psíquica, pues valdría cualquier contribución causalmente relevante para con la determinación resolutoria del sujeto, con independencia de la concurrencia de un contacto comunicativo.⁵⁶³ En esta línea, para los autores defensores de esta teoría, cualquier aportación de una oportunidad motivadora sirve para satisfacer

⁵⁵⁹ FISCHER, «§ 26», *StGB*, 64ª ed., 2017, nm. 3; KINDHÄUSER, «§ 26», *NK-StGB*, 6ª ed., 2015, nm. 11; BLEI, *AT*, 18ª ed., p. 285, no requiriendo la transmisión de un mensaje concreto. También aboga por una interpretación amplia del verbo “determinar”, JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 24 ss.

⁵⁶⁰ KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2.

⁵⁶¹ ESSER, «Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem», *GA*, 1958, p. 325: la conducta del inductor “representa el eslabón inicial de la cadena causal”; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 215; LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 58.

⁵⁶² Pensamiento que ya estaba presente en TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB*, 1904, pp. 36 s., relacionándolo con una relación puramente lógica. En la actualidad, la forma más radical es la que expone GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 437, entendiéndolo que incluso un simple “animar” a una persona todavía no decidida (un *non omnimodo facturus*) debe ser considerado un caso de inducción.

⁵⁶³ KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2; BLEI, *AT*, 18ª, 1983, p. 285; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329; PLATE, *ZStW*, (84), 1972, p. 294; WIDMAIER, «Der mißverständliche Bestechungsversuch», *JuS*, 1970, p. 241; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, p. 53, abriendo la posibilidad, sin embargo, a que una situación estimulante de baja probabilidad integre los casos de riesgo permitido; en un sentido parecido. Parecidos, CHRISTMANN, *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*, 1997, pp. 114 ss.; SCHNEIFELD, «Das »Bestimmt-worden-Sein« in § 216 I StGB Zugleich zum »Bestimmen« in § 26 StGB», *GA*, 2007, pp. 705 s., indicando que la inducción no exige que la persona de delante esté dominada por la de detrás.

las exigencias de relevancia típica.⁵⁶⁴ Con ello se posibilita, principalmente, la incriminación de los denominados casos de “creación de situaciones estimulantes”.⁵⁶⁵ En estos supuestos, la persona de detrás estructura un contexto informativo o emocional adecuado para que un tercero, de una manera estrictamente autónoma, adopte una concreta resolución criminal.⁵⁶⁶ El caso paradigmático es el siguiente:

Caso: Un sujeto, conocedor de la irascibilidad y celos incontrolables de su amigo, le comunica que su pareja está manteniendo relaciones sexuales con el vecino en ese preciso momento. En ningún caso le indica o le propone la posibilidad de acabar con sus vidas o lesionarlos. Pese a ello, el amigo acaba resolviendo internamente matar a los dos amantes, ejecutando su decisión momentos después.⁵⁶⁷

Según la presente construcción, en este supuesto de hecho, el sujeto debería ser calificado como inductor de un homicidio. De esta manera, en aplicación de esta línea teórica, cualquier clase de comportamiento, incluso careciendo de un carácter comunicativo expreso, que pudiera ser tomado por un tercero en su proceso autónomo de resolución a un ilícito jurídico-penal, es constitutivo de esta forma de participación. Hasta el punto que, para algunos autores partícipes de este entendimiento dogmático, la mera disposición de objetos que tuvieran la capacidad de “causar” esta misma decisión delictiva en un tercero valdría como comportamiento típico a los efectos de la inducción.⁵⁶⁸ De esta manera, si *A* decide matar a *B* al ver la pistola dispuesta en la mesa momentos antes por *C*, el comportamiento de este último debe ser considerado causal con respecto a la decisión de *A* por su proximidad lógico-temporal con aquel resultado mental y con independencia del uso de conocimientos especializados en áreas psicológicas. Las posteriores limitaciones a esta relevancia objetiva se centrarían, en todo caso, en cuestiones relativas al tipo subjetivo, esto es, en la concurrencia o no de dolo.⁵⁶⁹

⁵⁶⁴ Por ejemplo, según SCHEINFELD, *GA*, 2007, p. 706, en el siguiente caso: “D se enzarza en una discusión con O en un pub porque son aficionados de diferentes clubes de fútbol. Esto culmina en una pelea en la que D derriba a O. D saca un cuchillo, pero duda en golpear, ya que los clientes del pub que lo rodean también lo están observando. Uno de ellos es K, que exclama: ‘¡No lo apuñales! Puede que tu mujer te haya engañado con O en el parque, pero no lo apuñales. No puedes hacer esto!’; K debería ser castigado como inductor si D toma sus palabras como una oportunidad para apuñalar a O.

⁵⁶⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 730.

⁵⁶⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 730; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 453. No obstante, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 189 ss., pese a no defender la teoría de la causalidad (por someterla al filtro de la imputación objetiva) considera que la creación de situaciones estimulantes podría caber como supuesto de inducción de darse una efectiva determinación en la psique del autor. En el mismo sentido, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 458. A favor de su punibilidad, también, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 329, indicando que en estos casos también se efectúa un contacto comunicativo.

⁵⁶⁷ Modificación de un caso presentado por SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 2.

⁵⁶⁸ Con ello se permitiría el castigo de la mera “disposición de objetos”, p.ej.: dejar abiertas las puertas de la vivienda del vecino constituiría una forma causalmente relevante de instigar la decisión del ladrón de entrar a robar en la casa (ejemplo crítico de SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 2); o que el ladrón deje caer unas cuantas joyas para disuadir a sus perseguidores, provocando con ello que estos cesen la persecución y se apoderen de ellas (KÜHL, *JA*, 2014, p. 672).

⁵⁶⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 730.

1.2. Valoración crítica

1. Los defensores de esta teoría argumentan que con ella se evita dejar de incriminar las formas más “refinadas” con las que se puede inducir a otros a cometer un delito.⁵⁷⁰ En este sentido, la exigencia político-criminal de perseguir determinados supuestos de hecho provocaría la necesidad de ampliar hasta los términos indicados el concepto de inducción. Frente a esta justificación, debe remarcarse que no es de recibo que se antepongan razones utilitaristas para construir los márgenes de prohibición de la participación psíquica. La punibilidad de esta última debe estar condicionada por una razón de peso que compatibilice su relevancia típica con los principios informantes del Derecho penal, principalmente, con aquellos que reglan el entendimiento general de la intervención delictiva. En este sentido, no es correcto decir que existen “formas refinadas de inducir a otro”, sino, en todo caso, “maneras refinadas de influir motivacionalmente a otra persona.” Ciertamente, no se duda en este trabajo de la existencia de “peligros fácticos” de tipo motivacional en las interacciones cotidianas, que pueden ir desde la comunicación más expresa y precisa, hasta el contacto más mediato a través de la disposición de instrumentos u objetos que pudieran servir de *input* volitivo en el acervo mental del destinatario.⁵⁷¹ Pero basar la incriminación de estas influencias diarias en la mera aceptación de su existencia fáctica no da una respuesta normativa adecuada al problema. Con todo, la justificación de su castigo deriva en una argumentación de tipo circular, en tanto que el hecho de incriminar estos riesgos se acaba basando en la mera existencia de estos en un plano fenoménico, sin añadir argumentos jurídico-penales que permitan efectuar una transición legítima entre el mundo del *ser* y el del *deber ser*.

2. Sobre esta premisa, si el mero dato fáctico sobre la existencia de estos estímulos cotidianos referidos a la actividad delictiva fuera suficiente para incriminarlos, entonces, se restringiría de manera insoportable la libertad de los ciudadanos. En efecto, la manera de acceder a esta idoneidad causal se presenta viciada por un evidente sesgo retrospectivo.⁵⁷² En esta línea, a los autores defensores de esta teoría solo les importa evitar, desde una perspectiva sumamente *ex post*, que se realicen resultados mentales identificados en la resolución al delito. Este punto de partida les permite arribar a la conclusión de que cualquier comportamiento *ex ante* condicionador, en términos lógico-temporales,

⁵⁷⁰ WIDMAIER, *JuS*, 1970, pp. 241 ss.; SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 16, indicando que el hecho de ampliar en estos términos el verbo “determinar” plantearía el problema sobre si determinados actos instigadores pueden reputarse como “neutrales”. Críticamente, EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, p. 211.

⁵⁷¹ Imagínese la eventual capacidad de motivar a otro, en términos estrictamente fácticos, de una nota de papel que se limita a comunicar un “*haszlo*” a quien está mínimamente resuelto a cometer un determinado delito.

⁵⁷² Como ejemplo de esta manera de proceder, puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo Federal suizo BGE 127 IV 122 (comentada por THOMMEN/NYDEGGER, *Sui-generis*, 2018, p. 260), en la que se planteó la responsabilidad como inductor de un periodista por haber preguntado a un asistente administrativo de la Fiscalía del Cantón de Zúrich “si ciertas personas tenían antecedentes penales, en particular, por delitos de tráfico de drogas”. El funcionario, que no era competente para ceder esta información, se la dio igualmente al periodista. El Tribunal de Lausana respondió afirmativamente, castigando como inductor al periodista, indicando que “sin una pregunta, no habría habido respuesta”. El TEDH, resolviendo el recurso presentado por el periodista, indicó que la condena había violado el derecho a la libertad de expresión (STEDH de 28 de marzo de 2006, *Damman vs. Suiza*).

de este resultado debe ser prohibido con el fin de evitar que se sigan produciendo este tipo de consecuencias mentales indeseadas en el futuro. Por lo tanto, la estructuración de la participación psíquica deriva en una mera “prohibición de resultado”, lo que origina un impacto trascendental, ya no solo en la cotidianidad de los contactos comunicativos, sino en la realización de cualquiera conducta que pudiera estar capacitada para influir mínimamente en el fuero mental de otro. Al final, de entenderse la participación psíquica de esta manera, lo mejor para todos los ciudadanos sería permanecer callados o, incluso, restringir al máximo sus contactos personales (tanto inmediatos como mediatos) a riesgo de producir con ellos “efectos no deseados”. Estos últimos dependerían, en todo caso, de cómo pudiera verse afectado un tercero en el contexto de dicha interacción o contacto comunicativo. Esta “peligrosidad” se construiría con independencia de la trascendencia objetiva *ex ante* del comportamiento de la persona de detrás, por lo que condicionados a la mayor o menor “madurez subjetiva” del agente que pudiera llegar a recibir, directa o indirectamente, la “influencia psíquica” desprendida de dicha conducta.

3. Por todo lo explicado, estoy de acuerdo con las opiniones críticas vertidas sobre esta teoría en la medida que desatienden la necesaria dimensión normativa de cualquier atribución de responsabilidad jurídico-penal. Para un sector de la doctrina, esta restricción debe basarse en la exigencia de un “influjo psíquico” entre inductor e inducido.⁵⁷³ Para otro, las limitaciones nacen de la aplicación de determinados criterios de imputación objetiva.⁵⁷⁴ En efecto, con unos requisitos tan escasos, los medios para participar motivacionalmente en el delito serían indiferentes, con lo que cualquier forma de “encaminar” a la persona de delante hacia el injusto sería una forma típica de motivar. Por el contrario, la relevancia penal de un comportamiento debe extraerse a partir de un análisis *ex ante*, no por las consecuencias que pudieran derivarse *ex post*, con tal de contribuir a una “universalización” de la prohibición. Solo de esta manera es posible maximizar y optimizar las esferas de libertad de los ciudadanos partícipes de la comunidad social en comunión con el carácter prospectivo de las normas de conducta. Así pues, los presupuestos de la prohibición de la aportación de motivos para cometer un delito como forma de intervención deben responder a la pregunta de si es legítimo restringir la libertad en lo que a los comportamientos con vocación motivacional se refiere y, en su caso, hasta qué punto y bajo qué condiciones. En este contexto, debe asumirse irremediabilmente que cualquier interacción, con una dimensión comunicativa o no, puede provocar resultados no queridos, pero, en todo caso, asumibles como consecuencia de la aceptación de ciertos “déficits” de protección. Por lo

⁵⁷³ OTTO, «Anstiftung und Beihilfe», *JuS*, 1982, p. 560; EL MISMO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739; ROGALL, «Die verschiedenen Formen des veranlassens fremder Straftat», *GA*, 1979, p. 12;

⁵⁷⁴ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 226, indicando que “el individuo recibe diariamente informaciones o cae en situaciones que podrían provocarle a cometer un delito. Y la creación dolosa de tales estímulos no aumenta de manera relevante el riesgo que de ese modo surge para bienes jurídicos.” Igualmente, HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, pp. 565 ss., quien, no obstante considerar con anterioridad que cualquier condición causal puede valer para la creación de la resolución delictiva (véase *supra* n. 568), utiliza criterios de imputación objetiva para descartar que cualquier estímulo pueda considerarse típicamente instigador. Igualmente, HILGENDORF, «Was meint “zur Tat bestimmen” in § 26 StGB?», *Jura*, 1996, p. 10.

tanto, la mera existencia de estos resultados mentales indeseados como consecuencia de la realización de una determinada conducta, aunque esta se realice dolosamente, no supone una razón normativa de peso para limitarla o prohibirla.

2. Las teorías de la corrupción

2.1. Presentación

1. Mismo rechazo generó en su momento el conjunto de tesis agrupadas bajo la denominada *teoría de la corrupción* [*Korruptionstheorien*]. Estas, tal y como he comentado *supra*, no estaban destinadas a responder solo por la inducción, sino que se armaron para identificar un fundamento de incriminación para toda clase de participación. Este último se reconoció en el efecto corruptor que el partícipe producía en el compromiso ético-jurídico del autor o ejecutor del hecho delictivo con respecto al seguimiento del Derecho. Esta idea puede trasladarse a la motivación al delito en los siguientes términos: debe prohibirse motivar a otro a cometer un delito por la capacidad que este proceso tiene de “corromper” al agente motivado. En términos dogmáticos, esta corrupción bien podía entenderse como una directa generación de la culpabilidad del autor —así, las *teorías de la participación en la culpabilidad* [*Schuldteilnahmetheorie*]—,⁵⁷⁵ o bien como la afectación, además del bien jurídico protegido por la norma, de otro interés legal identificado en la integridad social de aquel —así, las *teorías de la desintegración* [*Desintegrationstheorie*]—.⁵⁷⁶ Es cierto que esta idea había estado presente con anterioridad en otros autores. Como ejemplo paradigmático, puede citarse a WEGNER, quien consideraba que la única manera de legitimar la equiparación punitiva del inductor con el autor era el hecho de que el primero convertía al inducido en un criminal.⁵⁷⁷ Sin embargo, fue a partir de finales de la primera mitad del siglo XX, con H. MAYER —defensor de la primera tesis— TRECHSEL —partidario de la segunda— y, en menor medida, LESS, cuando se inició la cimentación de esta teoría bipartita. Más allá de sus diferencias internas, todas estas posiciones compartían una misma idea material de fondo: al partícipe (no solo al inductor) se le debía castigar por *corromper* al autor.

2. A H. MAYER le debemos la primera “traducción dogmática” plenamente estructurada de la concepción histórica por la cual se entiende que quien instiga a otro a cometer un delito corrompe a este último. Este autor partía de la idea de que todo interviniente extramuros del concepto de autor debía caracterizarse por dos elementos: por un lado, por favorecer el hecho, por el otro, por “unir su voluntad con la voluntad culpable del autor y [activar] suficientemente esta decisión con el fin de

⁵⁷⁵ H. MAYER, *FS-Rittler*, 1957, p. 243; EL MISMO, *AT*, 1967, pp. 155 ss.

⁵⁷⁶ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 32 ss.; LESS, «Der Unrechtscharakter der Anstiftung», *ZStW*, (69), 1957, pp. 47 ss.

⁵⁷⁷ WEGNER, *AT*, 1951, p. 236, remarcando la clásica idea de que el inductor de un asesinato mata a dos personas: tanto al asesinado, como al asesino.

colaborar en el suceso.”⁵⁷⁸ La idea, como es conocido por todos, conllevaba la asunción de un principio de accesoriedad máxima, pues sin culpabilidad en la figura del autor, no sería posible, con base en su postulación, participar en el delito. Ello sería incompatible con el Derecho positivo alemán, que no exige la culpabilidad del autor para poder incriminar a los partícipes (§§ 26, 27 y 29). Este fue el principal punto crítico que llevo a un grueso sector de la literatura a rechazar esta construcción dogmática.⁵⁷⁹

3. Sin embargo, algunos autores siguieron remarcando igualmente que a la inducción le era inherente un “doble carácter de injusto” [*Doppelten Unrechtsgehalt*].⁵⁸⁰ Según esta opinión, el fundamento de su incriminación no solo debía basarse en la “co-causación” del hecho punible, sino también, en palabras de LESS, “[por] implicar a un miembro de la comunidad jurídica en el injusto, en un estado fáctico de oposición al Derecho, (...) perjudicando su integridad social.”⁵⁸¹ En otros términos, el fundamento de la prohibición de motivar a otros residiría en la desintegración social y moral del autor a través de su determinación al delito. De esta manera, entendía el autor citado que “promover el injusto, el ataque del ordenamiento jurídico (...), sigue siendo un acto socialmente insoportable, una perturbación de la paz social, una amenaza para el respeto social.”⁵⁸² Así pues, este carácter corruptor, pese a no tener que derivar necesariamente a las consecuencias defendidas por la teoría anteriormente expuesta, también formaría “parte del injusto punible de la inducción.”⁵⁸³ Por lo tanto, el fundamento del castigo del instigador residiría, en parte, en la “seducción’ de un ser humano, en su incitación al mal.”⁵⁸⁴ A esta conclusión se arribaba, principalmente, para justificar la equivalencia penológica entre esta forma de participación y la autoría. Al respecto, seguía indicando LESS que el hecho de colocar a un tercero “en el pecado y la culpa” compensaba la falta de intervención del instigador en la ejecución.⁵⁸⁵ El autor citado entendida que la eliminación dogmática de la estructura de la *intellektueller Urheberchaft* debía considerarse superflua o “puramente doctrinal”, pues dicha expulsión del cuerpo sistemático de la autoría “solo tendría sentido si las consecuencias legales fueran diferentes.”⁵⁸⁶ Ciertamente, aceptando la posibilidad de graduar la causalidad, si al inductor solo se le castigara por “causar” una resolución delictiva, su comportamiento debería contener indefectiblemente una

⁵⁷⁸ H. MAYER, *FS-Rittler*, 1957, p. 254.

⁵⁷⁹ Entre muchos otros, ESSER, *GA*, 1958, p. 325; RUIZ ANTÓN, «El fundamento material de la pena en la participación», *CPC*, (11), 1980, pp. 56 ss.; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 206 ss.; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 347; KORIATH, «Zum Strafgrund der Anstiftung. Eine Skizze», *FS-Mainwald*, 2010, p. 418.

⁵⁸⁰ LESS, *ZStW*, (69), 1957, pp. 47 ss.

⁵⁸¹ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 47.

⁵⁸² LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 54.

⁵⁸³ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 54.

⁵⁸⁴ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 44.

⁵⁸⁵ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 44.

⁵⁸⁶ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 44; pues entre la autoría y la participación siempre debe existir, según este autor, una graduación *minus-plus* que, dada la equiparación penológica, no se daría.

dimensión de injusto menor [*geringeren Unrechtsgehalt*].⁵⁸⁷ De allí que LESS considerara que a la causación del acontecer típico característico de toda forma de intervención se le debía sumar, en el caso de la inducción, un elemento de desvalor que la situara en *algo más* que la mera provocación del agente receptor del influjo. Aunque el autor citado aceptó que, dado el momento actual de la evolución dogmática, el hecho de llevar al autor a la culpabilidad no encajaba con la idea del principio de accesoriidad limitada de la participación defendido por la doctrina mayoritaria,⁵⁸⁸ acabó identificando este elemento como una característica adicional en un plano muy cercano a la tesis de H. MAYER.

4. No obstante, fue TRECHSEL el encargado de concretar las ideas de LESS para superar definitivamente los problemas dogmáticos que presentaba la teoría de la participación en la culpabilidad. En su famosa monografía, este autor suizo defendió la denominada teoría de la desintegración, según la cual, al inductor se le debía castigar por “provocar dolosamente un hecho antijurídico con la intención de exponer a otro a una grave desintegración social.”⁵⁸⁹ Con el primer elemento, el autor consideraba que se superaba la dimensión meramente moral de la idea de la corrupción, pues no se trataría de castigar al inductor por crear una mera resolución delictiva, sino por conseguir que esta se manifestara dolosamente en forma de comportamiento punible.⁵⁹⁰ A través del segundo, TRECHSEL particularizó un elemento característico de la inducción, vinculándolo con la idea de hacer caer en la culpa y la pena al autor. Con el fin de superar la objeción clásica a la tesis de H. MAYER, dicho autor consideró que esta “corrupción” se evidenciaba con la mera realización del comportamiento antijurídico.⁵⁹¹ Consiguientemente, TRECHSEL protegía de esta manera el principio de accesoriidad limitada, no requiriendo de la culpabilidad del autor para poder castigar al partícipe. Siguiendo estos postulados, el elemento característico de la inducción residiría en la *desintegración social* producida en la figura del autor. Esta misma hipótesis ha sido defendida con posterioridad por otros autores. Así pues, en una línea parecida, para PLATE, el inductor lesiona la “validez empírica real del ordenamiento”, entendiéndose así que el respeto generalizado a la Ley por parte de los miembros de la comunidad jurídica es un elemento importante para el correcto funcionamiento del sistema.⁵⁹² Sin perjuicio de lo anterior, el autor considera que una fundamentación de estas características invalidaría una teoría de la participación basada en el principio de accesoriidad, algo que, no obstante, no impediría seguir considerando la idea de la corrupción a la hora de determinar la pena concreta del inductor.⁵⁹³ Más modernamente, HEGHMANN también ha defendido que la corrupción y la

⁵⁸⁷ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 43.

⁵⁸⁸ LESS, *ZStW*, (69), 1957, p. 44.

⁵⁸⁹ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 32.

⁵⁹⁰ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 35.

⁵⁹¹ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 54.

⁵⁹² PLATE, *ZStW*, (84), 1972, p. 302.

⁵⁹³ PLATE, *ZStW*, (84), 1972, pp. 302 s.

desintegración del autor constituye un “efecto secundario” [*Nebeneffekt*] de la inducción en tanto que “resultado peligroso de naturaleza abstracta igualmente prohibido.”⁵⁹⁴

2.2. Valoración crítica

1. Las críticas dogmáticas a estas posiciones teóricas no se hicieron esperar. Con respecto a su versión clásica y sin ánimo de incidir en un cuestionamiento sobradamente conocido, su principal problema era su incompatibilidad con el entendimiento generalizado del principio de accesoriedad en su faceta cualitativa, limitado a la antijuridicidad del comportamiento del autor.⁵⁹⁵ Ciertamente, la posición de H. MAYER conducía inevitablemente a la necesidad de partir de una accesoriedad máxima, por lo que requerida también de la culpabilidad además de la concurrencia de un hecho antijurídico.⁵⁹⁶ Un extremo aparentemente insostenible, tanto por cuestiones de Derecho positivo,⁵⁹⁷ como por el entendimiento dogmático generalizado sobre la participación, que ya desde hacía tiempo asumía que se podía participar en un hecho realizado por un “autor” no culpable.⁵⁹⁸ Además, en tanto que teoría aplicable a toda la participación, no ofrecía una respuesta satisfactoria a aquellos casos de complicidad “clandestina”, en los que el autor no es consciente de la ayuda recibida.⁵⁹⁹

2. Por lo que se refiere a las tesis de la desintegración defendidas por TRECHSEL, la doctrina acentuó la crítica (que sigue viva a día de hoy) en diversas facetas. En primer lugar, se consideraba inaceptable entender que el partícipe (en su caso, el inductor) lesionara o pusiera en peligro un bien jurídico distinto al que lesionaba el autor.⁶⁰⁰ Ciertamente, la doctrina mayoritaria acepta que los partícipes dañan el mismo interés legal que menoscaba el autor por medio de su comportamiento. Lo contrario significaría desligar las formas de participación del hecho realizado por el autor, asumiendo la consideración de aquellos como delitos autónomos.⁶⁰¹ Aunque el propio TRECHSEL consideraba que los inductores también favorecían el hecho principal, la doctrina siempre ha tenido dudas a la hora de aceptar, en segundo lugar, que la integridad social del autor pueda considerarse un bien jurídico

⁵⁹⁴ HEGHMANN, «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe and Anstiftung», *GA*, 2000, p. 484, aunque el fundamento principal de su incriminación residiría en el hecho de dar inicio a la cadena causal dirigida hacia la acción ilícita. En el mismo sentido se había pronunciado muchos años antes GALLAS, *ZStW*, (80), 1968, p. 32, para quien el principio de accesoriedad limitada “no excluye la consideración de la corrupción como factor agravante para el inductor en caso de comisión culpable del delito subyacente.”

⁵⁹⁵ DAHM, «Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», *NJW*, (21), 1949, p. 810.

⁵⁹⁶ BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 112.

⁵⁹⁷ Relativiza esta crítica de Derecho positivo, VACCHELLI, *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, 2020, pp. 57 ss., pues esta exigencia legal “no se encuentra reflejada de forma explícita en otros sistemas legales.”

⁵⁹⁸ Por todos, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 120.

⁵⁹⁹ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 21.

⁶⁰⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 120, indicando que estos planteamientos “pueden considerarse completamente abandonados.” En el mismo sentido, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 47.

⁶⁰¹ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 13, n. 8.

susceptible de protección.⁶⁰² En tercer lugar, también se señalan ciertas incongruencias dogmáticas que conllevaría la aplicación sin paliativos de las ideas del autor suizo. Así pues, si inducir significa corromper (= desintegrar socialmente), tendría todo el sentido del mundo defender una reacción punitiva mayor en aquellos casos en los que se indujera a una persona todavía no desintegrada frente a los supuestos en los que el inducido ya estuviera “corrompido” (justamente, los casos paradigmáticos de la inducción, a saber, el del sicario).⁶⁰³ Asimismo, el inductor sería responsable de cuántas corrupciones hubieran tenido lugar pese a la existencia de un único hecho antijurídico. Al respecto, CASTELLVÍ MONSERRAT pone el ejemplo de la instigación a la coautoría: existirían tantas inducciones como “personas desintegradas”.⁶⁰⁴

3. Más allá de estas críticas, considero que estas ideas han tenido una importantísima influencia a la hora de fundamentar y demarcar los espacios de prohibición en el ámbito de los comportamientos motivadores, principalmente, en los últimos años. No en vano, una de las construcciones teóricas sobre la inducción más actuales, la del *requerimiento sancionador*, se encuentra altamente influenciada por el *Leitmotiv* de las teorías de la corrupción: el instigador hacer caer en la culpa y la pena al autor. Para entender esta idea, es importante mencionar que a este conglomerado de tesis “clásicas” subyace una construcción material que, lejos de estar vinculada a toda forma de participación, lo está, en concreto, con la inducción y, en definitiva, con el ámbito de lo motivacional. Es aquello que denomino “*pensamiento de la corrupción*”. Este último puede señalarse como el “hilo conductor” que ha acompañado a la aproximación filosófico-teológica clásica a estas estructuras casuísticas, esto es, el hecho de aportar motivos para realizar un *acto injusto*, y que fue traducido en términos dogmáticos a través de las *teorías de la corrupción*.⁶⁰⁵ Ciertamente, con independencia de que, desde una óptica jurídico-penal, pueda aceptarse que al partícipe se le castigue por hacer nacer la culpabilidad en el autor (en tanto que categoría dogmática) o que los tipos de participación lesionen un bien jurídico distinto al que lesiona aquel, el objeto de este trabajo siempre ha estado relacionado con la idea de la persuasión, la seducción y, en definitiva, la corrupción *moral* en el entendimiento semítico tradicional.⁶⁰⁶ De hecho, considero que el pensamiento de la corrupción es inherente, en mayor o menor medida, al

⁶⁰² ESSER, GA, 1958, pp. 322 ss; ROXIN, PG (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 211; GÓMEZ RIVERO, La inducción a cometer el delito, 1995, pp. 45 s.; OLMEDO CARDENETE, La inducción como forma de participación accesorio, 1999, pp. 270 ss.

⁶⁰³ ROXIN, PG (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 211.

⁶⁰⁴ CASTELLVÍ MONSERRAT, Provocar y castigar, 2020, p. 226.

⁶⁰⁵ Repárese en la contraposición entre *pensamiento*, como conjunto de percepciones relativas a los comportamientos motivadores, y *teorías*, como reverberación de estos en una construcción dogmática concreta.

⁶⁰⁶ De la misma opinión, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 44: “las consideraciones teológico-morales presentadas [ínsitas a las teorías de la corrupción] proporcionan conclusiones importantes para definir qué debe cumplir una teoría de la inducción.” Críticamente, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 55, incidiendo en que el origen de estas tesis se remonta al entendimiento de los comentaristas italianos de que el inductor realizaba un “ataque a la moralidad del alma y su relación individual con Dios.” Es interesante que JAKOBS, PG, 2ª ed., 1997, p. 804, indique que quien “«determina» en sentido amplio (...) crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión *sucumbe* otro” (sin cursivas en el original), incidiendo, más adelante, en la idea de que “en la inducción se trata de que se corrompa al influido.”

acercamiento teórico, no tanto a la inducción o a la participación psíquica como figuras dogmáticas, sino a la atribución de relevancia (no necesariamente penal) a cualquier transacción motivacional. La contraposición entre *sujeto persuasivo-sujeto persuadido* que este esquema mental dibuja puede señalarse como el arquetipo más básico sobre el que se ha asentado históricamente la esquematización de la responsabilidad de aquellos sujetos que influyen en otros con tal de que realicen actos no debidos. Que su “traducción dogmática” por parte de H. MAYER o TRECHSEL, entre otros, no fuera acertada, no supone que debamos ignorar la vigencia histórica⁶⁰⁷ de este mismo pensamiento y su repercusión en el marco de la imputación de responsabilidad jurídico-penal.

3. Las teorías del dominio

3.1. Presentación

Para las *teorías del dominio* [*Dominanztheorien*], el especial desvalor de la inducción reside en el control que ejerce la persona de detrás sobre una de las dos posibles facetas de la resolución delictiva de la de delante, bien la volitiva —así, las teorías del dominio volitivo [*voluntativen Dominanz*]⁶⁰⁸—, bien la intelectual —así, las teorías del dominio intelectual [*intellektuellen Dominanz*]⁶⁰⁹—. Por cuestiones expositivas, presentaré únicamente esta segunda teoría. Ciertamente, la primera, pese a presentar una fundamentación particular, no arroja resultados distintos a los de la doctrina mayoritaria: al final, el objetivo consiste identificar riesgos motivadores capacitados para desencadenar una voluntad delictiva a los efectos de validar la concurrencia de los requisitos típicos de la inducción.⁶¹⁰ Sea como fuere, SCHULZ, defensor de la segunda opción, considera que la única manera de explicar la simetría penológica entre la instigación y la autoría, no obstante el carácter accesorio de los tipos de participación, reside en la idea de la dominación sobre la planificación.⁶¹¹ El inductor, entonces, ejercería el papel de “director del delito”, mientras que el cómplice psíquico sería un auxiliador (colaborador) de este mismo plan (tanto a través de “consejos inductores” como de “consejos técnicos”).⁶¹² En consecuencia, el horizonte motivacional entre una y otra figura lo constituiría la idea

⁶⁰⁷ Y su vigencia contemporánea en el marco de un Estado liberal.

⁶⁰⁸ Postulada por NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossenen und Tatengeigte*, 1989, pp. 83 ss.

⁶⁰⁹ Defendida, principalmente, por SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers. Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, 1980, pp. 137 ss.; EL MISMO, *JuS*, (12), 1986, pp. 933 ss.; e INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, pp. 137 ss.

⁶¹⁰ NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossene*, 1989, p. 85.

⁶¹¹ SCHULZ, *Die Bestrafung des Ratgebers*, 1980, pp. 137 ss.; EL MISMO, *JuS*, (12), 1986, p. 937.

⁶¹² INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, p. 150: “la instigación suele presuponer un elemento de dirección [*Element der Lenkung*] y, por tanto, también de influencia decisiva en términos intelectuales”, sin perjuicio de que una falta de control sobre el plan pudiese compensarse con un dominio volitivo (pp. 148 ss.).

del *dominio*: mientras que esta última sería una característica de la inducción, en la complicidad psíquica existiría un *sometimiento* a un plan delictivo (auto)determinado por el autor.⁶¹³

3.2. Valoración crítica

La aseveración contenida en este cuerpo teórico es criticable por una razón principal: no ofrece una aproximación adecuada al fenómeno motivacional. Al centralizar la construcción del ámbito de prohibición de la inducción en el dominio intelectual, deja de lado el tratamiento que merece la afectación de la parte volitiva de su resolución. La conclusión que alcanzan estos dos autores solo puede vincularse al *quantum* de pena de la inducción, por lo que nos encontramos con una tesis que difícilmente puede extrapolarse para alcanzar todo el fenómeno motivacional. En efecto, las disquisiciones vertidas por esta construcción dogmática no dejan sin respuesta por qué la conducta provocadora de la motivación delictiva, alejada del control del plan delictivo, merece pena. Con esto no quiero decir que la variable relativa al menor o mayor control de la concreta ejecución del injusto penal por parte de la persona que motiva no pueda resultar un elemento a tener en cuenta en la valoración de su desaprobación penal.⁶¹⁴ No obstante, considero que este sería un elemento a valorar en un segundo nivel, esto es, una vez confirmada la relevancia como intervención del aporte motivacional (genotipo). Ello, con tal de vislumbrar si esta misma aportación merece subsumirse en un tipo de participación (inducción o complicidad) o autoría. Sin embargo, en un primer nivel, lo que debe centralizar el objeto de la valoración es la motivación delictiva en sí. Si partimos de esta base, es fácil advertir que en la mayor de los supuestos vinculados al fenómeno que interesan no existe un dominio intelectual. Ciertamente, la característica esencial de un caso de motivación al delito reside en el especial impacto que determinados comportamientos producen en la dimensión volitiva de la persona de delante.⁶¹⁵ Al acentuar el peso de la desaprobación en la idea del “dominio del plan”, se deja de lado la relevancia que merece previamente este impacto en el acervo motivacional del sujeto.

4. Las teorías del mandato

4.1. Presentación

1. Bajo el título de *teorías del mandato* [*Mandatstheorien*]⁶¹⁶ se reúnen todas aquellas construcciones dogmáticas que identifican los presupuestos de tipicidad de la inducción en el hecho de establecer

⁶¹³ SCHULZ, *JuS*, (12), 1986, p. 938.

⁶¹⁴ Similar, SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 12ª ed., 2007, nm. 6, indicando que hay casos de inducción sin dominio del plan.

⁶¹⁵ Igualmente, NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossene*, 1989, pp. 115 s, indicando que la concepción de SCHULZ deja de lado la parte volitiva de la resolución al delito.

⁶¹⁶ En lo que alcanzo, el término unitario ha sido ideado por NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 155 ss. En cambio, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp.

una relación de dependencia con respecto al autor. En el marco de esta conexión cuasi-sinalagmática, este último se compromete obligacionalmente a realizar el comportamiento propuesto por el instigador. La idea apareció con fuerza mediante la exposición efectuada por PUPPE con respecto a la viabilidad práctica de la causalidad psíquica.⁶¹⁷ De esta manera, las críticas a las que esta construcción es susceptible han empujado a la autora alemana a defender que el especial desvalor de la inducción reside en la configuración de un denominado *pacto de injusto* [*Unrechtspakt*].⁶¹⁸ Al respecto, según PUPPE, el intérprete debe “prescindir por completo de este modelo de causalidad en el ámbito de la inducción y tratar de desarrollar una relación psíquica específica sobre la base de las experiencias y de las ideas que tenemos intuitivamente sobre cómo nos influimos y nos dejamos influir.”⁶¹⁹ Esta premisa lleva a esta autor a caracterizar la inducción como aquella forma de participación mediante la cual se otorga al autor el “motivo del delito”.⁶²⁰ Sin embargo, no todo contacto comunicativo justificaría la equiparación penológica del inductor con el autor.⁶²¹ Luego no basta para ser instigador con efectuar una incitación no vinculante, dejando al libre arbitrio del inducido su concreción.⁶²² Por el contrario, es necesario que ambos sujetos suscriban un “pacto de injusto” de tal manera que pueda hablarse de un “plan común del hecho”.⁶²³ En dicho contexto, el inductor debe conseguir que la persona de delante asuma en términos obligaciones el contenido de su propuesta, “sometiéndose” a sus dictámenes. Todo ello, en el marco de una relación cuasi-contractual muy parecida a la figura civilista del *mandato*, por lo que altamente vinculada a los postulados teóricos de los comentaristas italianos con respecto a la estructura del *mandatum*.⁶²⁴ Esta relación de subordinación se suscribiría con independencia del estado resolutivo del autor, pues “[e]s irrelevante si el propio autor, antes de la suscripción de este pacto de injusto, si no había pensado todavía en tal hecho o en el hecho 'concreto', si lo había considerado o, en el sentido de la doctrina del *omnimodo facturus*, había tomado una decisión suficientemente firme para cometerlo. El único factor decisivo es que, en el momento de la comisión del delito, el motivo sea la decisión de cumplir el acuerdo con el inductor.”⁶²⁵

85, aboga por reunir los defensores de la relación obligacional inductor-autor junto con aquellos autores que defienden las ideas de la dominación intelectual o volitiva.

⁶¹⁷ PUPPE, *GA*, 1984, pp. 101 ss.; LA MISMA, *NSZ*, 2006, pp. 424 ss.; LA MISMA, *La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Caverro), 2003, p. 97.

⁶¹⁸ PUPPE, *GA*, 1984, p. 112 ss.

⁶¹⁹ PUPPE, *GA*, 1984, p. 108.

⁶²⁰ PUPPE, *GA*, 1984, p. 110.

⁶²¹ PUPPE, *GA*, 1984, p. 110.

⁶²² PUPPE, *GA*, 1984, p. 112.

⁶²³ PUPPE, *GA*, 1984, p. 111.

⁶²⁴ PUPPE, *GA*, 1984, p. 113.

⁶²⁵ PUPPE, *GA*, 1984, p. 118. Esta conclusión está vinculada a las consideraciones que efectúa esta autora sobre la figura del *omnimodo facturus* y su trascendencia penal (pp. 116 ss.). Valga por el momento la idea, acabada de señalar, de que el estado interno-resolutivo del autor es indiferente si el inductor consigue suscribir con este un “pacto de injusto”: aunque la persona de delante hubiera cometido el acto con independencia del influjo motivacional, esto no invalida que, al suscribir el acuerdo con la persona de detrás, aquel realice el delito con base en este pacto y, por lo tanto, subordinado al instigador. Volveré a este punto cuando analice la trascendencia de la doctrina del *omnimodo facturus* en el sistema de intervención que presentaré en los siguientes capítulos (véase *infra* Capítulo VII ap. III.3).

2. Próximo a PUPPE, JAKOBS ha asumido igualmente ciertas particularidades de esta construcción, indicando que para la concurrencia típica de esta forma de participación es necesario que “el autor (...) adopt[e] su decisión, y persever[e] en ella, con dependencia del que influye.” En el contexto de esta subordinación, JAKOBS otorga un papel relevante al carácter prescriptivo de esta última, en tanto que el inductor no expresa ante el inducido una “comunicación acerca de todas las acciones que uno *puede* realizar, sino la comunicación sobre las acciones que uno *debe* realizar.”⁶²⁶ Para con la consecución de esta relación obligacional, valdría cualquier influjo capacitado para acentuar, en los términos requeridos, la dimensión prescriptiva de la ulterior conexión de subordinación del inducido con respecto al inductor.⁶²⁷ También KÖHLER ha dibujado una imagen del instigador parecida. En opinión de este autor, la única manera de justificar la equiparación penológica autor-inductor es por la existencia de una equivalencia estructural y conceptual: “el instigador se asimila al autor en su poder de determinación de la voluntad, es un (co)autor 'intelectual'.”⁶²⁸ De esta manera, “[c]onstitutivo para la inducción es (...) solo el poder determinante de la voluntad sobre el autor en vista de la dependencia de su ulterior concepción de finalidad [*Zweckkonzeption*].”⁶²⁹ Sobre esta premisa, solo se convertirá en inductor aquel sujeto que haga depender al autor del delito, de tal manera que constituirá una influencia decisiva aquella que haga enfrentar a la persona de delante a la elección de aceptar una pérdida si no realiza el acto ilícito.⁶³⁰

4.2. Valoración crítica

1. Esta teoría ha sido objeto de dos críticas, principalmente. A este respecto, se dice de ella, en primer lugar, que solo permitiría el castigo del caso más paradigmático de la instigación, el del sicario, pero dejaría de lado otros supuestos de influencia motivacional de igual o mayor relevancia.⁶³¹ En segundo lugar, se reprocha que, con esta teoría, el estado mental del receptor del influjo psíquico perdería la cualidad de condición aplicativa central, pues sería perfectamente factible “inducir”, en tanto que

⁶²⁶ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 805.

⁶²⁷ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 806.

⁶²⁸ KÖHLER, *AT*, 1997, p. 521.

⁶²⁹ KÖHLER, *AT*, 1997, p. 521. En términos parecidos, NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft: Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, 2003, pp. 282 ss. Indica la autora en p. 286 que, para validar la inducción, el autor debe quedar limitado en “su libertad de elección, ya sea para aceptar una reducción de sus bienes y bienestar [en caso de no hacer caso al inductor] o para seguir la petición de la persona de detrás. De este modo, el instigador puede controlar hasta cierto punto el *comportamiento* ilícito del autor, que, sin embargo, infringe su libertad de forma autodeterminada” (con cursivas en el original).

⁶³⁰ KÖHLER, *AT*, 1997, p. 521. Esta idea aproxima al autor, a su vez, con las denominadas teorías del requerimiento sancionador que expondré *infra* ap. 5.

⁶³¹ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1101, indicando que el modelo de PUPPE posee fuerza de convicción “en cuanto «imagen» puesto que permite circunscribir la inducción a su caso más prototípico, “que no es sin embargo el único.” Igualmente, HOFFMANN-HOLLAND, *AT*, 2ª ed., 2011, p. 227, § 564, indicando que el legislador, al positivar neutralmente el concepto “determinar”, parece estar a favor de una interpretación más amplia. Parecido, NOAK/SENGBUSCH, «Probleme mit den Pferdestärken», *JUR-A*, (7), 2005, p. 499; KOCH/WIRTH, *JuS*, (3), 2010, pp. 204 s.; HEINE/WEIBER, «§ 26», *Sch/Schr-SiGB*, 30ª ed., 2019, nm. 3; GERSON, *ZIS*, (5), 2016, pp. 296 s.; SCHILD, «§ 26», *NK-SiGB*, nm. 6; SCHÜNEMANN/GRECO, «§ 26», *LK-SiGB*, 13ª ed., 2021, nm. 10; SCHEINFELD, *GA*, 2007, pp. 705 ss.

suscripción de un pacto de injusto, a personas ya resultas a cometer el delito.⁶³² Esto produciría, en consecuencia, una indistinción entre esta forma de participación y la complicidad psíquica. Así pues, la figura del *omnimodo facturus* dejaría de constituir el “horizonte motivacional” entre una y otra forma de intervención, puesto que, con independencia de la previa determinación del influido con respecto al injusto propuesto por el inductor, lo relevante sería que aquel “sucumbiera”, en tanto que subordinación, a su concreción práctica propuesta en términos obligaciones por este. En definitiva, con esta construcción teórica desaparecería la contraposición entre el estadio pre-resolutivo (inducción) y el post-resolutivo (complicidad psíquica).

2. Frente a estas críticas, es de justicia reivindicar lo acertado de las teorías del mandato. De este modo, en relación con el cuestionamiento planteado con respecto a su carácter restrictivo, cabe decir que el hecho de que la teoría del mandato reduzca el ámbito típico de la instigación solo a casos parecidos al del sicario no puede convertirse en un problema si se entiende que esta reducción es consecuencia de un proceso normativo destinado a otorgar relevancia penal solo a aquellos supuestos que presentan un especial desvalor. En todo caso, se puede plantear sin problemas un supuesto de hecho que no reúna las características paradigmáticas del caso del “asesino a sueldo” y que, sin embargo, constituya una manera de subordinar al autor del hecho. Repárese, a estos efectos, en la realización de cualquier comportamiento que permita superar el interés del ejecutor de no recibir la pena con tal de que quede vinculado a los dictámenes del inductor. Además, esta perspectiva restrictiva se efectúa superando la argumentación causal del “peligro fáctico” y aportando un criterio estrictamente normativo para concretar la relevancia típica de un comportamiento motivador. De esta forma, no puede criticarse la reducción teleológica de la teoría del mandato en tanto que posibilita limitar el ámbito de lo típico en lo que a transacciones motivacionales se refiere a comportamientos capacitados *ex ante* para subordinar al autor, con independencia del concreto resultado psíquico consecuencia de su realización. Ello permitiría configurar, en mi opinión, un sistema de desaprobación de la motivación al delito mucho más seguro y concreto frente al que defiende, no solo la teoría de la causalidad, sino también la doctrina mayoritaria.⁶³³

3. Justamente por esta última cuestión, supone un acierto la superación de la figura del *omnimodo facturus* que producen las teorías del mandato, segunda cuestión crítica planteada por la doctrina. A este respecto, me pronunciaba en el capítulo anterior en el sentido de que el estado mental de la persona de delante debía perder la cualidad de punto de referencia para una ulterior incriminación de los comportamientos motivadores. Lo importante, a mi parecer, es la posibilidad de adscribir una

⁶³² BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1101.

⁶³³ Como indica PUPPE, *NStZ*, 2006, p. 424, el sujeto que quiere conseguir que a quien influye realice un delito, “dificilmente se detendrá ante una propuesta de injusto no vinculante o ante una mera incitación, sino que realmente concluirá un pacto de injusto con el autor.” Para esta autora, esto constituiría el “motivo principal” del autor. En contra, SCHEINFELD, *GA*, 2007, p. 699, para quien es imposible graduar la importancia de los motivos de un sujeto, por lo que no puede identificarse el “más fuerte”.

dimensión de relevancia penal a estos mismos en tanto que contribuciones con significado delictivo en la conjunta elaboración del acontecimiento antijurídico. Por lo tanto, es necesario desconsiderar esta clase de conductas como meras precursoras de un “resultado psíquico” que únicamente acentúa la cualidad del autor como “protagonista” del suceder típico, impidiendo la visualización del hecho delictivo como una “obra coral” en la que los comportamientos de todos sus intervinientes se interconectan de manera recíproca. Frente a esta tesis, la teoría del mandato consigue acentuar un aspecto muy importante: la despsicologización en términos naturalísticos de la configuración de la inducción para acercarla a una concepción estrictamente normativa en tanto que compromiso bilateral entre el autor y el partícipe de desacato de la norma.⁶³⁴ Con ello, sus defensores — principalmente PUPPE— permiten concebir la inducción desde la perspectiva de la “coordinación”, permitiendo aclarar su vinculación con el hecho delictivo pese a no haber contribuido a su ejecución.⁶³⁵ En este contexto, “el inductor” de PUPPE y JAKOBS ya no se caracteriza por crear la “voluntad delictiva” en un tercero, esto es, por producir un resultado psíquico o mental.⁶³⁶ Por el contrario, su particularidad reside en el hecho de conseguir que este mismo “inducido” (mejor, *mandatario*) transporte, en el plano ejecutivo, su propio interés en la realización del injusto. En otras palabras, la persona de delante debe “hacer propio” el motivo otorgado por la persona de detrás, realizando el hecho con base en esta misma razón.⁶³⁷

4. Sin perjuicio de lo anterior, es cierto que a la idea abstracta del “pacto de injusto” de PUPPE o de la subordinación de JAKOBS le falta cierta concreción en lo que a su contenido material específico se refiere. En este sentido, como indica BALDÓ LAVILLA, si nos conformáramos solo con estas referencias, sería perfectamente factible castigar a través de la inducción casos que, en la fase previa, merecerían la calificación de conspiración.⁶³⁸ Por otro lado, esta “amplitud” primaria también permite castigar como instigación comportamientos paradigmáticos de la complicidad psíquica al estar estos últimos destinados a “reforzar”, que no a “determinar”, la resolución delictiva.⁶³⁹ De esta manera, pese a superarse la idea del “resultado psíquico” y la figura del *omnimodo facturus*, la falta de concreción

⁶³⁴ Tal y como indica BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1102, aunque críticamente, esta construcción implica que deba “darse una cierta «coordinación» entre inductor e inducido.”

⁶³⁵ Particularmente, PUPPE, *GA*, 1984, pp. 112 s. Y ello se realiza de manera particularmente próxima al principio de imputación recíproca que fundamenta la incriminación de la coautoría.

⁶³⁶ Lo que lo diferencia, asimismo, del inductor de las *teorías del dominio*, apegadas a una idea psicológica de “subordinación” en tanto que control fáctico de la faceta cognitiva o volitiva de la resolución delictiva.

⁶³⁷ Particularmente, PUPPE, *GA*, 1984, p. 115.

⁶³⁸ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1102, n. 43.

⁶³⁹ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1101, n. 42 expone el caso en el que un individuo, frente a la decisión firme de cometer un delito por parte de un tercero, muestra su conformidad y acuerdo y planifica con este último el hecho. Pese a poder compartir la impresión, es importante indicar que el autor parte de un concepto clásico de “participación y autoría”, esto es, basado en la concreta manifestación fenotípica de una u otra forma de intervención. Si la idea de “pacto de injusto” pasara a concretar el ámbito de prohibición, no de la inducción como fenotipo, sino de la motivación como genotipo, el caso expuesto por BALDÓ LAVILLA no necesariamente merecería la calificación de inducción: estaríamos ante una conducta de intervención motivacional que, ulteriormente, podría castigarse con una pena menor (a través de la complicidad) por razón de su menor expresividad cualitativo-cuantitativa en la conjunta elaboración del injusto.

a la hora de especificar materialmente aquel “pacto de injusto” posibilitaría ampliar excesivamente el ámbito de lo penalmente relevante en lo que a la inducción se refiere. Así pues, lo que en principio parecía una teoría limitadora del ámbito de relevancia típica, se acabaría desbordando por este lado. No obstante, visto de esta manera, parece que lo único que le falta a esta teoría es un conglomerado de criterios que permitan dibujar más firmemente la conducta típica del inductor sobre la idea de la “subordinación”. A este cometido, podrían servir perfectamente las *teorías de la sanción o del requerimiento sancionador* que esbozaré a continuación, que también parecen compartir la estructura del mandato.⁶⁴⁰ Así pues, la idea conceptual de PUPPE y JAKOBS podría concretarse materialmente con el constructo de la “exhortación o anuncio de una sanción positiva o negativa” que predicen los defensores de esta última teoría y que, a diferencia de la vaga idea del “pacto de injusto”, sí permite restringir el campo de prohibición de la instigación.⁶⁴¹

5. Sin embargo, todas estas ideas deben desasociarse del “tipo de inducción” para proyectarse sobre la motivación al delito. Ciertamente, a la teoría del mandato subyace la necesidad de restringir al máximo el ámbito de tipicidad de esta forma de participación atendiendo a su equiparación penológica con el autor (con independencia de que esta restricción se consiga o no).⁶⁴² La estrecha vinculación de esta tesis con el verbo típico “determinar” impide *a priori* vincularla con la cuestión, más amplia, sobre la justificación de la incriminación de los comportamientos motivadores. Por ello, es necesario despegar esta teoría del ámbito de la instigación para visualizar sus efectos en el campo de la motivación al delito. En esta línea, si esta estructura sinalagmática, complementada con la teoría de la sanción, se traslada, no al entendimiento de la instigación como forma específica de participación, sino a la atribución de un significado delictivo a los aportes motivadores; lo restrictivo de su planteamiento se evidencia con mayor fuerza. La idea consistiría en convertir la máxima “no todas las influencias motivacionales merecen la pena del autor” en “no todas las influencias motivacionales merecen pena”. En este sentido, quien consiguiera este pacto de injusto, sobre esta premisa metodológica, ya no sería un “inductor”, sino un “interviniente motivador”. En consecuencia, la relevancia penal de la aportación de motivos para cometer un delito (genotipo), con independencia de su manifestación fenotípica (determinación o refuerzo), quedaría restringida únicamente a estos casos de “pacto de injusto” o “subordinación” conseguidos a través del “exhorto sancionador”, sin perjuicio de la ulterior forma de participación o autoría (fenotipo) capacitada para

⁶⁴⁰ Esta influencia es evidente en JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, pp. 121 ss.

⁶⁴¹ Si solo es “inductor” quien anuncia una reacción positiva o negativa, *a priori* se posibilita no incriminar a través de esta forma de participación tanto los casos de conspiración como los de mero refuerzo de la resolución (como mínimo, los más paradigmáticos, a la vez que problemáticos —p.ej., disipar dudas o estar presente en el lugar—).

⁶⁴² En este sentido, las teorías del mandato se citan como las interpretaciones más restrictivas del verbo “determinar”. Al respecto, HEINE/WEIBER, «§ 26», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 3, indicando que “[t]ales restricciones limitan inadecuadamente la responsabilidad del instigador; JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 11; SCHILDT, «§ 26», *NK-StGB*, nm. 5.

subsumir este desvalor primario.⁶⁴³ Por todas estas razones, pese a aceptar la crítica a su inconcreción, el impacto y el valor de estas tesis no se podrán obviar a lo largo del presente trabajo.

5. Las teorías del requerimiento sancionador

5.1. Presentación

1. El pensamiento subyacente a las *teorías de la corrupción* ha servido para armar las que han sido denominadas como *teorías de la sanción* [*Snaktionierungstheorie*].⁶⁴⁴ Para este moderno sector doctrinal, al inductor se le debe castigar por exponer ante el autor un “requerimiento o exhortación de acción sancionada” [*santionsbewehrten Tataufforderung*]⁶⁴⁵ a través de la “amenaza de una sanción” o la “promesa de una reacción positiva” [*positive o negative Sanktion*] frente a las que el receptor se compromete a realizar el tipo de injusto.⁶⁴⁶ Por medio de este exhorto, la persona de detrás consigue alterar el marco de valores e intereses de la de delante, efectuando algo parecido a una *corrupción* en términos normativos: el *deber ser* de la norma penal es substituido por el *deber ser* de la propuesta de injusto. Sobre la base de esta tesis, solo podrían constituir formas de instigación aquellos comportamientos capacitados para producir esta alteración, conectados, por lo tanto, al uso de un lenguaje prescriptivo a través del anuncio de una reacción *positiva* —casos de recompensa— o *negativa* —casos de amenaza—. Así pues, ya no estamos ante un cuerpo teórico destinado a fundamentar el injusto de la participación, como ocurre con las teorías de la corrupción, sino ante una tesis que configura los presupuestos y márgenes de la prohibición de inducir al delito.

2. En este sentido, las críticas a las que fueron expuestas las teorías de la corrupción no han impedido que, desde hace algunas décadas, un conglomerado de autores haya recuperado el pensamiento de la

⁶⁴³ Ejemplo: *A* promete a *B*, ya resuelto a cometer el delito, que le pagará 1.000 euros en caso de realizarlo. Sobre la base de las ideas expuestas, *A* sería interviniente (suscripción de un pacto de injusto a través del anuncio de una sanción positiva), sin perjuicio de que, en un segundo nivel, el hecho de haber aportado el motivo con posterioridad a la (auto o hetero)determinación delictiva de su receptor pudiera valorarse a los efectos de una atenuación penológica. De la misma manera, muchos casos adscritos a la variable de la complicidad psíquica quedarían fuera del marco incriminatorio de la intervención motivacional al no poderse confirmar, en un primer nivel de análisis, la existencia de dicho pacto de injusto creado a través del exhorto sancionador. Por ejemplo, acompañar al autor al lugar del delito, el “sacarlo de dudas”, entre otros.

⁶⁴⁴ Las agrupa bajo este término por primera vez REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 89 ss. Su principal exponente es AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 147 ss.

⁶⁴⁵ NEPOMUK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 167.

⁶⁴⁶ La idea ya estaba presente, por ejemplo, en RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 124, quien no aceptaba, en todo caso, que esto supusiera el establecimiento de una “relación cuasi-contractual” *à la Puppe*. Sea como fuere, la idea se ha definido más modernamente a través de los siguientes autores: AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 151 ss.; NEPOMUK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 ss.; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 100 ss.; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, 2019, pp. 543 ss.; KLESZCZEWSKI, *AT*, t. I, 3ª ed., 2008, p. 249, indicando que solo es inductor quien promete una ventaja o una desventaja a la persona de delante. Siguen una línea parecida, SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, nms. 3 ss.; ABRAHAM, «Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes», *HRRS*, (25), 2018, pp. 165 ss.

corrupción para armar una estructura dogmática para la inducción. Repárese que hablo del *pensamiento* y no de la *teoría* de la corrupción. Efectivamente, en ningún caso se plantea volver a los planteamientos de H. MAYER o TRECHSEL. Por el contrario, solo se propone utilizar esta idea, históricamente vinculada a la incriminación de esta clase de conductas, para componer un espacio de relevancia jurídico-penal en el que subsumir los comportamientos motivadores. Este estaría ligado al carácter prescriptivo del acto de habla utilizado por el inductor para motivar al destinatario de su comunicación. “Corromper”, en tanto que manera de desalinear al sujeto del marco de convenciones imperantes, se ressignifica como una forma de exhortarlo a tomar el camino opuesto al que pretende conducirlo el Derecho.⁶⁴⁷

3. El autor que más ha remarcado esta idea ha sido AMELUNG. Así pues, en opinión de este penalista, es necesario compatibilizar la imagen histórica de la inducción como forma de seducción y, por ende, su vinculación con el pensamiento de la corrupción, con el ideal contemporáneo de la autorresponsabilidad. Al respecto, el autor entiende que “la inducción es un ataque a un bien jurídico a través de la corrupción de otro”⁶⁴⁸ de tal manera que mientras que “el aspecto accesorio de la inducción, la causación de un menoscabo del bien jurídico con la participación de otro, fundamenta el desvalor de su resultado; la característica autónoma, que describe la inducción como corrupción, fundamenta el desvalor de acción de esta forma de participación.”⁶⁴⁹ Por ello, el legislador, a través del § 26 StGB, habría querido atribuirle a la inducción un mayor peligro por este aspecto, esto es, el hecho de corromper a alguien como mecanismo para lesionar o poner en peligro un bien jurídico determinado.⁶⁵⁰ Para AMELUNG, este efecto corruptor estaría ligado a la capacidad que tiene el instigador de contraponer al principal interés que se desprende del cumplimiento del Derecho (el *interés de la impunidad* [Straffreitsinteresse]⁶⁵¹) una suma de intereses y necesidades que hicieran más favorable la realización del delito.⁶⁵² Con base en esta premisa, el autor relaciona la inducción con un “requerimiento” o “exhortación” [Aufforderung] a modo de *acto de habla sancionador* [sanktionsträchtiger Sprechakt].⁶⁵³ Por medio de esta composición comunicativa, la persona de detrás debería “motivar” a la de delante con la ayuda de *anuncios de reacciones negativas* [Ankündigung negativer Reaktionen] o *anuncios de recompensas* [Ankündigung einer Behobung].⁶⁵⁴ De este modo, una exhortación estructurada mediante

⁶⁴⁷ Recupero esta idea *infra* Capítulo V para componer un espacio de desaprobación de la motivación al delito.

⁶⁴⁸ Tanto él como todos los autores que citaré a continuación, parten de la idea de que la participación supone un “ataque accesorio a un bien jurídico”. En todo caso, el “peligro motivador” es sustituido por un “peligro corruptor”.

⁶⁴⁹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 151.

⁶⁵⁰ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 152, lo que la diferenciaría de otras formas de “influencia de un comportamiento ajeno” [Beeinflussung fremden Verhaltens], como la mera transmisión de una información adecuada para cometer el delito.

⁶⁵¹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 156, que estaría compuesto por “un conjunto de factores motivadores en el que se combinan las necesidades “internas” de preservar el respecto a uno mismo y la conciencia tranquila con los intereses externos relativos a la preservación de la buena reputación, la libertad y los fundamentos económicos para vivir”. En este compendio se involucraría “nuestro respeto moral por las esferas jurídicas ajenas.”

⁶⁵² AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 157.

⁶⁵³ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 163.

⁶⁵⁴ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 164.

este “juego de reacciones” articularía la fuerza vinculante del comportamiento delictivo solicitado de tal modo que el inducido “lo [tendría] difícil para decir que no” [*Schwerigkeit, Nen zu sagen*].⁶⁵⁵ Sobre esta idea, AMELUNG entiende que se posibilita contextualizar el carácter corruptor ínsito a esta forma de participación en una “sociedad de ciudadanos autorresponsables y de libre comunicación.”⁶⁵⁶

4. Estas ideas se empezaron a dibujar, sin embargo, en los años 80 del siglo pasado de la mano de JOERDEN. Para este autor, la igualdad de pena entre autoría e inducción está conectada con el hecho de que el éxito de la instigación depende del comportamiento libre (*causa libera*) del inducido.⁶⁵⁷ En todo caso, el autor considera que solo pueden castigarse determinadas formas especialmente destacadas de influir: aquellas propuestas de comportamientos adecuadas para alcanzar un “momento de compromiso” [*Moment der Verbindlichkeit*], por lo que, en todo caso, acompañadas de una “sanción” [*Sanktion*].⁶⁵⁸ En consecuencia, el objetivo de este autor es el de acentuar el carácter prescriptivo de la inducción en tanto que “requerimiento” o “exhortación” [*Aufforderung*] frente al de las demás formas de participación (básicamente, la complicidad), que estarían caracterizadas por uno de tipo descriptivo.⁶⁵⁹ De esta manera, una influencia en la resolución delictiva podría tomar dos posibles dimensiones: por un lado, como “exhorto de comportamiento” ligado al anuncio de una sanción al destinatario, constitutivo de inducción. En segundo lugar, como “ayuda en la decisión” [*Entscheidungshilfe*], a modo de descripción de los hechos con el fin de auxiliar al receptor del influjo en su resolución delictiva, constitutiva en todo caso solo de complicidad.⁶⁶⁰ Acercándose con ello a las teorías del mandato, entre inducción e inductor existiría una relación de dependencia relativa que no se daría entre cómplice y autor.⁶⁶¹ Desde esta concepción abstracta, JOERDEN considera que la “exhortación” inherente al comportamiento inductor puede manifestarse de dos maneras diferentes. Por un lado, a modo de “sanción positiva”, identificada en un aumento de los intereses o beneficios del receptor del requerimiento.⁶⁶² Por el otro, en tanto que “sanción negativa”, esto es, el anuncio de un comportamiento que afectará al receptor y condicionado al no cumplimiento de la proposición.⁶⁶³ Mediante esta clase de exhortaciones, la persona de detrás erigiría ante la de delante la obligatoriedad

⁶⁵⁵ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 167.

⁶⁵⁶ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 172. En cambio, el cómplice psíquico no emitiría hacia el receptor de su comunicación la voluntad de sancionar en caso de que este no cometiera el delito.

⁶⁵⁷ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 121.

⁶⁵⁸ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 121 s.

⁶⁵⁹ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 124.

⁶⁶⁰ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 124. El cómplice psíquico, en cambio, efectuaría un comportamiento vinculado a la idea de “ayuda en la decisión” [*Entscheidungshilfe*]. Sobre esta premisa, JOERDEN define la complicidad con base en el criterio de la “irreflexibilidad”: así como es imaginable una “autoayuda” [*Selbsthilfe*], no lo es una “autoinducción” [*Selbsanstiftung*]. Por lo tanto, es cómplice psíquico quien ayuda en la decisión del hecho con una contribución que el autor podría haber obtenido por él mismo. Por lo tanto, es posible participar en un delito a través de la decisión de su actor, o bien “ayudándola” (complicidad) [*Entscheidungshilfe*], o bien “requiriéndola” [*Aufforderung*].

⁶⁶¹ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 126.

⁶⁶² JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 122.

⁶⁶³ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123. Siempre y cuando no elimine la capacidad de decisión, lo que daría lugar a una autoría mediata.

de realizar una conducta ilícita de modo estructuralmente análogo a la operatividad de las normas jurídico-penales, esto es, a través de un mensaje condicional del tipo: *si no llevas a cabo esta conducta, te sancionaré*.⁶⁶⁴ Por medio de esta caracterización, este autor revitaliza la teoría del “pacto de injusto” de PUPPE, concretando cómo debe entenderse este último a los efectos de establecer una relación de dependencia entre el inductor y el inducido.⁶⁶⁵

5. Igualmente, para NEPOMUK, la búsqueda de un concepto de inducción precisa de la identificación de aquellos detalles normativos del concepto “autoridad” a modo de entrega de un incentivo típicamente insustituible por medio de la proposición de un proyecto de comportamiento sancionado que se aprovecha de la relación de autoridad o dependencia con el receptor.⁶⁶⁶ Por esta razón, la participación psíquica constituiría una forma de “favorecimiento” de la decisión del autor del delito, o bien de forma determinante para el caso de la inducción [*Entscheidungsherrschaft*], o bien como mero auxilio reemplazable en supuestos de complicidad [*Entscheidungshilfe*].⁶⁶⁷ Pese a querer desvincularse de las premisas de los anteriores autores, NEPOMUK sostiene una teoría sobre la conducta prohibida del inductor prácticamente equivalente. De esta manera, para superar los límites del riesgo permitido en caso de estímulos motivadores, sería necesario que el sujeto emitiera una “exhortación al hecho cualificada” [*qualifizierten Tataufforderung*]. Ello, o bien a través del acoplamiento a esta comunicación de un carácter sancionador [*sanktionsbewehrte Tataufforderung*], o bien por contextualizar el requerimiento en una relación de subordinación o dependencia [*Tataufforderung unter Ausnutzung eines Autoritäts oder Abhängigkeitsverhältnisses*].⁶⁶⁸

6. Con base en la vinculación de la inducción con los actos de habla directivo, REDMANN también relaciona esta forma de participación con un elemento sancionador, en tanto que “[e]n lingüística, el carácter vinculante de cada verbo está determinado por la intensidad de la sanción asociada o amenazada.”⁶⁶⁹ De esta manera, para componer el marco de prohibición de la inducción, se debería exigir, como mínimo, la fuerza directiva de los verbos menos vinculantes (pedir, desear, etc., esto es, aquellos respecto de los cuales el receptor efectúa una reserva de autonomía para decidir si realiza efectivamente lo que se le pide), hasta alcanzar los verbos más vinculantes (aquellos a los que la sanción les es implícita).⁶⁷⁰ A partir de esta exigencia, sería factible rechazar conceptualmente la relevancia jurídico-penal de la creación de meros contextos estimulantes, al entenderse estos como

⁶⁶⁴ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123.

⁶⁶⁵ Según KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, pp. 550 s., todas las teorías del requerimiento sancionador son concreciones de la teoría de PUPPE.

⁶⁶⁶ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 167.

⁶⁶⁷ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 169, asumiendo el criterio de JOERDEN indicado *supra* n. 660.

⁶⁶⁸ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 167.

⁶⁶⁹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 100.

⁶⁷⁰ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 100, 101, 102.

simples actos de habla de carácter asertivo destinados a una “simple transferencia de información.”⁶⁷¹ Igualmente ocurriría con las exigencias de la denominada teoría del mandato o del pacto de injusto: en la medida en que existen actos de habla directivos de menor intensidad, no sería necesario requerir un elemento de dominación efectiva del inducido con respecto al inductor, bastando una conexión lingüística de la que pudiera inferirse el mínimo contenido sancionador característico de toda esta clase de actos de habla.⁶⁷²

7. Muy recientemente, también se ha pronunciado a favor de esta comprensión KREUZBERG. El autor parte de una crítica a la posibilidad de erigir una prohibición general que tuviera por objeto toda clase de comportamiento persuasivo.⁶⁷³ A partir de este postulado crítico, este autor considera que exigir un requerimiento con carácter sancionador para dotar de contenido al ámbito típico de la inducción “no restringe indebidamente la libertad de acción” pues solo se fija en determinadas conductas con un fuerte énfasis social.⁶⁷⁴ Por lo tanto, todo comportamiento inductor debe identificarse con aquel acto de habla que “contextualmente solo puede entenderse como 'expresión de una expectativa de conducta resistente a la decepción' [*Expression einer enttäuschungsfesten Verhaltenserwartung*].”⁶⁷⁵ Ciertamente, el menoscabo de la expectativa que el inductor deposita en la realización del comportamiento ilícito queda protegida con el anuncio *ex ante* de una sanción, fortaleciendo de esta manera la vinculatoriedad de la exhortación. A través de este mecanismo, la persona de detrás se “asegura” (de manera relativa) el éxito de la realización de su programa delictivo a manos de la persona de delante, lo que permitiría legitimar el castigo de esta forma de participación.⁶⁷⁶

5.2. Valoración crítica

1. Debido a la importancia actual de esta *teoría de la sanción* y su capacidad para sustentar, en mi opinión, un proceso de atribución de relevancia jurídico-penal a la motivación al delito, permítase por ahora que me limite a mencionarla. Habrá tiempo más adelante para pormenorizar su análisis, entreviendo con ello, tanto su conexión con el *pensamiento de la corrupción*, como el gran énfasis que ponen sus defensores en el “carácter prescriptivo”⁶⁷⁷ de la inducción, algo que comparten con las *teorías del mandato*. A mi parecer, es justamente esta dimensión deóntica la que posibilitaría, *a priori*, estructurar un ámbito de prohibición en el que subsumir los comportamientos motivadores en comunión con el

⁶⁷¹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 103.

⁶⁷² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 105, 106.

⁶⁷³ Referencia interna

⁶⁷⁴ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, pp. 543 s.

⁶⁷⁵ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 545.

⁶⁷⁶ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 545.

⁶⁷⁷ Lo remarca, principalmente, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123.

entendimiento genérico de la intervención delictiva. Esto se lograría remarcando el compromiso del “inducido” (persona de delante) con la propuesta de injusto del “inductor” (persona de detrás) en tanto que comportamiento ilícito *debido*. Esta idea tendría como consecuencia la composición de un espacio de relevancia penal en el que subsumir la motivación al delito más concreto que el que desarrolla la doctrina mayoritaria, no vinculado a la potencialidad de crear un resultado psíquico concreto, sino al significado *ex ante* del comportamiento como alteración del sistema normativo del sujeto destinatario del influjo.

2. Sea como fuere, parece que existe la tendencia en la doctrina alemana de vincular la participación psíquica (principalmente, la inducción) con la idea de “exhorto sancionador”. Tal y como comentaba, ello tiene su origen en una renovación del carácter corruptor históricamente vinculado a esta forma de participación. En este sentido, la “corrupción” inherente a la inducción se desarrolla, en este contexto, como una manera de desvincular al sujeto del correcto seguimiento de la norma de conducta. Ya no se trata de impulsar la tendencia moral hacia el delito de los ciudadanos, si no de orientar su autorresponsabilidad con un mensaje comunicativo cargado de razones adecuadas para desvincularle del “camino del Derecho”. Es cierto, sin embargo, que la valoración de estas opiniones debe tener en cuenta que estas se dirigen a dotar de contenido a solo una de las manifestaciones fenotípicas de la motivación, esto es, la inducción. Sin embargo, considero que estas ideas, abstractamente consideradas, pueden suponer un punto de partida adecuado para abordar una hipotética intervención motivacional. Si de lo que se trata es de actualizar el pensamiento de la corrupción en el contexto de una sociedad de agentes autorresponsables, la conexión que defienden estas tesis entre *instigación, sanción y norma* se presenta *a priori* como una manera adecuada para llevar a cabo tal cometido. Así pues, el inductor ya no se concibe como un “estimulador” o “detonador” de instintos innatos en la psique del inducido, sino como alguien que altera el sistema de valores normativos del destinatario de su comunicación. Esto último se produce de tal manera que parece producirse una irrupción en la propia operatividad y función de los mecanismos disponibles por parte del Derecho penal para satisfacer su programa normativo.⁶⁷⁸ Está por ver, en todo caso, si estas elucubraciones con respecto a la inducción son trasladables a la motivación al delito y pueden sustentar una base para desaprobare penalmente una eventual intervención motivacional.

⁶⁷⁸ Del mismo modo, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 241 ss.

IV. CAUSALIDAD Y RIESGO PSÍQUICO-MOTIVACIONAL: LA PROHIBICIÓN DE MOTIVAR SEGÚN LA DOCTRINA MAYORITARIA

1. Estructura general: la “peligrosidad motivacional” accesoria

1. El entendimiento mayoritario sobre la fundamentación y la extensión del ámbito de prohibición de la participación psíquica parte de un dato fáctico esencial: los comportamientos motivadores son un “factor criminógeno importante” requeridos de restricción con tal de evitar la contribución causal en hechos delictivos ajenos.⁶⁷⁹ Sobre esta premisa, se entiende que no todos los estímulos a los que están expuestos los ciudadanos deben ser objeto de limitación, a riesgo de caer con ello en una limitación insoportable de la libertad.⁶⁸⁰ Al contrario, solo lo pueden ser aquellos que superan “con mucho el nivel de estímulo de la vida cotidiana.”⁶⁸¹ En la identificación de este umbral de tolerancia, lo determinante será el “grado de riesgo” configurado con respecto al bien jurídico por el autor a través de incentivo aportado por el inductor.⁶⁸² En consecuencia, mientras no se produzca esta influencia cualificada, basada en el riesgo potencial del comportamiento a establecer en el sentido de un examen causal,⁶⁸³ “la causación de la resolución al hecho [será] (...) jurídicamente irrelevante y socialmente adecuada.”⁶⁸⁴

2. En este sentido, sin perjuicio del impacto (más o menos limitado) de las anteriores construcciones, lo cierto es que la doctrina mayoritaria defiende una aproximación “clásica” al problema de la mano del entendimiento de la participación como un ataque accesorio a un bien jurídico. Así pues, la mayoría de las opiniones vertidas en la *communis opinio* parten de la idea de que el injusto de la participación, en tanto que extensión de la punibilidad frente a la autoría, se justifica en el ataque al interés jurídico protegido por la norma mediatamente a través de la conducta del autor.⁶⁸⁵ No obstante la existencia de una gran confusión terminológica a la hora de abordar esta teoría central,⁶⁸⁶ su núcleo conceptual está conectado con la afirmación de que el injusto del partícipe no es autónomo,

⁶⁷⁹ SCHROEDER, «Die Anstiftung als Erfolgsdelikt», *GA*, 2016, p. 69.

⁶⁸⁰ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 136.

⁶⁸¹ HILGENDORF, *Jura*, (1), 1996, p. 10; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 78 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 506 s. Todo ello, como señalan FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 411, sobre una prohibición general de “incitar delitos con tal de evitar el menoscabo de los bienes jurídicamente protegidos por el tipo realizado por el autor”, destacando la idea de que el inductor lesiona el bien jurídico contribuyendo a un hecho principal ajeno.

⁶⁸² HILGENDORF, *Jura*, (1), 1996, p. 9; HERZBERG, *JuS*, 1987, pp. 620 s.

⁶⁸³ HILGENDORF, *Jura*, (1), 1996, p. 9.

⁶⁸⁴ OTTO, «Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip», *FS-Amelung*, 2009, p. 241.

⁶⁸⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 53 ss.; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 488; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 222 ss.; BOCK, «Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)», *JA*, 2007, p. 599; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 122.

⁶⁸⁶ Al respecto, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 121 ss.

a diferencia de lo que sostenía la teoría pura de la causación, sino derivado del hecho realizado por el autor.⁶⁸⁷ Sobre esta premisa, la idea básica es que el partícipe contribuye a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo de la Parte Especial (solo frente al autor o también frente a él)⁶⁸⁸ a través del “favorecimiento” (complicidad física) o el “fomento motivacional” (inducción y complicidad psíquica) del ejecutor del hecho.

3. A la hora de desarrollar los márgenes de esta prohibición, no hay problemas en definir la tesis mayoritaria como una aparente teoría de la causalidad en su base delimitada, en todo caso, por los criterios de imputación objetiva del resultado.⁶⁸⁹ Así pues, inducir y reforzar también constituyen formas peligrosas de contribuir contingentemente a la lesión del bien jurídico. En particular, esta agresión accesoria debe realizarse a través de un comportamiento motivador causalmente relevante para con el resultado (psíquico) y típicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*. De esta forma, tanto al determinador como al reforzador de la resolución delictiva se les debe castigar por motivar al autor a través de actos que, en aplicación de los filtros normativos de la teoría de la imputación objetiva, pueden reputarse como “peligrosos” (no permitidos o socialmente inadecuados) en tanto que conllevan un riesgo no tolerable de llevar a su receptor al inicio del estadio ejecutivo del injusto.⁶⁹⁰ De allí que LÓPEZ PEREGRÍN afirme que para validar la indicción “será preciso que se den todos los requisitos de esta forma de participación, tanto la peligrosidad *ex ante* de la incitación por encima del riesgo permitido, como la provocación de la resolución delictiva en un autor todavía no decidido a cometer el delito.”⁶⁹¹ Por su parte, GÓMEZ RIVERO indica que “[s]ólo los casos en que la incitación contenga un mínimo de peligrosidad *ex ante* podrán considerarse incluidos” en el ámbito típico de la inducción, de tal manera que “no toda creación de una situación incitadora fundamenta el desvalor de acción de la inducción, sino sólo aquellas que, teniendo en cuenta los conocimientos del inductor, se consideran relevantes en términos de probabilidad del incremento del riesgo de la producción del delito, como presupuesto de la imputación objetiva.”⁶⁹² Finalmente, FEIJÓO

⁶⁸⁷ De allí que ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 122, prefiera denominar a este cuerpo teórico con el epíteto “teorías de la participación en el injusto”, con tal de remarcar que, según estas, el partícipe contribuye “a la realización de un injusto ajeno, el injusto del autor” (p. 123). Igualmente, Igualmente, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 796 ss., incluye bajo esta denominación también las teorías del ataque accesorio al bien jurídico, defendida por ROXIN, pues, pese a considerar que el bien jurídico que lesiona el partícipe a través de la contribución al hecho principal del autor está igualmente protegido frente a su conducta, la fundamentación de su castigo sigue estando condicionada al entendimiento clásico de la accesoriidad respecto de un injusto ajeno.

⁶⁸⁸ STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, pp. 348 ss.

⁶⁸⁹ Críticamente, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 55.

⁶⁹⁰ KRETSCHMER, «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?», *Jura*, (4), 2008, p. 266: “[e]l inductor, a través de su comportamiento, debe configurar un riesgo cualificado de ejecución del hecho por medio de otro”; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 80 ss.

⁶⁹¹ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 458, indicando que en un caso en el que *A* se limita a informar a *B* que su mujer le ha sido infiel y *B* le da una paliza a esta última, aunque la conducta de *A* “es ciertamente causal, no es peligrosa por no constituir incitación alguna (ni siquiera implícita).” Con más precisión, indica la autora en p. 453: “para que la conducta reúna la peligrosidad suficiente para constituir inducción, será preciso que exista una incitación, esto es, una propuesta de comportamiento (...), cuya aceptación por el sujeto al que va dirigida” suponga el nacimiento de su resolución.

⁶⁹² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 195.

SÁNCHEZ considera que “[n]o puede haber inducción pero tampoco cooperación necesaria o complicidad cuando lo único que se hace es crear una situación en la que otro (previsiblemente) decide ejecutar un delito o bien crear una situación que tiene cierta fuerza sugestiva para tomar esa decisión” pues “[t]iene que existir una cierta connivencia o solidaridad con el hecho posterior” lo que comporta que la participación psíquica “debe implicar siempre (...) una motivación concluyente para realizar un delito determinado o una estabilización definitiva de la resolución delictiva.”⁶⁹³ En consecuencia, partiendo de un riesgo cuantitativo de tipo motivador,⁶⁹⁴ identificado en el influjo psíquico dirigido a la motivación de su receptor, el partícipe psíquico “crea, a través de su intervención, el riesgo desaprobado de que el autor principal pueda decidirse a llevar a cabo una actuación que cumpla determinado tipo penal.”⁶⁹⁵

4. Esta manera de entender la inducción ha estado reciamente condicionada por su descripción fenotípica a través de su verbo típico “determinar”. En este sentido, superadas las tesis que ponían el acento en la relación de causalidad, la doctrina mayoritaria indica que para determinar a alguien a cometer un delito es necesario que exista un “contacto intelectual o espiritual” en forma de transacción comunicativa. Este es el contenido básico de las llamadas *teorías del contacto* [*Kontakttheorie*], quienes requieren la concurrencia de un influjo psíquico.⁶⁹⁶ Sobre la base de esta exigencia, el inductor debe efectuar una propuesta concreta de comportamiento, por lo que no es suficiente con conducir a la tentación delictiva por medio de la configuración de contextos estimulantes. Por ello, el instigador debe ubicarse detrás de una relación espiritual con respecto al autor o ejecutor del delito.⁶⁹⁷ Sin embargo, por medio de esta exigencia no se concreta cuál debe ser el contenido de este mismo acto comunicativo. Efectivamente, la necesidad de dotar de una magnitud específica al comportamiento típico de la inducción provoca que no sea tan importante el hecho de exigir un “contacto espiritual” entre el inductor y el ejecutor del hecho. Por el contrario, lo esencial es responder qué cualidad debe presentar el contenido de esta misma relación o transacción interpersonal.⁶⁹⁸

⁶⁹³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, pp. 70 s., añadiendo que “cuando alguien realice una conducta socialmente adecuada que no tiene un unívoco sentido objetivo de motivar o influir en la aparición del delito, no cabrá la inducción”, indicando el ejemplo de quien recomienda a alguien leer una novela o impartir docencia de Derecho penal.

⁶⁹⁴ Definiéndolo según FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 40: “la posibilidad del acaecimiento de determinados cursos con consecuencias no deseadas, especialmente aquellas captadas por los tipos penales de los distintos delitos.”

⁶⁹⁵ FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 56.

⁶⁹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 343; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 1097 ss.; EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, pp. 210 s.; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 123 s., aunque por razones estrictamente probatorias, pues “la evidencia (indiciaria) más palpable de la que se puede valer el juez para deducir la presencia de tal conexión [la conexión de motivación-intención entre la acción de incitación y la resolución criminal] es la de la existencia de un mensaje o de una comunicación expresa.”

⁶⁹⁷ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 409; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 52; KRÜGER, *JA*, (7), 2008, pp. 497 s., quien accede a esta idea analizando los §§ 26 y 30 StGB a través de los cánones de la interpretación jurídica (gramatical, histórica, sistemática y teleológica).

⁶⁹⁸ GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 439. Sobre esta línea, una mera pregunta (p.ej., “¿tú también quieres?”), podría ser un elemento idóneo para inducir, en tanto que también se daría este contacto comunicativo; así, KOCH/WIRTH, *JuS*, (3), 2010, p. 205. Igualmente, PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 60, indicando que comportamientos como consentir, animar, excusar o remover obstáculos también implican este contacto mental.

5. Precisamente con tal de dar respuesta al interrogante planteado por la anterior construcción dogmática, los defensores de la denominada *teoría de la colusión* [*Kolussionstheorie*] exigen que entre el inductor y la esfera resolutoria del inducido se establezca un contacto directo y fuerte “dirigido a influenciar, requerir o estimular.”⁶⁹⁹ La simetría penológica entre autor e instigador impulsa a los partidarios de esta línea de pensamiento a restringir lo máximo posible el ámbito típico de esta forma de intervención.⁷⁰⁰ Así pues, excluyen de la misma cualquier proposición delictiva que no vaya acompañada por algún acto comunicativo de intensidad motivadora expresa. En este sentido, indica con claridad KÜHL que a esta teoría subyace “la convicción de que la equiparación de la pena del inductor con la del autor solo puede justificarse si su falta de dominio del hecho (...) se compensa con la exigencia de una influencia particularmente intensa en el ejecutor” que le permita consolidarse como el “primer impulso” [*Initialzündung*] del hecho delictivo.⁷⁰¹ Consecuentemente, se exige como requisito la concurrencia de una provocación o incitación al hecho.⁷⁰² Por esta razón, debe constatar que el inductor ha ejercido “una influencia directa en la voluntad del autor”,⁷⁰³ configurado con ello un peligro *ex ante* con la suficiente capacidad e idoneidad motivadora como para poder dar lugar a la resolución delictiva del ejecutor.⁷⁰⁴ En otras palabras, debe concurrir una idoneidad “fáctica” a complementar a través de los criterios de desaprobación típica de conductas.⁷⁰⁵ Por lo tanto, en paralelo a los más modernos desarrollos de la teoría de la imputación objetiva, se requiere la creación de un peligro típico, algo que no alcanzarían, no solo las creaciones de situaciones estimulantes,⁷⁰⁶ sino todo aquel comportamiento que no supusiera un riesgo real de que el destinatario de la propuesta del hecho delictivo lo acabara cometiendo.⁷⁰⁷

⁶⁹⁹ OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493; EL MISMO, *JuS*, 1982, p. 560; ROGALL, *GA*, 1979, p. 11; D. MEYER, «Anstiftung durch Unterlassen», *MDR*, 1975, p. 982; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1982, p. 52. También, NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossene*, 1989, pp. 83 ss., concibiendo al inductor como el impulsador del hecho delictivo; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 145; SCHÜNEMANN/GRECO, «§ 26», *LK-StGB*, 13ª ed., 2021, nm. 15

⁷⁰⁰ GROPP, *AT*, 4ª ed., 2015, p. 439; FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 412. Críticamente, JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nms. 23 ss.

⁷⁰¹ KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 825.

⁷⁰² STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 353.

⁷⁰³ OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 493.

⁷⁰⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 78 ss.

⁷⁰⁵ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 412; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 135 s.

⁷⁰⁶ KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 824, § 20/173; SCHÜNEMANN, «§ 26», *LK-StGB*, 13ª ed., 2020, nm. 1.

⁷⁰⁷ HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, pp. 568 ss., poniendo como ejemplo el del anarquista que le propone al policía que mate a un empresario que pasea por la calle (p. 567). Según el autor, en tanto que el riesgo de resolución al hecho ilícito es mínimo, el supuesto debe considerarse atípico. Sin embargo, utilizando el mismo criterio del incremento de las probabilidades de iniciar el hecho delictivo, JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 24, indican que el establecimiento de situaciones estimulantes “a veces crea un riesgo mucho mayor de cometer el delito principal que la incitación directa a cometerlo.” En relación, también, con la creación de situaciones estimulantes, CHRISTMANN, *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung*, 1997, pp. 114 ss. POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras*, 2004, p. 93 consideran que una frase de la clase “¡Si no quemas el coche del farmacéutico, te piso el pie!” constituye un ejemplo de influencia de escasa o nula entidad. Para HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 9, esto permitiría diferenciar la inducción punible de aquellos comportamientos neutrales en los que el partícipe “todavía

6. Pese a la vinculación de estas ideas con la pena que recibe el inductor, estas son trasladables en términos prácticamente equivalentes al caso de la complicidad psíquica. Así pues, en el marco de esta estructura, la doctrina también exige una relación de causalidad limitada normativamente con criterios de imputación objetiva.⁷⁰⁸ Por lo tanto, para confirmar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento a los efectos de esta categoría psíquica, es necesario constatar si el influjo emitido por la persona de detrás ha contribuido causalmente al refuerzo de la resolución delictiva de la de delante (*omnimodo facturus*) en el contexto, tal y como anunciaba en el capítulo anterior, de la fase *post-resolutiva*.⁷⁰⁹ Seguidamente, esta aparente base descriptiva debe ser objeto de una restricción normativa que persigue que la incriminación solo contenga aquellos comportamientos realmente peligrosos con respecto al bien jurídico protegido por el tipo penal.⁷¹⁰ Al respecto, reiterando las impresiones suscitadas en el primer capítulo de este trabajo de investigación, la doctrina es unánime a la hora de expulsar de este ámbito de relevancia las meras muestras de solidaridad, justamente, por no alcanzar el umbral de peligrosidad exigido por los cánones de la imputación objetiva.⁷¹¹ Por su parte, sí se considera que superan este nivel de riesgo tanto los comportamientos en los que la complicidad psíquica canaliza la inoperancia dogmática de otras estructuras de imputación a través del efecto motivador concomitante,⁷¹² como otros supuestos en los que, según la doctrina, se aumentan las probabilidades de ejecución del hecho por parte del *omnimodo facturus*.

7. Si proyectamos esta estructura sobre el fenómeno de la motivación al delito, la conclusión que se extrae es la siguiente: motivar a otros a que realicen conductas con relevancia jurídico-penal es, en términos fácticos, algo peligroso por su potencialidad causal con respecto al inicio de un hecho delictivo. Sin embargo, a los efectos de no restringir cualquier comportamiento que pudiera causar el

no sobrepasa los límites de su libertad de acción.” También, MURMANN, «§ 26», *SSW-StGB*, 2009, nm. 4, indicando que el inductor debe generar un riesgo no permitido; OTTO, *FS-Amelung*, 2009, p. 242: “[a] influir en el perpetrador para cometer un delito específico, el influyente va más allá de la justificación de un peligro socialmente adecuado y jurídicamente irrelevante.” La literatura angloamericana, en su tratamiento de la incitación a cometer un delito, también requiere que estas sean lo suficientemente peligrosas, descartando el castigo para aquella “incitación inerte” [*inert incitement*] que no ponga “en peligro a los demás por sus previsible efectos en los susceptibles oyentes” (HOWARD, *Philosophy and Public Affairs*, (1999), 2019, p. 8).

⁷⁰⁸ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 51 ss., BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 127 ss., LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 314 s., BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, pp. 87 ss.; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 176.

⁷⁰⁹ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 53, aunque indicando que no es necesario hacer uso de reglas científicas a estos efectos, sino con base a un conocimiento empírico general (pp. 56 ss.); BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 128.

⁷¹⁰ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 130, defendiendo la necesidad de aplicar el criterio del incremento del riesgo junto a la causalidad. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 314; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 173: “sólo en la medida en que se considera que el refuerzo de la resolución aumenta la probabilidad de inicio de ejecución de la conducta lesiva principal, reduce la probabilidad de desistimiento del autor, evita la aparición de escrúpulos finales, etc., es posible vislumbrar en la complicidad psicológica un modo de ayuda (en sentido amplio) a la comisión del delito.”

⁷¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal*, 1999, pp. 70 ss.; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 283 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 257.

⁷¹² Sobre esto, véase Capítulo II ap. III.2.2.

delito, solo deben castigarse aquellos influjos que superan un determinado umbral de tolerancia. Este último, por lo general, debe concretarse con criterios de desaprobación *ex ante*: únicamente algunos riesgos motivadores presentan la intensidad suficiente como para justificar el recurso a la pena, a saber, aquellos cuyas probabilidades de éxito son más elevadas. De este contacto “causalidad-riesgo” se derivan, tal y como he advertido al inicio de este capítulo, dos grandes variables sobre las que sustentan la desaprobación jurídico-penal de un comportamiento motivador. Por un lado, la *causalidad psíquica* (base naturalística), por el otro, el *riesgo típico de carácter psíquico o motivador* (juicio normativo de imputación objetiva). Estos dos pilares concretizan la extensión de la prohibición general de motivar al delito. Paso a continuación a explicarlos con mayor detalle.

2. La causalidad psíquica: una primera aproximación

1. La “causalidad psíquica” es el primer elemento material sobre el que la doctrina mayoritaria sostiene la atribución de relevancia penal a los aportes motivadores desde el prisma del entendimiento de la inducción. A estos efectos, se indica que el comportamiento motivador (efectuado en fase *pre-resolutiva* o *post-resolutiva*) debe ser causal con respecto a la decisión de realizar el delito de la persona de delante. En el proceso de definición de esta variable⁷¹³ puede resultar de utilidad acudir al ámbito del Derecho civil como disciplina auxiliar. En esta rama del ordenamiento jurídico se ha planteado la posibilidad de diferenciar entre dos tipos de “causalidades psíquicas”. Por un lado, aquella entendida como la relación existente entre un determinado comportamiento y un daño en la psique de la víctima. Por el otro, una “causalidad psíquica” centrada en aquellos supuestos en los que la decisión libre de una persona forma parte del eslabón de una cadena causal dirigida hacia un determinado resultado.⁷¹⁴ Es en esta última acepción que interesa analizar aquí esta clase de relación causal.⁷¹⁵ De esta manera, parece que cuando se recurre a la idea de la causalidad psíquica en el ámbito del Derecho penal, se está pensando principalmente en aquellos casos en los que un sujeto afecta a la volición del autor o la víctima.⁷¹⁶ Efectivamente, un breve repaso por las distintas reflexiones en torno a este concepto nos aproxima a la discusión sobre si, en determinadas “transacciones interpersonales”,⁷¹⁷ la conducta (instigadora-directiva) de un agente puede causar el comportamiento de otro: si la decisión (aparentemente libre) de un individuo es susceptible de ser causada o no por un tercero. En otras

⁷¹³ Para KORIATH, *Kausalität, Bedingungslehre und psychische Kausalität*, 1998, p. 195, no hay tal cosa como una “causalidad psíquica”, sino una serie de problemas que deben tratarse bajo esta expresión: el principio del determinismo universal, la libre voluntad [*Willensfreiheit*], la causalidad y la teoría de la condición. Suscribo estas palabras sin perjuicio de la necesidad de aportar un concepto comprensivo de todas estas cuestiones problemáticas.

⁷¹⁴ MEDICUS, «Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht», *JuS*, (4), 2005, p. 291.

⁷¹⁵ La primera tiene su importancia en el ámbito de las lesiones psíquicas. Por todos, KNAUER, *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, 2013, pp. 168 ss.

⁷¹⁶ No así los supuestos relativos a su *cognición*. Por lo tanto, los casos de aportación de consejos técnicos, caracterizados como un incremento de los recursos cognitivos, al igual que sucede en los tradicionales casos de “participación física”, quedarían *a priori* ajenos a este tipo de “relación causal”. Sobre esto, SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal*, (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, pp. 182 ss. Véase también *supra* Capítulo II, ap. II.3.3.

⁷¹⁷ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, pp. 51 s.

palabras, la causalidad psíquica supone la superación de una relación “sujeto-objeto” (enmarcada en el ámbito de la causalidad en el sentido físico-natural tradicional)⁷¹⁸ para dar paso a una compuesta por el binomio “sujeto-sujeto”.⁷¹⁹

2. Con base en esta definición, esta clase de relación causal conecta a su vez con la discusión que ha tenido lugar en el ámbito de la filosofía de la mente sobre la denominada “causalidad mental” [*mental causation*]. Esta última se presenta como la posibilidad de definir causalmente la conexión entre el comportamiento de un determinado sujeto y, en términos estrictos, su propia consciencia⁷²⁰ o, en términos más amplios, sucesos externos.⁷²¹ Pese a que este debate parece referirse a una cuestión relativamente distinta, las reflexiones que se han suscitado en su marco también deben tenerse en cuenta por su alta similitud con el *topos* estudiado en el ámbito del Derecho penal a cuenta de la inducción y la complicidad psíquica.⁷²² Al fin y al cabo, se trata de efectuar un análisis del “proceso por el que ciertos estados o sucesos, *en virtud de su carácter mental, de sus propiedades mentales*, dan lugar a cambios en las propiedades físicas del mundo al dar lugar a estados y sucesos físicos tales como cambios neurológicos, contracciones musculares y movimientos corporales.”⁷²³ Un conjunto de acontecimientos externos entre los que también se puede incluir sin problemas el comportamiento de otra persona, en tanto que “influenciada” por la conducta precursora. En esta misma línea, desde el ámbito de la fenomenología iniciada por HUSSERL, la filósofa y teóloga Edith STEIN resume las implicaciones de este concepto como todo aquello relativo a “la cuestión de si la vida psíquica del hombre —comprendida en su totalidad o solo en parte— se halla integrada en la gran conexión causal de la naturaleza.”⁷²⁴

⁷¹⁸ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8ª ed., 1931, p. 118, entendiendo que la relación entre inductor y autor, pese a ser causal, no lo es en un sentido “físico”, sino “psíquicamente mediata”.

⁷¹⁹ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1102, indicando que una relación de estas características es más problemática que una regida por “leyes físicas”. Parecido, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 236: “[u]na condición puede también tener por consecuencia un suceso psíquico, en especial una decisión de actuar o el abandono de una decisión de actuar, no teniendo relevancia que el propio suceso psíquico le sea enteramente imputable al sujeto en que tiene lugar.” Igualmente, KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 204, remarcando que a los casos de causalidad psíquica les son implícitos la coexistencia de dos o más personas; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2005, pp. 393 s. Para ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», *FS-Weber*, p. 248, la pregunta es si, junto a la causalidad situada en un contexto convencional (la físico-natural), existe una segunda clase de causalidad, la psíquica, y qué tipo de relación tiene con la primera.

⁷²⁰ Un tratamiento desde la perspectiva del Derecho penal, en relación a la exigencia dogmática de un comportamiento “controlado por la voluntad” [*willenskontrollierte Handlung des Täters*] puede verse en MERKEL, «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriff im Strafrecht und Ingeborg Puppés Lehren dazu», *FS-Puppe*, 2011, pp. 166 ss.; también en BUNG, *Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*, 2009, pp. 68 ss.

⁷²¹ MOYA, *Filosofía de la mente*, 2ª ed., 2006, pp. 207 s.

⁷²² Según MERKEL, *FS-Puppe*, 2011, p. 167, la discusión existente en la filosofía de la mente ha estado prácticamente ausente en el ámbito del Derecho penal.

⁷²³ MOYA, «El problema de lo mental», *Thémata*, (46), 2012, p. 44.

⁷²⁴ Edith STEIN, «Causalidad psíquica», en LA MISMA, *Obras Completas, II. Escritos filosóficos (Etapa fenomenológica: 1915-1929)* (trad. de Constantino Ruiz Garrido y José Luís Caballero Bono), 2005, p. 217.

3. Sobre estas premisas, la “causalidad psíquica” puede tematizarse en términos más específicos, siguiendo a SCHLACK, como aquella “interacción entre dos personas, en la que a través de un acto del habla (...) la primera de ellas (...) 'conduce' (efecto perlocucionario) a la otra hacia un determinado comportamiento.”⁷²⁵ Un problema, así definido, no solo recurrente en el ámbito de la inducción y la complicidad psíquica, sino también, por ejemplo, en la discusión dogmática sobre el delito de estafa. En este último, este constructo se ha utilizado tradicionalmente a modo de espacio en el que subsumir el tipo de conexión entre el “engaño bastante” y el “error” de la víctima en el contexto de su clásico “óbice cronológico”.⁷²⁶ De ahí que se diga que la causalidad psíquica trata sobre “la influencia en la esfera mental de otro, ya sea través de la inducción, la amenaza, el engaño o cualesquiera otra manera.”⁷²⁷ Para con esta definición, pueden valer indistintamente, tal y como suele efectuar la doctrina mayoritaria, los términos “causalidad psíquica” [*psychische Kausalität*] y “causalidad psíquicamente mediada” [*psychisch vermittelte Kausalität*]. En este sentido, ambas locuciones pueden identificarse con un mismo problema, esto es, el hecho de que “la relación acción-resultado no se produce mediante un proceso físico-externo, sino a través de la psique de alguien.”⁷²⁸

Una eventual contraposición entre estos dos términos (causalidad psíquica y causalidad psíquicamente mediata) podría llegar a tener sentido de entender, como hizo en su momento FRANK, que el segundo se refiere estrictamente a la relación causal que debe establecerse entre cualquier forma de participación y el resultado típico.⁷²⁹ Sobre esta premisa, la “causalidad psíquicamente mediata” haría referencia a una característica ínsita a toda participación (no solo a la “psíquica” —inducción o apoyo moral—) en oposición a la “causalidad físicamente transmitida” sobre la que se asentarían los tipos de autoría. Así pues, mientras que el autor “causaría” el resultado directamente, el partícipe solo colocaría una “condición” a través de la psique del primero.⁷³⁰ Sin embargo, en la actualidad, el concepto de

⁷²⁵ SCHLACK, «Überlegungen zur sog. “psychischen Kausalität” am Beispiel des Betruges», *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 795.

⁷²⁶ SCHLACK, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 795. Críticamente, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 145 s. Para el caso de la omisión, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 266, n. 681.

⁷²⁷ MERKEL, *FS-Puppe*, 2011, p. 166; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 236: “[t]ambién son sucesos psíquicos constitutivos de resultado el error en la estafa y la presión sobre la motivación, en los delitos de coacciones cometidos mediante intimidación o bien *vis compulsiva*”; HILGENDORF, «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto» (trad. María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), *ADPCCP*, (55), 2002, p. 101, añadiendo el caso de la responsabilidad por el producto, en tanto que, por ejemplo, el daño producido sobre *C* por el producto comercializado por *A* es consecuencia de la decisión de comprarlo tomada por *B*; ENGISCH, *FS-Weber*, p. 147; Igualmente, en el ámbito italiano, la causalidad psíquica se refiere al conjunto de “condicionamientos psíquicos”, en los que también tendrían un papel destacado la constricción, la amenaza o la coacción moral (art. 54.3 CP italiano). Al respecto, CASTRONUOVO, *RPM*, (2), 2011, p. 34.

⁷²⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 27 de enero de 1984)», *La Ley*, 1984, p. 3. En términos parecidos, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 236: “[t]ambién el que induce a un sujeto enteramente imputable a cometer un hecho es causa del resultado del hecho si éste se realiza (...). Es, pues, desacertada la versión más antigua de la doctrina de la prohibición de regreso, conforme a la cual una relación causal no permite mediación por parte de un sujeto que actúe dolosa y culpablemente, sino que se ve interrumpida: No se trata de la interrupción de una relación causal, habiéndose dado la causalidad.” Igualmente, OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 218, indicando que la relación entre el sujeto y el delito es, en estos casos, “transitiva”.

⁷²⁹ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8ª ed., 1931, pp. 66 s.

⁷³⁰ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8ª ed., 1931, p. 66. Críticamente, ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. Marcelo A. Sancinetti), 2008, pp. 142 ss., para quien ni todos los casos de autoría se caracterizan por una “transmisión física” (p.ej., los casos de autoría mediata), ni todos los de la participación por una “transmisión psíquica”

“causalidad psíquica” se ha restringido únicamente para los casos de participación a través de “aportes psíquicos”. De esta manera, la discusión sobre las cuestiones de causalidad en caso de participación por medio de “aportes físicos” se efectúa desde una óptica distinta, en cuyo contexto, los elementos problemáticos de la causalidad psíquica (compatibilidad con el entendimiento del comportamiento humano, concreción de unas hipotéticas “leyes psíquicas”, etc.) son sustituidos por otros (el problema del resultado en su concreta configuración o la posibilidad de sustituir la exigencia de causalidad por la mera creación de un peligro abstracto desde una perspectiva *ex ante*).⁷³¹ Sea como fuere, es cierto que el *topos* de la causalidad psíquica tiene una importantísima conexión con la problemática de la relación causal a predicar entre el comportamiento de cualquier partícipe y el resultado típico, pero, dadas sus particularidades, adquiere una dimensión propia.

4. En el ámbito que nos interesa y con respecto principalmente a la inducción, esta conexión causal de tipo volitivo debe establecerse, según la doctrina mayoritaria, entre el influjo psíquico y la decisión de delinquir en la mente del inducido.⁷³² En este contexto, la mayoría de los autores, en el caso de hablar también de los supuesto de apoyo moral, ofrecen un tratamiento unitario en lo que a la causalidad psíquica se refiere.⁷³³ De esta manera, nos encontramos ante la necesidad de concluir que el comportamiento motivador de la persona de detrás (inductor o cómplice) ha contribuido causalmente en la decisión delictiva de la de delante, bien *determinando* su resolución, bien *reforzándola*.⁷³⁴ Al respecto de este requisito causal, es contundente NEIDLINGER al defender que el verbo “determinar” significa inserir una “condición decisiva” cuya constatación debe canalizarse a través de la clásica fórmula de la *conditio sine qua non*: se estará ante este tipo de conexión causal si, de no haberse realizado tal influjo psíquico, el autor no hubiera adoptado *ex post* la resolución delictiva.⁷³⁵ Esto no obstante, son muchos los autores que prescinden, en este campo de análisis, de esta fórmula heurística.⁷³⁶ Ciertamente, a través de ella se perdería el carácter contingente del comportamiento

(p.ej., casos de interrupción de cursos causales salvadores). Fíjese como el problema se presenta cuando entre el comportamiento del partícipe y el resultado “intercede” la conducta libre del autor.

⁷³¹ Por todos, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 165 ss.

⁷³² JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 747; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 227; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 236; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 270 ss. La trascendencia en el hecho de este “resultado psíquico” se identifica en la promoción de su plasmación externa. Igual ocurre con la complicidad psíquica, así, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 127 s.: “[a]l influir en la psique del delincuente, el cómplice también influye indirectamente en la ejecución del delito.”

⁷³³ PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 51 ss., BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 99 ss., 127 ss.

⁷³⁴ Con ello, se desconocería la realidad fenoménica, tanto de la inducción, como del apoyo moral. Así, al respecto de la primera forma de participación, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 271 ss. Con respecto a la complicidad psíquica, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 128: “debe probarse que el autor ha asimilado y reconocido interiormente los motivos adicionales para el delito proporcionados por el cómplice.”

⁷³⁵ NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossene*, 1989, pp. 119 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 414; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, *PG*, 2015, 9ª ed., p. 472; GEPPERT, *Jura*, (6), 1997, p. 303; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 77; BOCK, *JR*, (4), 2008, pp. 143 s.

⁷³⁶ ENGISCH, *FS-Weber*, pp. 269 s.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 747. Desde una crítica general a la fórmula de la *conditio sine qua non*, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 274 ss.

humano (problema ligado a la idea del libre albedrío) y, además, no se podrían solucionar los casos de complicidad psíquica. En efecto, la propia estructura semántica del verbo “reforzar” implica entender que, en caso de no haberse efectuado la aportación psíquica, la resolución al hecho delictivo se hubiera producido igualmente.⁷³⁷

5. Por estas razones, la doctrina mayoritaria —no necesariamente de manera expresa— acude a la fórmula de la “condición ajustada a una ley natural” para la confirmación práctica de esta relación de tipo causal.⁷³⁸ Sobre esta premisa, el objetivo es definir el comportamiento del partícipe psíquico (inductor o cómplice), en comunión con el resultado, como un suceso susceptible a una explicación por una o un conjunto de leyes formales aplicables a los sucesos de clase mental.⁷³⁹ Luego se trata de constatar si la decisión de cometer el delito se ha visto influenciada por la conducta motivadora de la persona de detrás. En este contexto, el principal problema existente es el posible desconocimiento de estas leyes formales de carácter científico; también, la cualidad determinista de estas, que podría perjudicar el adjetivo “libre” adherido al comportamiento del agente receptor del influjo.⁷⁴⁰ Ante esta situación, la doctrina mayoritaria se contenta en aceptar que la causalidad psíquica no es una relación de necesidad ajustada a una ley determinista, sino a una de tipo probabilístico o estadístico.⁷⁴¹ La supuesta indefinición de estas presuntas leyes se solventaría con la asistencia, tal y como expresa BOLEA BARDON, de las “reglas de la experiencia cotidiana y de las leyes psíquicas conocidas por la Ciencia.”⁷⁴² Todo ello, en la línea de “hacer «calculables» y «objetivizables» los *pronósticos de probabilidad*”⁷⁴³ en el marco de un conjunto de problemas de tipo probatorio que podrían solucionarse acudiendo al contexto indiciario del caso en concreto.⁷⁴⁴ Una inseguridad palpable en la demostración de esta aparente relación causal que la doctrina acepta, pese a ello, en un sentimiento mayoritario que

⁷³⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 255.

⁷³⁸ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1103; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 272 s.; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, pp. 87 ss.; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 128.

⁷³⁹ ENGISCH, *FS-Weber*, p. 269; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2005, pp. 394 ss., aunque considerando que la referencia a “leyes estadísticas” o de experiencia tiene como consecuencia que ya no podamos hablar de causalidad en sentido estricto, sino de otro tipo de relación entre la acción y el comportamiento del tercero.

⁷⁴⁰ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 128; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª ed., 1997, p. 357: “[l]a comprobación del nexo condicional también se produce en principio en la causalidad psíquica de la misma forma que en otros casos.”

⁷⁴¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 272: “la imposibilidad de predicar la existencia de leyes científico-naturales que presidan la relación entre la actividad del inductor y la resolución del inducido no conlleva la negación de una relación causa-efecto” (con cursivas en el original). Se trata, por lo tanto, de “una causalidad que escapa a la formulación de leyes de validez general para todos los casos” (p. 273).

⁷⁴² BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, p. 88.

⁷⁴³ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1103.

⁷⁴⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 272. En p. 273 enumera distintos posibles criterios como “la influencia que en el destinatario ejercía el inductor, el grado de incentivación que la ventaja ofrecida (...) pudo suponer en el inducido, los obstáculos que el inductor tuvo que saltar (...), etc.”; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 129; DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 124: “ni aun teniendo el juez los conocimientos de un experto psiquiatra podría, en el simple transcurso del proceso y con los escasos elementos que en el mismo se acumulan sobre la personalidad del autor del delito, afirmar un dato tan íntimamente insertado en el mundo interior del sujeto como ése [a saber, la relación entre acto inductor y resolución delictiva].”

expresó magistralmente en su momento BALDÓ LAVILLA: “le será más útil al Derecho una cierta calculabilidad que el vacío.”⁷⁴⁵

3. Los criterios de desaprobación típica *ex ante*

1. Una vez establecida esta relación naturalística “comportamiento-resultado mental”, el segundo nivel de análisis consiste en determinar si dicha condición psíquica puede reputarse como típicamente desaprobada sobre la base de los criterios de imputación objetiva. Al respecto, más allá de las vagas referencias a la “peligrosidad” o el “riesgo típico”, la doctrina no ha sabido ofrecer un conjunto firme de criterios que permitan, en el caso en concreto, discernir entre aquel aporte psíquico-motivacional penalmente relevante y aquel que no presenta tal característica. Como tendré ocasión de detallar críticamente más adelante,⁷⁴⁶ la identificación de este umbral de tolerancia típica se circunscribe en un esquema presidido por un uso obtuso de la intuición en lo que a los contactos psíquicos cotidianos se refiere. Al final, todo lo que queda es un conglomerado de impresiones basadas en la sagacidad interpersonal en cuyo marco parece que cada autor y resolución jurisprudencial “tenga algo personal que decir” dadas ciertas sensaciones de peligrosidad.

2. Este “intuicionismo” suele dispersarse en una esquemática casuística que —como mínimo, por parte de la doctrina alemana— se reduce a seguir la antigua relación de medios instada por el ya derogado § 48 RStGB. Pese a que se defiende que este listado debe contemplarse como una mera guía ejemplificativa,⁷⁴⁷ de tal manera que cualquier mecanismo objetivamente idóneo para influir psíquicamente puede satisfacer las exigencias de tipicidad de esta forma de participación,⁷⁴⁸ la inmensa mayoría de los trabajos monográficos que se han ocupado sobre el tema suelen tratar la cuestión de la relevancia penal de un comportamiento inductor sistematizando una casuística inspirada en el contenido de aquella disposición legal.⁷⁴⁹ En este sentido, el elemento central de la discusión consiste en discernir cuáles son los “medios de la inducción”, esto es, aquellos mecanismos persuasivos a

⁷⁴⁵ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1103.

⁷⁴⁶ Véase en este mismo capítulo *infra* ap. IV.

⁷⁴⁷ El propio precepto se cerraba con la afirmación “*oder durch andere Mittel*”. En todo caso, siempre han planteado problemas los casos de violencia [*Genauß*], amenaza [*Durchsbein*] y provocación de error [*Beförderung eines Irrtums*] mencionados todos ellos en esa misma disposición legal. Al respecto de su conexión con algunos casos de autoría mediata, con respecto a la cual la inducción siempre se ha presentado como una *figura fronteriza* [*Randfigur*], KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, p. 822.

⁷⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 739 s.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 452; Igualmente, en España, BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., 1998, p. 384: “los medios por los cuales se crea en otro el dolo del hecho *son indiferentes*” (con cursivas en el original).

⁷⁴⁹ Por ejemplo, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 123 ss., que, aunque partiendo de una comprensión alejada de la idea mayoritaria (véase *supra* ap. III.5) aborda las siguientes constelaciones de casos, vinculados a determinados actos de habla directivos: el consejo [*Ratschlag*], el pronóstico de beneficios [*Gewinnvorhersage*]; los ruegos y deseos [*Bitten und Wünsche*]; las recomendaciones [*Tipps*]; la advertencia [*Warnung*]; la amenaza [*Drohung*]; la promesa de recompensa [*Belohnung*]; entre otros.

través de los que puede desarrollarse la peligrosidad motivacional que se persigue prohibir.⁷⁵⁰ Descartados los supuestos de creación de situaciones estimulantes, la doctrina discute sobre los casos de entrega meros consejos,⁷⁵¹ los de promesas (de cualquier tipo),⁷⁵² los de amenaza,⁷⁵³ los de abuso de una reputación, autoridad o poder de influencia sobre el inducido⁷⁵⁴ y los casos de creación de errores no susbumibles en el ámbito de la autoría mediata.⁷⁵⁵ En el contexto de esta relación de supuestos de hecho, de lo que se ocupa la literatura es de identificar, en cada caso concreto, un “peligro psíquico-motivador” que supere el umbral de tolerancia marcada por el tipo de participación en cuestión.

3. A falta de criterios psicológicos más concretos, se habla entonces de una situación incitadora relevante en términos de probabilidad,⁷⁵⁶ de peligros no tolerables de que la motivación conduzca al destinatario a la ejecución del hecho⁷⁵⁷ que podrían concretarse en la existencia de ciertos contextos de obediencia recíproca o en la falta de honradez del destinatario del influjo, de la existencia de incentivos para romper la resistencia del inducido, de propuestas persuasivas que van más allá del mero señalamiento de posibilidades de acción,⁷⁵⁸ entre otros comportamientos que pudieran lograr una provocación típicamente relevante de una decisión delictiva.⁷⁵⁹ Para el caso de la inducción a través del consejo, por ejemplo, OLMEDO CARDENETE se limita a apreciar que “a la hora de enumerar las distintas estrategias de persuasión propias de la inducción, resultaría siempre conveniente realizar las oportunas reservas en torno al consejo como modalidad de aquéllas, manteniendo siempre un criterio restrictivo en torno a su apreciación.”⁷⁶⁰ En un sentido similar se pronunció con anterioridad GÓMEZ RIVERO, para quien “la simple invitación, sugerencia o consejo no dota por sí sola la peligrosidad a la incitación, entendiéndose por tal la capacidad de la propuesta para vencer las inhibiciones del autor y conseguir que adopte la resolución de delinquir” por lo que “sólo si concurren otros elementos que le confieran dicho carácter peligroso, la incitación formulada

⁷⁵⁰ KÜHL, «vor § 25», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2; JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nms. 10 ss.; HEINE/WEIBER, «§ 26», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nms. 3 s. Para DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 109 ss., deben distinguirse dos elementos: los “medios de la inducción” (que pueden ser “interpersonales” o “masivos”) y la “estrategia de persuasión”. Solo en este último apartado se podría plantear la forma concreta que debe tomar la motivación al autor (p. 117).

⁷⁵¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 542 ss.

⁷⁵² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 135.

⁷⁵³ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 539 ss.

⁷⁵⁴ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 531 ss.

⁷⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 216 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 560 ss.

⁷⁵⁶ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 195.

⁷⁵⁷ HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, pp. 565 ss.

⁷⁵⁸ KÜHL, *AT*, 7ª ed., p. 824.

⁷⁵⁹ KÖHLER, *AT*, 1997, p. 526.

⁷⁶⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 545.

de este modo se situará dentro de los límites de la inducción.”⁷⁶¹ En definitiva, de lo que se trata es de prohibir solo aquellas transacciones motivadoras que presentan una entidad suficiente para mover o reforzar la voluntad del receptor del mensaje comunicativo. El problema, como puede comprobarse, es que esta idea general presenta un grado de abstracción demasiado grande y comporta que el intérprete, ante un supuesto de hecho dado, no disponga de otras herramientas más precisas que la de acudir al criterio de la “justicia del caso concreto”.

4. No obstante lo anterior, es cierto que algunos autores han intentado concretar más la delimitación de estos espacios de prohibición aportando criterios para identificar estos peligros motivacionales. Un ejemplo lo constituye el de la misma GÓMEZ RIVERO, quien estableció en su momento cinco grupos de formas o modos de inducción, de menor a mayor gravedad. En primer lugar, los “modos implícitos de incitar”, entre los que la autora incluye la provocación de situaciones estimulantes.⁷⁶² En segundo lugar, aquellos donde el inductor “se limita a indicar o sugerir la conveniencia de ejecutar un determinado delito.” En tercer lugar, los casos de “persuasión”, a saber, aquellos en los que “la actuación del inductor se orienta a hacer aparecer al autor el plan como algo ventajoso, ya sea introduciendo para ello nuevos elementos que se traducen en un beneficio objetivo para el autor, p.ej., la entrega de una recompensa, ya sea limitándose a que el autor valore subjetivamente como más favorables datos previamente conocidos por él.” En cuarto lugar, las inducciones acompañadas de “elementos que confieren mayor atractivo y viabilidad del plan, ya sea por detallar extremos que lo hacen aparecer como una «oportunidad», ya sea porque su contribución posibilite o asegure el éxito de su puesta en práctica, como puede ser la entrega de un arma o suministrar una información decisiva.” Finalmente, los que disminuyen la capacidad de decisión del autor, siempre y cuando no alcancen la relevancia para ser considerados supuestos de autoría mediata.⁷⁶³

5. Todos estos comportamientos sería medios adecuados para “inducir a otro” siempre y cuando se complementaran con “los demás factores concurrentes determinantes en cada caso del contenido de peligrosidad de la inducción.”⁷⁶⁴ Estos últimos, a modos de criterios de imputación objetiva, se esquematizarían de la siguiente manera: (i) la introducción de “elementos objetivos de viabilidad del plan” que hicieran especialmente sugestiva su realización,⁷⁶⁵ donde se incluirían, desde la presentación de un plan de acción detallado,⁷⁶⁶ hasta la entrega de elementos favorecedores de tipo intelectual o

⁷⁶¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 178.

⁷⁶² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 185 ss., quien, en contra de la doctrina mayoritaria, considera punibles de existir otros indicios que denotaran peligrosidad.

⁷⁶³ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 260.

⁷⁶⁴ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 260.

⁷⁶⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 80.

⁷⁶⁶ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 80 ss., indicando que quien presenta un plan delictivo viable a quien se encuentra en una situación económica complicada, lo induce a cometer el ulterior delito (p. 81). Se trata de un caso de ofrecimiento de oportunidades (p.ej., alguien le indica a un ladrón que su vecino se ha ido de vacaciones y ha dejado la ventana del comedor abierta), una subclase dentro de la creación de situaciones estimulantes y que ha despertado muchas dudas en la doctrina alemana a los efectos considerarlo un prototipo o no de la instigación. A

técnico;⁷⁶⁷ y (ii) la incidencia en “la ponderación de pros y contras del autor, ya sea presentando como ventajoso datos del plan previamente existente, o introduciendo elementos que determinan que el autor valore como superiores las ventajas de la ejecución frente a sus representaciones inhibitorias.”⁷⁶⁸ En este último grupo, la autora distingue entre (ii.a) supuestos en los que dicha incidencia se efectúa sobre las apreciaciones subjetivas del agente y (ii.b) aquellos en los que la motivación se produce a través de un concreto medio o forma adecuada para incitar. En los primeros casos, la autora incluye todas aquellas palabras que, a su parecer, tiene la capacidad de vencer las inhibiciones del sujeto (p.ej., “no te lo pienses más: hay gente que lo ha hecho, y nunca ha sido identificada” o “teniendo cuidado, no hay problema”).⁷⁶⁹ En el segundo grupo, GÓMEZ RIVERO destaca las promesas de recompensa y aquellos mecanismos límites con la autoría mediata que no impidan la libre voluntad del sujeto inducido.⁷⁷⁰

6. Para el caso de la complicidad psíquica, la literatura también parte de la premisa general de que solo determinados comportamientos especialmente peligrosos pueden reforzar la resolución delictiva de la persona de delante; básicamente, aquellos que aumentan las probabilidades de ejecución del delito.⁷⁷¹ Como en el caso de la instigación, la plasmación de este criterio general pasa por un ejercicio casuístico en el que debe determinarse si tal o cual comportamiento presenta la suficiente intensidad como para desaprobarse jurídico-penalmente.⁷⁷² En la línea de lo indicado a lo largo de este trabajo, este “ejercicio de concreción” suele detenerse en los supuestos de promesas de encubrimiento junto con los de encubrimiento anticipado, los de complicidad física intentada y los de acompañamiento al ejecutor del hecho delictivo. Junto a estos casos paradigmáticos, la doctrina también incluye los supuestos de eliminación de escrúpulos, la aportación de motivos adicionales que pudieran aumentar la preponderancia de la motivación al delito y el hecho de animar al autor a la continuación temporal o intensificación de la ejecución delictiva.⁷⁷³ La identificación de estos supuestos siempre se efectúa al hilo de la referencia a la supuesta peligrosidad psíquica que estos casos presentarían en detrimento de otros (básicamente, las meras muestras de solidaridad). En las siguientes páginas, efectuaré un

⁷⁶⁷ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 83.

⁷⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 83.

⁷⁶⁹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 83, aunque, en determinadas situaciones de alteración anímica, podría valer perfectamente un simple “arriba, arriba; a matar, a matar” (caso de la STS 11-1-89...)

⁷⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 84.

⁷⁷¹ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 131: “[c]uanto menos procesos volitivos intervengan en el mantenimiento de la decisión, menos probable será su desaparición (...). El cómplice debe hacer más peligroso el hecho.”; FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 176 ss.

⁷⁷² BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 155 ss., discutiendo los clásicos supuestos de mera presencia en el lugar de los hechos, la entrega de instrumentos inidóneos, las promesas de intervención concomitante, las de encubrimiento e, incluso, la posibilidad de una complicidad psíquica por refuerzo de la resolución dando ánimos al futuro autor del delito (sobre este caso, véase p. 161).

⁷⁷³ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, p. 176; para el último caso, BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 131, indicando que habrá complicidad psíquica punible “[s]i, por ejemplo, los vítores de un espectador durante una lesión física dan lugar a que el autor golpee a su víctima durante más tiempo y con más violencia.”

análisis crítico de estos criterios junto con el requisito de la causalidad psíquica. En todo caso, valga por el momento la idea general de que estas estructuras de atribución de responsabilidad por el hecho de motivar a otro presentan demasiadas porosidades e imprecisiones. Estas características, en mi opinión, impiden delimitar con concreción los espacios de libertad (comunicativa). Sea como fuere, precisaré esta crítica generada en lo que sigue.

4. Esbozo crítico: la “crítica indeterminista” y la “crítica determinista”

1. SILVA SÁNCHEZ expuso en su momento los dos grandes problemas que presentaba y que todavía hoy pueden achacarse a la “causalidad psíquica”.⁷⁷⁴ Por un lado, la denominada *crítica indeterminista* relativo a la compatibilidad de esta estructura con la noción del libre albedrío.⁷⁷⁵ Por el otro, la *crítica determinista* en la medida en que, “pese a que se afirme la vigencia de leyes causales en estos ámbitos, lo cierto es que en el caso concreto no se puede establecer con seguridad suficiente una relación de causalidad, enmarcando con ella el proceso psíquico.”⁷⁷⁶ Así pues, un defensor del indeterminismo puede oponerse a la causalidad psíquica por contemplar el comportamiento de otra persona como un eslabón de una cadena causal naturalística. En cambio, a un defensor del determinismo, pese a poder quedar satisfecho con esta afirmación, le será muy difícil individualizar aquellas leyes capacitadas para procesar esta misma relación de causalidad. En consecuencia, dicha persona deberá “contentarse” con criterios de probabilidad poco claros y que, en todo caso, no parecen participar de las características de una ley estrictamente determinista. En mi opinión, estos dos mismos cuestionamientos son aplicables al entendimiento general del que parte la doctrina mayoritaria, por lo que su trascendencia teórico-conceptual no queda restringida a cuestiones de tipo causal. En efecto, acabo de exponer que la tesis más aceptada supone partir, en primer lugar, de una perspectiva *ex post* (causalidad psíquica). En segundo lugar, esta condición causal para con el resultado mental se limita normativamente en términos *ex ante* aludiendo a los criterios de imputación objetiva (riesgo psíquico-motivador típicamente relevante). A mi parecer, el cuestionamiento bipartito de SILVA SÁNCHEZ es aplicable a ambas perspectivas, respectivamente. Con base en esta premisa, paso a presentar la

⁷⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 1984, p. 3.

⁷⁷⁵ Igualmente, SAMSON, *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal* (trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), 2003, p. 178: “[m]ientras que para los partidarios del determinismo, en la disputa en torno a la libertad de voluntad, la causalidad psíquica no representa ninguna particularidad frente a la causalidad física, para los indeterministas podrían surgir problemas, cuando quieren aplicar la doctrina de la libertad de voluntad”; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª ed., 1997, p. 357: “a veces se afirma que el principio causal fracasa cuando se conectan factores psíquicos en el nexo condicional, porque la libertad de la voluntad humana contradice la necesidad de las leyes causales.” También, KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 197; KINDHÄUSER, «Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs. Zugleich eine Entgegnung auf Puppes Kritik der *condicio per quam*», *ZIS*, (9), 2006, p. 582. Desde el ámbito anglosajón, en idénticos términos, HONORÉ, «Necessary and sufficient conditions in Tort law», en OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, pp. 363 ss.

⁷⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 1984, p. 3. Igualmente, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª ed., 1997, p. 357; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 99 s.

reverberación de estas objeciones en esto dos postulados materiales. Entiéndase lo que sigue como una presentación de dos críticas fundamentales que desarrollaré en apartados posteriores.

2. De esta manera, considero que la *crítica indeterminista* obtiene una especial relevancia en relación con la perspectiva *ex post* (primer nivel de análisis de la doctrina mayoritaria), esto es, en lo relativo a la viabilidad conceptual de la denominada “causalidad psíquica”. Ciertamente, allende de la posibilidad de concretar leyes —deterministas o probabilísticas— con contenido suficiente como para poder confirmar esta conexión de tipo causal, el problema de este nivel de análisis está más vinculado con la compatibilidad de este marco mental (la causalidad) que con el proceso de explicación del comportamiento humano. En este sentido, incluso más allá el concreto dilema del libre albedrío y de la viabilidad de su comunión con conexiones de tipo determinista (lo que podría superarse, *a priori*, tomando, como punto de referencia, las “relaciones causales” informadas por correlaciones estadísticas),⁷⁷⁷ el cuestionamiento principal es si la explicación causal subyacente a toda la teoría sobre el tema, perfectamente aplicable a los fenómenos naturales, es trasladable sin más a la comprensión del actuar humano como *algo más* que una mera estructura fenoménica, por lo que portador de un significado social. Según una parte de la filosofía de la mente y de la acción, la explicación causal, en el ámbito de la conducta humana, debe dar paso a una de tipo teleológico. En este marco, lo que permite comprender el actuar de un sujeto no son las “causas”, sino las “razones” o los “motivos” que han inspirado su curso de acción. A estos problemas dedicaré el apartado IV.

3. Por su parte, la *crítica determinista* adquiere una vigencia plena cuando la perspectiva toma un carácter *ex ante*. Es cierto que la indefinición de estas presuntas “leyes psíquicas” y su posible sustitución por “reglas probabilísticas” (mejor: máximas basadas en el sentido común) también afecta a la “causalidad psíquica”, tanto en relación con la idea del libre albedrío como en lo que a su constatación práctica se refiere. Sin perjuicio de este extremo, entiendo que su principal impacto se da a la hora de identificar los riesgos motivacionales típicamente relevantes. En este sentido, no obvio que el objetivo de estas restricciones desprendidas de la imputación objetiva es el de ponderar en términos normativos la mayor o menor tolerancia de un determinado comportamiento. Sin embargo, dicho umbral de permisividad se acaba definiendo sobre la base de cuestiones estrictamente cuantitativas basadas en la idoneidad o adecuación del aporte motivador para con la determinación/refuerzo de la resolución delictiva. Esta idoneidad o adecuación se caracteriza de tal manera que no supone más que una “causalidad prospectiva o potencial” objeto de una graduación basada en su mayor o menor relevancia o peligrosidad fáctica para con el surgimiento del resultado (la resolución delictiva o el refuerzo de esta última en la mente del receptor del influjo). En el abordaje de esta cuestión, esto es,

⁷⁷⁷ JÄGER, «Willensfreiheit, Kausalität und Determination. Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?», *GA*, 2013, p. 7, aunque desde la consideración de una “causalidad psíquica” informada por leyes aplicables a los procesos neuronales. Igualmente, HILGENDORF, *ADPCP*, (55), 2002, pp. 101 s., indicando que el problema se superaría tomando como referencia una “causalidad probabilística” pues la “afirmación de la existencia de regularidades en la conducta y su descripción mediante enunciados probabilísticos no implica la presencia de coacción.”

de la adscripción de un “significado peligroso” al aporte motivador, es donde la presunta ausencia de estas leyes, tanto deterministas como probabilísticas, obtiene una mayor relevancia.

4. Así pues, esta “peligrosidad” o “riesgo motivacional” no supone más que una potencialidad de tipo causal, esto es, una (alta) capacidad fáctica de desencadenar un resultado de tipo mental. El hecho de que en la definición de esta causalidad puedan llegar a faltarnos reglas concretas (de tipo científico o no) conduce a una alta inseguridad en lo que a la imputación de esta propiedad prospectiva se refiere. De este modo, el proceso de atribución de esta relevancia típica, en tanto que riesgo estrictamente cuantitativo, se mueve por unos marcos inestables, redundando en un uso abusivo del “intuicionismo” en lo que a los contactos motivadores se refiere, esto es, en una *psicología popular*. En el marco de esta última, la doctrina se contenta con hacer uso de sus “intuiciones psicológicas” para dotar de contenido concreto a la máxima “*hacer surgir o reforzar la resolución delictiva de un tercero es peligroso*”. Todo ello, a través de una aproximación exageradamente casuística, casi tópica, que impide la elaboración de una sistematización más segura en la que subsumir la eventual relevancia típica de estos mismos comportamientos. Por lo dicho, la crítica indeterminista puede redefinirse como aquella vinculado a las dificultades existentes a la hora de constatar la efectividad, en el caso concreto, no solo de relaciones de causalidad “psíquica”, sino también de riesgos motivacionales de carácter prospectivo. Me ocuparé de estos problemas en el apartado V.

5. Previo al desarrollo de estas dos cuestiones, cabe remarcar la existencia de un tema común subyacente. En efecto, ambos problemas se vinculan, además, con el nivel de accesoriadad que debe predicarse para el Derecho penal con respecto a los conocimientos extrajurídicos que se emiten en la ciencia. Ciertamente, tanto la utilización de explicaciones psicológicas para con la confirmación de la relación entre el comportamiento del sujeto y el resultado mental, como el recurso a determinadas “leyes científicas” con tal de dotar al aporte motivacional de esta característica “causal-prospectiva”, presuponen un proceso de desaprobación jurídico-penal altamente dependiente de los enunciados explicativos e hipótesis que pudieran teorizarse en uno u otro campo científico (en lo que interesa, la psicología, muy especialmente, la social). Por lo dicho, la exposición en detalle de estos dos cuestionamientos (el determinista y el indeterminista) se sustentará sobre un hilo conductor relativo a esta cuestión latente, esto es, en qué medida los conocimientos expertos en materia científica deben condicionar la construcción de los conceptos jurídico-penales, principalmente, aquellos relativos a la configuración de la conducta típica del partícipe psíquico.

V. LA CRÍTICA INDETERMINISTA: EXPLICACIONES CAUSALES, COMPORTAMIENTO HUMANO Y AUTORRESPONSABILIDAD

1. Introducción

1. Desde la crítica indeterminista, suele decirse que la principal objeción que merece la denominada causalidad psíquica es que concibe al autor (en principio, autorresponsable) como un “simple eslabón de la cadena causal puesta en marcha” por el inductor.⁷⁷⁸ Una concepción de estas características supone arribar a dos conclusiones indeseables. En primer lugar, nos obliga a aceptar que el ejecutor del hecho ha sido un mero instrumento del inductor, una simple reacción física del comportamiento propio realizado por este último.⁷⁷⁹ Por ello y en ausencia aparente de alguna forma de compatibilismo, no solo no tendría sentido diferenciar entre instigación y autoría mediata, sino que el autor tendría que permanecer impune.⁷⁸⁰ Y esto entronca con la segunda consecuencia: la idea de la libertad humana como “ficción” jurídico-penalmente reconocida. Ciertamente, se dice al respecto que el acogimiento de la causalidad psíquica supondría defender un modelo determinista en el campo de las decisiones humanas. Con independencia de la dimensión empírica del libre albedrío,⁷⁸¹ ello contradice a un Derecho (ya no solo penal) fundamentado en la idea de la “decisión libre y voluntaria” de los agentes receptores del mensaje deóntico de las normas jurídicas.⁷⁸²

2. Efectivamente, la eventualidad de compatibilizar la explicación causal con la idea del libre albedrío ha estado presente en la discusión sobre la causalidad psíquica desde sus orígenes.⁷⁸³ No obstante, esta *crítica indeterminista* puede reconsiderarse, en términos más amplios, como aquella cuestión relativa a la idoneidad de esta misma explicación causal con la comprensión del actuar humano. A este respecto, según múltiples teorías conjeturadas en el ámbito de la filosofía de la acción, la aproximación

⁷⁷⁸ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 130. Como indica MERKEL, *FS-Puppe*, 2011, p. 166: “quien presupone la libertad de la voluntad en el ámbito de la culpabilidad, debería negar que pueda haber una conexión conforme a una ley natural entre la incitación de un inductor y la decisión del inducido.”

⁷⁷⁹ AST, *Handlung und Zurechnung*, 2019, p. 146, indicando que las acciones humanas no pueden estar causadas por leyes naturales si estas se definen con criterios de necesidad, por bien que se perdería su contingencia como característica esencial.

⁷⁸⁰ Similar, RUTKOWSKY, «Die psychisch vermittelte Kausalität», *NJW*, (16), 1952, p. 608, para quien el inductor sería un “autor (psíquicamente) causal”.

⁷⁸¹ Sobre esto, JULIÀ PIJOAN, *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, 2020, pp. 289 ss., destacando que el “libre albedrío” no suele examinarse como un hecho biológico *per se*, pues el proceso de esclarecimiento empírico del comportamiento tiende a configurar patrones o modelos de conducta (en el que caso del que se ocupa, la neurociencia, a partir de la atención de la actividad-cerebral-como-objeto, p. 293). Además, partir de la premisa del “libre albedrío” podría afectar al método científico en su búsqueda de leyes universales, pues “[c]on él, se volatiliza la regencia de la regularidad, nos desliga de ella.”

⁷⁸² En palabras de GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1954, t. 1, p. 135, una “ficción estatal necesaria” [*staatsnotwendige Fiktion*]. El término ya estaba presente, por ejemplo. Igualmente, SCHÜNEMANN, «Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, p. 25: el principio de culpabilidad presupone libertad.

⁷⁸³ Como antecedentes más remotos, véase VON BURI, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873, p. 271; TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, 1904, p. 36.

al comportamiento de un sujeto no debe efectuarse desde la óptica de una explicación causal. Esta última solo sería factible si, por ejemplo, redujésemos los estados mentales a epifenómenos, esto es, subproductos derivados de otros fenómenos físico-químicos a identificar en el contiguo de conexiones cerebrales.⁷⁸⁴ Superando esta aproximación physicalista, la pretensión de un importante sector de la filosofía de la mente y de la acción ha sido la de sustituir este modelo “aséptico” por uno de tipo teleológico, reemplazando el concepto de *causa* por el de *razón o motivo*. En este último ámbito, ya no se producirían conexiones de tipo causal, sino, en todo caso, de tipo conceptual, por lo que el cuestionamiento específico de la autodeterminación o el libre albedrío al que antes he hecho mención quedaría superado.

3. Con el fin de analizar en detalle la idoneidad y relevancia de este proceso de sustitución (de *causa* a *razón*), sistematizaré el texto en los siguientes puntos. En primer lugar, efectuaré una breve referencia al concepto de causalidad en el ámbito jurídico-penal, con especial énfasis en las “fórmulas heurísticas” (*conditio sine qua non*, condición INUS, test NESS) utilizadas por la doctrina para constatar esta relación naturalística y su conexión con la idea de la explicación causal previa (ap. 2). A continuación, analizaré la base explicativa de carácter causal sobre la que operan aquellos argumentos contrafácticos de tipo lógico. Con esta última aproximación, quiero analizar si también es posible hablar de explicaciones propiamente causales en el ámbito de la psicología (ap. 3). En tercer y último lugar, analizaré cómo la filosofía de la acción y de la mente tienden a rechazar este tipo de explicaciones para abordar el comportamiento humano, cambiando la propia idea de *explicación* por la de *comprensión*. Esto último se produce en aras de un proceso de identificación de las *razones* o *motivos*, que no de las *causas*, del actuar (ap. 4). Finalmente, pondré en relación estas ideas con el concepto de causalidad psíquica a los efectos de visualizar qué tipo de consecuencias pueden extraerse para la desaprobación de la motivación al delito (ap. 5).

2. La relación de causalidad en la dogmática jurídico-penal. Una breve aproximación

1. Pocos problemas jurídico-penales han originado tantos ríos de tinta como el de la relación de causalidad. De esta manera, el sentir histórico de la dogmática ha sido que, en lo que a la conexión de sentido entre un comportamiento dado y un resultado (del tipo que sea), es de vital importancia responder, en primer o único lugar, si entre ambas coordinadas existe o no una relación causal. A la búsqueda de un criterio o regla definido para confirmar dicha conexión, se han centrado buena parte de los esfuerzos de la doctrina en estos últimos ciento cincuenta años. De entre todas las teorías vertidas sobre este punto, seguramente la de la *equivalencia* y su reverberación práctica en la fórmula

⁷⁸⁴ Desde este entendimiento, ya no existiría algo así como una “causalidad psíquica o mental”, pues lo importante sería observar qué fenómeno físico se “esconde” detrás del estado mental con tal de constatar a partir de aquel una “causalidad física”. Como indica MERKEL, *FS-Puppe*, 2011, p. 167: “[q]ue alguien pueda influir causalmente en la psique de su destinatario de forma física (por ejemplo, a través de las ondas sonoras de una frase) es (...) bastante desconcertante.”

de la *conditio sine qua non* (en lo que sigue, *c.s.q.n.*) es la que mayor protagonismo ha adquirido. La facilidad con la que se presenta un ejercicio mental e hipotético sobre qué hubiera pasado en un mundo alternativo en el que el comportamiento no se hubiera desplegado quizás haya tenido una importancia vital para hacer de esta fórmula práctica un recurso sencillo con el que es posible responder a una cuestión de hondo calado filosófico: si la conducta *A* no hubiera tenido lugar, el resultado *B* no se hubiera producido, *ergo A* es causa de *B*. Un ejercicio tan intuitivo que ha tenido una aplicación prácticamente equivalente en el mundo anglosajón con tal de identificar un requisito esencial para todo “*result crime*”.⁷⁸⁵ Así pues, aunque citada con una terminología distinta, la idea de la *conditio* se introdujo en la famosa resolución *R v. White* [1910] 2 KB 124 con el denominado test “*but-for*” a través de una pregunta parecida: “*but for the actions of the defendant, would the result have occurred?*”.⁷⁸⁶

2. Sin embargo, ya en los años treinta del siglo pasado, ENGISCH denunció sagazmente que la fórmula de la *c.s.q.n.* carecía de capacidad para ampliar nuestro conocimiento causal previo.⁷⁸⁷ En este sentido, a través de esta fórmula, sencillamente verificamos y controlamos, por medio de su significado heurístico, una experiencia antecedente en lo que a la causalidad se refiere.⁷⁸⁸ Así pues, si el espectador no sabe que un comportamiento ha sido causal con respecto a un resultado, de la clase que sea, de poca utilidad se presenta la *c.s.q.n.*: por mucho que aquel se imagine mundos hipotéticos, nunca podrá saber si, desaparecida dicha conducta, el resultado se hubiera seguido produciendo o no.⁷⁸⁹ De esta suerte, como indica RUDOLPHI, “la fórmula de la condición ya no ayuda más allí donde nos falta el conocimiento experimental necesario para decir si una determinada acción ha contribuido o no a la producción del resultado.”⁷⁹⁰ Por ello, esta fórmula “no es más que una herramienta para comprobar

⁷⁸⁵ MOLAN, *Sourcebook on Criminal Law*, 2ª ed., 2001, p. 59: “Some criminal offences, such as murder (...) are referred to as ‘result crimes’ on the basis that establishing the actus reus involves proof that the defendant caused the prohibited result (...) both as a matter of fact and as a matter of law.” A veces, también se utiliza el término *sine qua non*; así, por ejemplo SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 10ª ed., 2002, p. 43: “In the traditional terminology, the act must be a sine qua non of the event.”

⁷⁸⁶ Que confirmaría la denominada “*factual causation*”, cuyo campo de juego se limitaría, con posterioridad, a través de una serie de cánones de corrección que, contruidos muchas veces desde el “sentido común”, intenta superar la extensión de la atribución de responsabilidad que derivaría la aplicación sin paliativos de la regla general. Todo ello, para alcanzar los algunos autores denominan “*legal causation*”. Así, por ejemplo, CARD, *Criminal Law*, 13ª ed., 1995, pp. 198 ss., quien indica: “The question of causation involves two issues, since an accused can only be convicted if this conducts was both a factual cause of the victim’s death and a legal cause of it [...]. Application of the “but for” test indicates whether or not the death can be attributed to the accused’s conducts as a matter of fact. If it can be, the question of whether that death can be attributed to him for the purposes of legal liability depends on whether or not his conduct is a legal cause of death...” Que a esta restricción (¿normativa?) se la siga denominando “causalidad” puede verse, por ejemplo, en SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 10ª ed., 2002, p 43: “There are many acts which are sine qua non of an event but are not, either in law or common sense, the cause of it.” Cabe mencionar que la equivalencia *conditio sine qua non* – *but-for* no es del todo exacta, pues esta última fórmula heurística no suprime “cualquier” comportamiento, sino aquel que ha sido objeto de una desaprobación *ex ante* a través de los cánones de la *negligence*, lo que más bien lo acerca en contenido a la estructura de la conducta alternativa conforme a Derecho (sobre esto, PANTALEÓN DÍAZ, «Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas teconologías*, 2016, p. 157 s.).

⁷⁸⁷ ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. de Marcelo A. Sancinetti), 2008, pp. 39 ss.; EL MISMO, *FS-Weber*, pp. 260 s.

⁷⁸⁸ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 300 s.

⁷⁸⁹ MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 159 s.; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 105 s.

⁷⁹⁰ RUDOLPHI, *Causalidad e imputación objetiva*, 1998, p. 15.

las relaciones de causalidad, pero no puede sustituir a la definición de causalidad.⁷⁹¹ Consiguientemente, la fórmula fallará allí donde se desconozca la ley causal subyacente (porque escapa de nuestra experiencia causal cotidiana o porque todavía no se ha teorizado en un determinado campo científico), por lo que solo servirá para solucionar casos sencillos.⁷⁹² En conclusión, lo que adquiere carácter causal no es la posibilidad de señalar a una condición como *necesaria*,⁷⁹³ sino la base explicativa previa sobre la que utilizamos este mismo argumento contrafáctico⁷⁹⁴ con tal de adjetivar a una u otra condición con aquella etiqueta (o con otras, como la de *suficiencia*).

3. Por lo tanto, la doctrina suele complementar el recurso práctico de la *c.s.q.n.* con la idea de la “condición ajustada a una ley de la naturaleza”.⁷⁹⁵ En este sentido, no solo se requiere constatar si, desaparecida la conducta, el resultado hubiera tenido lugar o no. Por el contrario, es necesario comprobar también si este mismo comportamiento es subsumible en una ley natural que permita explicar en términos causales su relación con aquel resultado. Pero incluso aplicándola sobre una experiencia causal previamente configurada, el significado heurístico de esta fórmula puede fallar a veces y redundar en soluciones totalmente contraintuitivas.⁷⁹⁶ Esto es lo que sucede en los casos de *causalidad alternativa* y en los de *causalidad cumulativa* o *concurrente*.⁷⁹⁷ De esta manera, pese a sustentar su

⁷⁹¹ HILGENDORF, *ADPCP*, (55), 2002, p. 94.

⁷⁹² HILGENDORF, *ADPCP*, (55), 2002, p. 97.

⁷⁹³ MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, 2014, pp. 39 s., afirmando que esta característica también la puede presentar una condición unida con un resultado a través de una relación no causal, como una de tipo conceptual o institucional. Como indica SEARLE, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, 2000, p. 125, “las explicaciones forman una familia” entre las que podemos encontrar las de tipo causal, lógico, estético, legal, moral, justificativo, económico, etc.

⁷⁹⁴ PÉREZ BARBERÁ, «El resultado típico y su individualización en una relación causal. Acerca de la “teoría del resultado en su concreta configuración”», *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 366: “permaneciendo todo lo demás igual, si ocurre C, ocurre E.” Igualmente, ROMEO CASABONA, «Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el derecho penal», *RGDP*, (8), 2007, p. 6, indicando que esta fórmula “es tributaria y dependiente de las leyes propias de las ciencias empíricas.” Parecido, GÜNTHER, «Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß», *KritV*, (80-2), 1997, p. 211.

⁷⁹⁵ ENGISCH, *La causalidad como elemento de los tipos penales* (trad. de Marcelo A. Sancinetti), 2008, pp. 44 s.; CUELLO CONTRERAS, «Causalidad, imputación y ciencia», *CPC*, (102), 2010, p. 7. En la concepción de OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 108, esta teoría nos obliga a remitirnos a la exanimación y demostración previa de una explicación causal.

⁷⁹⁶ Por todos, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación. El problema del presupuesto ontológico de los delitos de resultado en ámbitos estadísticos o probabilísticos. In dubio pro reo y “certeza en la determinación probabilística*, 2006, p. 26.

⁷⁹⁷ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 249 ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, pp. 162 s. Dejo de lado el problema del *regressus ad infinitum* (por todos, OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 104), vinculado, más que a la “lógico-interna” del argumento contrafáctico, a la cualidad “adscriptiva” de responsabilidad de esta (u otras) fórmulas heurísticas. Como es sabido, este problema llevo en su momento a teorizar la denominada imputación objetiva del resultado (sus inicios se encuentran en LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, pp. 61 ss. y HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», *FS-Frank*, 1930, pp. 175 ss.) y nos ha legado, a día de hoy, la bipartición entre, por un lado, la base naturalística sobre la que analizar la relevancia jurídico-penal de un comportamiento (perspectiva ontológica), y, por el otro, los criterios de imputación *ex ante* y *ex post* de un significado típico a esa misma relación de causalidad (perspectiva normativa). Por lo tanto, pueden existir casos en los que pueda afirmarse la causalidad, pero no la atribución de responsabilidad. Piénsese en los supuestos de intervención de terceros o de autorresponsabilidad de la víctima, donde la relación de causalidad en los términos indicados (base explicativa y condición INUS) es innegable, pero no por ello afirmamos que el resultado típico sea objetivamente imputable a la conducta *ex ante* desaprobada. En otros casos, la causalidad en estos términos será directamente innecesaria, por ejemplo, en la estructura de la comisión por omisión (sin perjuicio de que algunos autores consideren, desde una perspectiva lingüística, que la omisión puede estar presente en una “explicación causal” del resultado en forma de “condición negativa”).

aplicación en una experiencia causal antecedente metodológicamente válida, este ejercicio heurístico resulta, en estos supuestos, en la propia negación de la causalidad.⁷⁹⁸ Ciertamente, de no darse el comportamiento objeto del argumento contrafáctico, el resultado se hubiera producido igualmente. Es conocido por todos, por ejemplo, el caso del veneno en el que *A* vierte sobre el café de *B* un potente químico que le *causa* efectivamente la muerte sin saber que, de no haberlo hecho, *C* hubiera volcado la misma cantidad de tóxico, produciendo en consecuencia el mismo resultado.⁷⁹⁹ El ejercicio heurístico, en este supuesto de *causalidad alternativa*, conduce a negar lo que ningún médico forense se atrevería a contradecir: que *A* ha causado el resultado de muerte de *B*.

4. Con el fin de solventar esta inoperancia lógica de la *c.s.q.n.*, una parte destacada de la doctrina ha acudido a la idea del “resultado en su concreta configuración”.⁸⁰⁰ Al respecto, se entiende que el “resultado” de referencia no tiene que ser uno abstractamente definido (muerte, lesión, etc.), sino uno descrito de la manera más detalladamente posible (la concreta muerte acaecida en el específico momento espacio-temporal). Sobre esta premisa, sería posible superar los problemas de *causalidad alternativa* pues el resultado de muerte consecuencia de haber ingerido el veneno vertido por *A* siempre será necesariamente diferente al que hubiera sucedido de haberse tomado el tóxico de *C*. Aunque sea por un milímetro en el lugar exacto de la caída o por un nanosegundo en el tiempo de efecto de la sustancia, nunca se hubiera producido el mismo resultado en su concreta configuración.⁸⁰¹ PUPPE ha denunciado lo inseguro de este planteamiento, considerando que conlleva problemas de arbitrariedad. En este sentido, toda explicación previa tenderá a incluir o excluir todos aquellos elementos que impidan, en un momento posterior, afirmar la necesidad de la condición analizada por medio de la fórmula de la *c.s.q.n.*, resultado el proceso en un ejercicio altamente manipulable.⁸⁰² La autora concluye que este ejercicio mental exige demasiado para afirmar la causalidad, abstrayéndose del mundo, por lo que no queda vinculado a una explicación causal del resultado configurada con anterioridad que cumpla con las características de verdadera, concluyente y definitiva.⁸⁰³

5. Con todo lo dicho hasta ahora, en la determinación de una relación de causalidad entre dos sucesos, debemos tener en cuenta *dos coordenadas*:

⁷⁹⁸ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, pp. 147 ss.

⁷⁹⁹ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 249.

⁸⁰⁰ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª ed., 1997, pp. 352 ss.

⁸⁰¹ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. I, 1ª ed., 1997, p. 353; críticamente, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, 2006, pp. 42 ss.

⁸⁰² PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, p. 147; LA MISMA, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *ZStW*, (92-4), 1980, pp. 870 ss. Como indicaré más adelante, la autora sustituye la fórmula de la *conditio sine qua non* por un ejercicio heurístico que supera estas consecuencias contraintuitivas: el de la condición INUS.

⁸⁰³ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, p. 148; LA MISMA, *ZStW*, (92), 1980, p. 899.

a. Cualquier fórmula heurística o razonamiento contrafáctico (“¿qué hubiera pasado si...?”) debe asentarse sobre la base de una explicación causal previa producto, o bien de la experiencia cotidiana, o bien de la aplicación de un conjunto de leyes científicas en el caso concreto.⁸⁰⁴ En esta línea, siguiendo a PÉREZ DEL VALLE, “la comprobación de la causalidad como elemento del tipo requiere una base en principios de experiencia, y, en tanto su averiguación sea más compleja, en conocimientos científicos aportados al proceso.”⁸⁰⁵ Lo primero se dará cuando, con base en nuestra experiencia causal cotidiana, podamos establecer explicaciones de tipo causal.⁸⁰⁶ Por el contrario, requeriremos del auxilio de una experticia determinada, de la mano del perito, cuando carezcamos de dicho conocimiento (tanto en lo que a la identificación de la ley general, como en lo que a su aplicación al caso concreto se refiere⁸⁰⁷).⁸⁰⁸ Esta primera variable no puede sino estar relacionada con la idea de explicación y, concretamente, con la de *explicación causal*. En efecto, con tal de armar la base explicativa previa sobre la que proyectar el argumento contrafáctico que se elija (por ejemplo, la fórmula de la *c.s.q.n.*), es necesario analizar qué se entiende por explicación y qué características tiene que presentar esta con tal de poder ser adjetivada con el término causal. A ello me referiré en el siguiente apartado.

Sea como fuere, el andamiaje de esta explicación antecedente, siguiendo a PUPPE, deberá efectuarse en un sentido *genético*, en cuyo contexto excluirémos todas aquellas condiciones sustitutivas o alternativas.⁸⁰⁹ Es decir, incluiremos en la explicación causal todo aquello que nos permita concluirlo, según nuestra experiencia, como un correlato temporal en el que todos sus componentes se suceden uno a uno con el paso del tiempo.⁸¹⁰ Con tal de ilustrar esta idea, la autora expone el siguiente ejemplo de SAMSON: en mitad de un incendio, un sujeto gira un arcón, de tal manera que este, en lugar de empezar a incendiarse por el lado derecho, lo hace por su lado izquierdo.⁸¹¹ La satisfacción de la explicación de la quema de esta pieza del mobiliario, teniendo en cuenta el tipo penal de daños, no se ve influenciada por el hecho de que el sujeto lo haya girado. En efecto, lo que se castiga *prima facie* es causar un daño sobre un bien mueble, no la parte por la que se inicia este proceso causal. Por lo tanto, esta variable deberá excluirse de la explicación, pues esta ya adiqueire el carácter de suficiente sin la necesidad de mencionar el comportamiento del sujeto. Sea como fuere, en la formulación de esta

⁸⁰⁴ Este primer elemento deriva de la idea material ínsita a la “condición ajustada a una ley de la naturaleza”.

⁸⁰⁵ PÉREZ DEL VALLE, «La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático», *ADPCP*, (49-3), 1996, p. 992.

⁸⁰⁶ PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP*, (49-3), 1996, p. 992, n. 58, indicando el siguiente ejemplo: “si frotamos una cerilla con el papel de lija de su caja esperamos que se encienda, salvo que esté húmeda.”

⁸⁰⁷ Me refiero a la contraposición entre la “ley general” y la “ley especial”. Sobre esto, OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 109 ss.

⁸⁰⁸ PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP*, (49-3), 1996, p. 992, n. 59. Igualmente, TORÍO LÓPEZ, «Cursos causales no verificables en Derecho penal», *ADPCP*, (36-2), 1983, p. 222.

⁸⁰⁹ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, p. 149.

⁸¹⁰ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, pp. 149 s.

⁸¹¹ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, pp. 151 s., exponiendo el ejemplo en el que dos personas entregan, respectivamente, su arma de fuego a un tercero. Este último, solo utiliza la pistola entregada por uno de ellos, desechando la utilización de la otra: en términos genéticos, que el autor hubiera podido utilizar la pistola del otro sujeto no forma parte de una “explicación genética” de lo sucedido, pues para la explicación de este acontecer basta únicamente con la inclusión de la pistola utilizada por el sujeto (= explicación suficiente).

base explicativa, tal y como indica PÉREZ BARBERÁ, siempre existirá un “momento decisor (creativo) en función del interés” a partir del cual se “determinará qué circunstancias deben abstraerse para 'aislar' un grupo de ellas, precisamente las que interesan al investigador para la formulación de la hipótesis concreta.”⁸¹² Un proceder de las ciencias de la naturaleza que el operador jurídico, en el ámbito del Derecho penal, en principio, no puede obviar.⁸¹³ Al fin y al cabo, parece que la constatación de una relación de causalidad no es más que el andamiaje del firme naturalístico sobre cuya base elaborar, con posterioridad, el proceso de adscripción normativa.⁸¹⁴

b. Establecida esta base explicativa, faltará por identificar un *test heurístico* que nos permita canalizar en términos lógicos nuestra experiencia causal a través del señalamiento de una condición a modo de “causa” que no redunde en soluciones contraintuitivas. Si sabemos que *A* se conecta con *B* en el contexto una relación subsumible en una explicación causal validada según nuestra experiencia o según la ciencia (es un eslabón de la explicación suficiente), la fórmula heurística que utilicemos para *identificar* a *A* como condición de tipo causal no puede contradecir esta base explicativa previa. A mi modo de ver, de entre todos estos argumentos (superando, por lo tanto, el de la *c.s.q.n.*), el que mejor conecta con la idea de la formulación heurística y con lo esbozado con anterioridad en lo relativo a la explicación antecedente es el que emana de la denominada “condición INUS”. Esta última fue teorizada críticamente por primera vez por MACKIE⁸¹⁵ y es coincidente en lo estructural con el test NESS.⁸¹⁶ Un elemento de una explicación adquirirá tal cualidad cuando pueda representarse como una *condición necesaria de una explicación suficiente del resultado* o, traducido literalmente al castellano, una *insuficiente pero necesaria* parte de una condición *innecesaria pero suficiente* (*insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient condition*), siendo esta “condición” la explicación (causal) antecedente del resultado.⁸¹⁷

PUPPE se ha encargado de trasladar al ámbito continental esta fórmula de gran importancia en el desarrollo de la filosofía moral anglosajona. Al respecto, la autora indica que el proceso de abstracción de la condición causal que apliquemos sobre la explicación previa deberá identificar aquella parte necesaria de una condición mínima del resultado concreta, verdadera y suficiente conforme a las leyes

⁸¹² PÉREZ BARBERÁ, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 373.

⁸¹³ PÉREZ BARBERÁ, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 373.

⁸¹⁴ ROLINSKI, «“Statistische Kausalität” im Strafrecht?», *FS-Miyazawa*, 1995, p. 488 Según la doctrina mayoritaria, por lo que válido en este nivel de análisis. No se obvia que la concreción del contenido de la desaprobación *ex post* (imputación del resultado en sentido estricto) se puede colmar de un juicio eminentemente normativo, desechando de entrada alusiones a conexiones de tipo causal. Al respecto, MURMANN, *PJ*, (53), p. 157; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 248 ss.

⁸¹⁵ MACKIE, *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, 1974, pp. 126 ss.

⁸¹⁶ Que entiende por causa toda “condición necesaria de un conjunto suficiente” [*necessary element of a sufficient set*] (R. WRIGHT, «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», *Iowa Law Review*, (73), 1988, pp. 1001 ss.)

⁸¹⁷ En palabras de HONORÉ, en OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, 1995, p. 365, las condiciones INUS son todas aquellas condiciones necesarias como partes de un conjunto suficiente pero no necesario para la realización de un determinado resultado (por ejemplo, sin la condición A como parte del conjunto de condiciones A, B y C, no puede explicar el resultado Z).

naturales.⁸¹⁸ En otras palabras, construida la *explicación causal* previa (y suficiente) conforme a nuestras propias vivencias —*experiencia*— o conocimientos expertos —*experticia*—,⁸¹⁹ una condición adquirirá la cualidad de “causa” cuando pueda identificarse como un elemento necesario de esta misma explicación. Volviendo al caso del veneno: establecida una explicación en un sentido genético, sin contar las causas alternativas o sustitutivas (el comportamiento de *C*), la conducta realizada por *A* alcanza la condición de *necesaria* en el contexto de aquella explicación *suficiente* del resultado (el veneno se conecta con el fallecimiento de *B* a través de una explicación causal que, en el marco del proceso penal, será configurada por el perito). Por lo tanto, se confirma la relación de causalidad entre el comportamiento de *A* y la muerte de *B*.

3. Las explicaciones causales en el ámbito de la psicología

3.1. El concepto general de explicación y sus distintos modelos

1. Como acabo de señalar, el test heurístico⁸²⁰ que apliquemos para identificar a un comportamiento como *parte necesaria de una condición suficiente* debe sustentarse sobre una base explicativa previa del resultado que poder adjetivar, en principio, con la etiqueta de “causal” (= la condición suficiente). Teniendo en cuenta que, en el ámbito de la inducción y la complicitad psíquica, nos encontramos ante aportaciones de tipo motivacional, es necesario constatar si en el marco de la psicología es posible erigir explicaciones causales antecedentes que nos permitan constatar la “causalidad psíquica”.⁸²¹ Entiéndase que este problema, básico para muchas disciplinas filosóficas (de la ciencia, epistemología, metafísica), presenta múltiples claroscuros y matices, puesto que ha sido objeto de un estudio que hunde sus raíces en el tiempo. En consecuencia, me voy a limitar a presentar los aspectos más “consensuados” en lo que respecta a la idea general de *explicación*, a la de *explicación causal* y su traslación al ámbito de la psicología. Un análisis exhaustivo del tema superaría por mucho la finalidad y el objeto del presente trabajo de investigación.

2. Sea como fuere, el concepto de *explicación* es un elemento fundamental de la filosofía de la ciencia. Este suele entenderse como un proceso lingüístico-comunicativo a través del cual se expresa un

⁸¹⁸ PUPPE, *El Derecho penal como ciencia* (trad. Nuria Pastor Muñoz), 2014, pp. 147 ss.

⁸¹⁹ Nótese el contraste, a estos efectos, entre los siguientes supuestos de hecho: "A dispara a B en la cabeza. B muere"; "A entrega una bebida energética a B, quien, tras ingerirla, muere en el acto". Solo en el primer caso, la *experiencia* nos permite armar una base explicativa de corte causal, siendo necesario el recurso de la *experticia* para el segundo.

⁸²⁰ No obvio el hecho de que, para algunos autores, estas “fórmulas” no son mecanismos para comprobar la causalidad, sino definiciones lógicamente correctas de este mismo concepto (p.ej., PUPPE, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht», *RW*, (4), 2011, p. 425).

⁸²¹ Para MERKEL, *FS-Puppe*, 2011, p. 168, esta base explicativa debe vincularse a las tesis fisicalistas, analizando el proceso mental como un suceder físico desde la óptica de las neurociencias. Al respecto, SCHUELER, *Reasons and Purposes. Reasons and Purposes. Human Rationality and the Teleological Explanation of Action*, 2003, p. 14. En p. 17 indica: "Decir que una cosa causa otra, en este sentido, simplemente significa reclamar *que hay* una explicación para hacer sobre la segunda, en cuyo marco la primera jugará un rol importante."

determinado contenido para “*dar cuenta* de determinados hechos.”⁸²² Dicho mensaje suele entenderse como el contenido de la respuesta formulada ante una pregunta de tipo *porque*⁸²³ pues, a través de aquella, se “identifica[n] los procesos causales y condiciones iniciales que determinaron la ocurrencia.”⁸²⁴ Por medio de este enunciado comunicativo, el emisor “da cuenta” de un determinado fenómeno con el fin de saciar el contenido del interrogativo.⁸²⁵ Por ello, nos encontramos ante una práctica común en el transcurso de las interacciones sociales que, en el ámbito de las disciplinas científicas, “encuentra su máxima expresión.”⁸²⁶ Ciertamente, los operadores científicos, con independencia del campo concreto al que pertenezcan, tienen como principal objetivo el dar respuesta a las preguntas que se derivan de su objeto de estudio. A través de las explicaciones, la ciencia transmite su aproximación epistémica al *fenómeno* analizado, informando sobre sus características al espectador que se formula la cuestión.

3. En términos generales, se acepta que el modelo clásico hempeliano de las leyes de cobertura aporta la estructura lógica más adecuada para entender el proceso ínsito a una *explicación*.⁸²⁷ De esta manera, esta última estaría compuesta por tres elementos básicos: (i) el *explanans*, (ii) el *explanandum* y (iii) la relación entre el *explanans* y el *explanandum*.⁸²⁸ El *explanans* nos proporciona las premisas tanto *fácticas* (las condiciones antecedentes al fenómeno objeto de la explicación) como *teóricas* (la ley en la que subsumir aquello que queremos explicar).⁸²⁹ La conclusión de este proceso de subsunción de las condiciones en la ley da lugar al contenido del *explanandum*. Por ejemplo, la explicación del suceso “una manzana cae al desprenderse del árbol” necesita de la subsunción en la ley de la gravedad (un cuerpo x cae en la Tierra al desunirse de su sujeción desde un modelo relativista) del conjunto de condiciones antecedentes (*explanans*), lo que nos proporciona el *porqué* de dicho acontecimiento (la manzana ha caído al tratarse de un cuerpo que, según la ley de la gravedad, “necesariamente cae” en la Tierra al desunirse de su sujeción desde un modelo relativista = *explanandum*).

4. Sobre esta premisa, es de remarcar que no existe una única forma de explicación, tampoco en la ciencia. Al respecto, dependiendo del *modelo de explicación*, vinculado con el *tipo de ley*⁸³⁰ en la que subsumir las condiciones antecedentes, la relación entre uno y otro extremo del proceso (punto (iii)) puede variar. A este respecto, la filosofía de la ciencia nos aporta dos clases de modelos sugerentes

⁸²² DÍEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, p. 219.

⁸²³ HEMPEL, «Aspects of scientific explanation», en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, 1970, p. 334.

⁸²⁴ GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, p. 159.

⁸²⁵ DÍEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, p. 219.

⁸²⁶ DÍEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, p. 219.

⁸²⁷ HEMPEL, en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, 1970, pp. 331 ss.

⁸²⁸ HEMPEL, en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, 1970, p. 336.

⁸²⁹ HEMPEL, en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, 1970, p. 336

⁸³⁰ Entendiendo por “ley” como una hipótesis validada por la disciplina en cuestión (BUNGE, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, 1979, p. 335).

para con la presente investigación. En primer lugar, el denominado modelo *nomológico-deductivo*, conectado con la aplicación de leyes deterministas en el *explanans*.⁸³¹ Con él, a través de la subsunción de las premisas en la ley, obtenemos un razonamiento deductivo gracias a la cualidad general, estricta y no probabilística de aquella.⁸³² Así pues, una ley determinista implica una regularidad fáctica caracterizada por su necesidad, de tal manera que, al subsumir en ella el acontecimiento a explicar, siempre obtendremos una conclusión deductiva del tipo “de *x* se sigue necesariamente *y*”.⁸³³ En oposición a este modelo, encontramos el estadístico-*inductivo*. Aquí, a diferencia del primero, el enunciado explicativo se conecta con leyes probabilísticas, de tal manera que el contenido del *explanandum* siempre se extraerá a través de mecanismos inductivos.⁸³⁴ De esta manera, las leyes probabilísticas se contraponen a las deterministas en tanto que establecen relaciones a través de criterios estadísticos, por lo que “[n]o expresan que dos eventos estén estrictamente relacionados, sino solo que el riesgo de que ocurra un evento B en particular aumenta en cierto grado después de que ocurra otro evento A.”⁸³⁵

3.2. La explicación causal y la pragmática de la explicación

1. El concepto de explicación está altamente vinculado con la idea de *causalidad*. En este sentido, desde una perspectiva *humeana*, se ha venido entendiendo que la causalidad no es un específico *fenómeno* cognoscible (a modo de fuerza en su sentido más clásico), sino la impresión psíquica de una “conexión necesaria” fruto de la aprehensión de una “idea de sucesión” ínsita a nuestra aproximación a la interrelación de distintos sucesos, por lo que, en todo caso, basada en nuestra experiencia.⁸³⁶ De ello se deduce que la causalidad “sale a relucir” por medio de un tipo concreto de explicación. En otras palabras, son las características lógicas internas de un proceso explicativo las que permiten concluir que el suceso correlativo cuestionado (por ejemplo, que *A* haya muerto al ingerir el producto φ) sea calificado con el término *causal*. Esta última propiedad no es, en consecuencia, una “entidad existente” a identificar en el conjunto de las interconexiones que se producen en la naturaleza, sino una cualidad que adquiere la explicación de un fenómeno dadas ciertas notas de regularidad. Por lo tanto, superada una visión ontológica, se da paso a una de tipo gnosceológico por medio de

⁸³¹ HEMPEL, en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, 1970, p. 337.

⁸³² DíEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, p. 229.

⁸³³ DíEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, p. 158 ss.

⁸³⁴ DíEZ/MOULINES, *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, 1997, pp. 160 ss.

⁸³⁵ HILGENDORF, *JUR A*, (1), 1996, p. 11, remarcando la compatibilidad de estas leyes con el postulado normativo de la libre voluntad. Como indica GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, p. 126, estas leyes expresan que “*existe una gran probabilidad de que todo A dé B; existe una gran probabilidad de que un elevado porcentaje de A dé B; o para cualquier A existe una probabilidad «∞» de que B*” (con cursivas en el original).

⁸³⁶ En contra, la concepción ontológica considera la causalidad como una premisa básica de naturaleza determinista, en tanto que particularidad “real” del mundo físico. Por todos, BUNGE, *La causalidad*, 1979, pp. 22 ss.

explicaciones adecuadas para contener una sucesión de acontecimientos.⁸³⁷ Consecuentemente, cuando los agentes de una determinada disciplina científica pretenden constatar una relación de causalidad entre dos estados, los subsumen en una explicación de la que, dadas sus características lógico-sistemáticas internas, se desprende un enunciado lingüístico por el que se concluye que ambos acontecimientos están integrados en una sucesión de tipo causal.

2. De esta premisa se deduce que la posibilidad de identificar una base explicativa causal, así como su susceptibilidad de operar en el contexto de la psicología, depende de las particularidades que deba presentar un concreto tipo de explicación para caracterizar esta clase de relaciones vinculadas a una sensación de regularidad. Al respecto, conviene efectuar un alto en el camino y volver la mirada a la dogmática jurídico-penal. Ciertamente, en este ámbito existe una impresión altamente generalizada de que solo las explicaciones elaboradas con arreglo a leyes deterministas (esto es, modelos *nomológico-deductivos*) están capacitadas para informar sobre conexiones causales. Uno de los autores que más ha subrayado esta exigencia en España ha sido PAREDES CASTAÑÓN, quien considera que por causalidad, en un estricto apego a su sentido lingüístico más convencional, debe entenderse una relación natural regida por leyes deterministas.⁸³⁸ Esta impresión está vivamente vinculada con una concepción ontologicista de este elemento basada en la existencia de un principio homónimo que regiría la interrelaciones entre las distintas entidades de la naturaleza.⁸³⁹ Sobre la base de esta caracterización, solo las leyes deterministas podrían dar cuenta de las relaciones de causalidad, porque este último concepto, ínsito en la “naturaleza de las cosas”, también presentaría un carácter determinista.⁸⁴⁰ Todo aquello que se apartara de una estructura basada en leyes estrictas supondría una manipulación del propio concepto de causalidad, de tal manera que si, por ejemplo, pretendiéramos definirlo sobre la base de criterios probabilísticos, su significado también cambiaría.⁸⁴¹

⁸³⁷ RENZIKOWSKI, «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», *FS-Puppe*, 2011, p. 206: “[l]a causalidad no se puede obtener mediante la observación, porque no existe una relación condicional entre dos eventos, sino entre frases.” Desde esta concepción, como indica EHRLICH, «Von der Normativen Kausalität», *ARSP*, (72-1), 1986, p. 33, el clásico “principio de causalidad” se convierte en una ficción o en un mito.

⁸³⁸ PAREDES CASTAÑÓN, «Caso del aceite de colza», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2011, p. 434: “hablar de causación —en sentido estricto, científico— significa, en primer lugar, poder establecer una conexión determinista (y no meramente probabilística) de sucesión entre un evento (aquí, una acción humana) y otro (aquí, uno que implica la lesión de un bien jurídico).”; EL MISMO, «De nuevo sobre el “caso de la colza”: una réplica», *RDPC*, (5), 2000, pp. 99 ss.

⁸³⁹ Así, por ejemplo, PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, 2006, p. 75.

⁸⁴⁰ PÉREZ BARBERÁ, *Causalidad, resultado y determinación*, 2006, p. 61 ss. El fundamento se encuentra en BUNGE, *La causalidad*, 1997, p. 21, quien defiende que el hecho de que la causalidad tenga un carácter gnoseológico es porque, en un momento previo, existe un apoyo ontológico (p. 28).

⁸⁴¹ OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 178. Parecido, ROLINSKI, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 493, para quien una cosa es el nivel teórico, donde se desarrolla el modelo de causalidad, y otra el empírico, donde uno debe preguntarse si la estadística pueda utilizarse como método; sin perjuicio de que estos juicios de probabilidad puedan auxiliar al jurista para rellenar determinados juicios de imputación (pp. 496 ss.).

3. La plausibilidad de esta impresión está condicionada por una cuestión esencial: la posibilidad o no de construir explicaciones de tipo causal sobre la base de modelos que no responden a la lógica *nomológico-deductiva*, esto es, en ausencia de leyes deterministas. Al respecto, se entiende que ambos modelos permiten erigir explicaciones de corte causal.⁸⁴² En este sentido, se entiende que las explicaciones *estadístico-inductivas* no expresan una menor “causalidad” que las *nomológico-deductivas*, sino que, en todo caso, sus resultados son menos concluyentes que en estas últimas. Esto ocurre porque su estructura se basa en razonamientos en los que “el *explanans* confiere al *explanandum* un grado más o menos alto de apoyo inductivo o de probabilidad, no certeza deductiva.”⁸⁴³ La diferencia, en todo caso, se encuentra en el mayor o menor carácter conclusivo de la explicación, pero no en su capacidad para “dar cuenta” de sucesos causales. Ciertamente, una ley estricta de tipo determinista siempre nos aportará un *explanandum* definitivo, dada la dimensión deductiva del argumento; mientras que una ley probabilística, basada en mecanismos inductivos, por lo que contenedora de relaciones no estrictas, abocará a una explicación menos definitiva, pero no por ello “menos causal”.

4. Esta amplitud no determinista puede conectarse con las denominadas *tesis pragmáticas* de la explicación. A modo de síntesis preliminar, estas se corresponden con la idea de que toda explicación depende, en cualquier caso, del contexto en el que se expresa, de tal manera que lo que para una disciplina científica sea una explicación causal adecuada de un evento dependerá de sus intereses y propósitos. Así pues, el carácter interpersonal de toda explicación trae como consecuencia que su validez esté condicionada por el marco social en el que se desarrolla. Consecuentemente, como afirma ACHINSTEIN, “[e]l hecho de que E aporte una respuesta correcta a Q no es por sí mismo suficiente para convertir a E en una buena explicación de Q; es necesario que se satisfagan condiciones contextuales.”⁸⁴⁴ En concreto, es requisito que se sacien las expectativas del receptor de la explicación que, dado el contexto en el que se desenvuelve su inquietud, ha planteado la pregunta “*por qué*” con un determinado propósito explicativo. En este sentido, una explicación pragmática es aquella con la que se efectúa una “referencia esencial a una persona o un tipo de persona (...) a la que se está explicando” el hecho.⁸⁴⁵ Una aproximación relativista a la cuestión⁸⁴⁶ a la que subyace la impresión de que, en palabras de DRETSKE, las explicaciones causales son “sensibles al contexto” [*context-sensitive*], de tal manera que lo que causa un suceso “depende de nuestros intereses, propósitos y

⁸⁴² MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 50 ss.

⁸⁴³ GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, p. 185. En el ámbito del Derecho penal, ROMEO CASABONA, *RGDP*, (8), 2007, p. 9: “(...) la vinculación de un resultado delictivo a la acción de una determinada persona por medio de leyes probabilísticas o estadísticas supone aceptar que dicha conducta fue realmente causa del resultado típico objeto de imputación.”

⁸⁴⁴ ACHINSTEIN, «The Pragmatic Character of Explanation», en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. Volume Two: Symposia and Invited Papers*, 1984, p. 290.

⁸⁴⁵ ACHINSTEIN, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. Volume Two: Symposia and Invited Papers*, 1984, p. 276.

⁸⁴⁶ ACHINSTEIN, en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. Volume Two: Symposia and Invited Papers*, 1984, p. 290.

conocimiento *a priori*.”⁸⁴⁷ No existe, entonces, un punto privilegiado desde el que enunciar una explicación causal de un determinado fenómeno.⁸⁴⁸

5. Sobre esta premisa, la identificación de las causas a través de una determinada explicación pragmática de un suceso como, por ejemplo, que una persona rompa la ventana de su vecino aquejado por sus continuos y molestos ruidos, variará según la perspectiva que se tome. El psicólogo elaborará una explicación causal distinta a la del físico o el biólogo para con sus propios intereses. Con ello se manifiesta, en un lenguaje más propio del Derecho penal, que una explicación causal debe ser pragmática con respecto al *telos* de la ciencia en la que se desarrolla. Sobre la base de este último (y de allí el carácter normativo previo de toda ciencia)⁸⁴⁹ se edifica un armazón metodológico que tiende a la satisfacción de la necesidad de acceder epistémicamente a la finalidad anunciada. Por lo tanto, el señalamiento *in concreto* de la causa de un determinado suceso difiere entre disciplinas puesto que el *telos* de estas y, en consecuencia, su método también se distinguen. Una diferenciación, en todo caso, pragmática para con el objetivo dispuesto por la especialidad de que se trate, a la par que metodológicamente válida en relación con las particularidades internas del objeto de estudio. En efecto, no es lo mismo analizar el movimiento de los astros en el espacio-tiempo —caracterizado por una regularidad en un contexto donde podría llegar a ser plausible hablar de causalidad en un sentido ontológico— que examinar el comportamiento humano, habida cuenta de su variabilidad y difícil susceptibilidad a la generalización, lo que complica la configuración de leyes basadas en regularidades concretas a partir de las cuales armar predicciones de tipo deductivo.⁸⁵⁰

6. En consecuencia, que el aparato metodológico con el que opera una determinada ciencia esté copado por leyes deterministas, probabilísticas o meros patrones o modelos es *per se* irrelevante si, con ellos, aquella disciplina satisface su necesidad explicativa habida cuenta del espectador que se plantea la pregunta y a quien dirige sus enunciados-respuestas. De esta suerte, lo que para un astrofísico relativista puede resultar intolerable, como lo es la imposibilidad de predecir y, consecuentemente, tener que basar en una ley de la probabilidad la circularidad de un objeto espacial alrededor de un centro de masas;⁸⁵¹ para un epidemiólogo no es sino la única manera disponible de acceder epistémicamente a su objeto de conocimiento (piénsese, al respecto, en toda la problemática

⁸⁴⁷ DRETSKE, «Psychological vs. biological explanations of behavior», *Behavior and Philosophy*, (32), p. 167.

⁸⁴⁸ DRETSKE, *Behavior and Philosophy*, (32), p. 167.

⁸⁴⁹ Y de la propia “relación de causalidad”, aunque se revista de un supuesto empirismo dado el carácter científico de la disciplina que efectúa su enunciado explicativo. Así, NINO, «Consecuencialismo: debate jurídico y ético», *Télos*, (1), 1992, p. 78.

⁸⁵⁰ ARTIGAS, *Filosofía de la ciencia*, 2ª ed., 2009, p. 188. Lo que también se da en determinados campos de las ciencias de la naturaleza como, por ejemplo, en el análisis de las partículas subatómicas por parte de los modelos cuánticos.

⁸⁵¹ Justamente, fue esta “impresión” la que permitió descubrir el planeta Neptuno, pues las observaciones de la órbita de Urano presentaban incoherencias con respecto a su predicción matemática: algún otro objeto tenía que estar perturbándola. La idea es simple: si la “predicción” falla, es que hay algo que no se ha tenido en cuenta.

derivada de la crisis del COVID-19).⁸⁵² En esta línea, como indica HILGENDORF, “[t]odas las ciencias se enfrentan a la tarea de desarrollar su aparato conceptual —al que pertenece el concepto de causalidad en la mayoría de las disciplinas— (...) a la luz de los fines que cada una de ellas persigue” de lo que se deduce que “toda concepción de la causalidad es normativa.”⁸⁵³ Un carácter, este último, vinculado a las premisas conceptuales y objetivos que sirven de base a cualquier cuerpo científico.

7. Llegado este punto, es posible abordar críticamente las teorías de aquellos autores que niegan la causalidad en caso de que la explicación se haya armado a través de una ley no determinista. Esta impresión solo puede ser el resultado del hecho de enfatizar en la ciencia una capacidad predictiva que, dejando de lado campos muy concretos (básicamente, la física relativista o la medicina forense más clásica), no suele darse en términos generales. En este sentido, que el aporte pericial que exijamos para establecer una “conexión causal” participe de una menor o mayor naturaleza definitiva no significa que su aseveración contenga o no una explicación de tipo causal. Justamente por esta razón, en algunos ámbitos no podremos si no conformarnos con lo que la doctrina penal ha venido denominando como “causalidad general” a través de la aplicación de las leyes estadísticas.⁸⁵⁴ Como señala GÓMEZ RIVERO, “en el seno de las ciencias naturales se suelen emplear, sin que se ponga en duda su validez científica, explicaciones de la realidad de tipo *probabilístico*, esto es, que dan cuenta del hecho de que bajo ciertas condiciones un suceso tendrá lugar en un determinado (alto) porcentaje de casos.”⁸⁵⁵

Bien diferente es que el menor carácter conclusivo de la explicación pueda influir en su aceptación jurídico-penal desde la perspectiva del principio *in dubio pro reo*. Esto ocurre, más que por el carácter inductivo de la ley científica o el uso de otros mecanismos de menor capacidad predictiva, dada ciertas situaciones de “incertidumbre científica”. Siguiendo a GÓMEZ RIVERO, estos contextos de vacilación se caracterizan por la existencia de serias dificultades para identificar, (i) o bien el comportamiento a enjuiciar como causa de un determinado fenómeno, (ii) o bien una ley causal aplicable al caso.⁸⁵⁶ Una situación, esta última, que se realza en aquellos “sectores en los que la sociedad industrial actúa sin dominar el fondo de las fuerzas que desata su actividad.”⁸⁵⁷ El problema, en palabras de GÜNTHER,

⁸⁵² De esta manera, se hace confirmada la apreciación de RAGUÈS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 224 sobre que, “si bien es cierto que la sociedad actual confía en las ciencias empíricas como método de aproximación a la realidad, también lo es que no confía en igual grado en todas las disciplinas científicas y tampoco de igual manera con respecto a qué cuestiones puede dilucidar tal recurso.”

⁸⁵³ HILGENDORF, *ADPCP*, (55), 2002, p. 94. Por eso, debe criticarse que a la “relación de causalidad” se la denomine “premias fáctica u ontológica” en contraposición a la imputación objetiva del resultado, que sería el juicio normativo (por todos, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2005, pp. 395 s.). Esta afirmación no da cuenta de un dato fundamental: también la constatación de una causalidad supone, en cualquier caso, una “construcción normativa”.

⁸⁵⁴ ROMEO CASABONA, *RGDP*, (8), 2007, p. 11.

⁸⁵⁵ GÓMEZ RIVERO, «Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo», *RGDP*, (9), 2008, p. 34.

⁸⁵⁶ GÓMEZ RIVERO, *RGDP*, (9), 2008, p. 27. También cuando, pese a estar identificada, la ley es objeto de discusión y desacuerdo científico.

⁸⁵⁷ CANCIO MELIÁ, «Caso Contergan», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (dir.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed., 2011, p. 222.

es que “la ley natural que ha de aplicarse a la secuencia individual de acontecimientos no está científicamente probada, sino que es objeto de discusión científica.”⁸⁵⁸

8. De esta forma, considero posible efectuar la siguiente tripartición a la hora de componer una base explicativa suficiente de un resultado en la que identificar la condición necesaria. Así pues, dependiendo de las características de esta explicación, puede suceder lo siguiente. En primer lugar, que la explicación aporte una certeza absoluta. Esto ocurrirá cuando esta se haya realizado con aplicación de leyes estrictas o deterministas. En segundo lugar, que la explicación participe de una certeza limitada, lo que sucederá cuando el *explanans* se componga de leyes probabilísticas. El grado de incertidumbre en estos casos siempre estará ligado a los problemas de la “causalidad especial” en contraposición a la “causalidad general”. En otras palabras, existirá una ley que indicará una consecuencia probabilística para un grupo de casos (causalidad general), pero, a la hora de aplicarlo al supuesto singular planteado en el juicio, no se sabrá con certeza si este pertenece o no al grupo o constituye una excepción (causalidad especial).⁸⁵⁹ Finalmente, que la imposibilidad de identificar la ley o la falta de consenso científico devengan en una situación de incertidumbre plena. El grado de inseguridad es aquí mayor que en el segundo supuesto, pues, directamente, se desconoce o no existe unanimidad a la hora de identificar la ley aplicable (causalidad general).

El primer caso no presenta ningún problema y es lo que habitualmente ocurrirá en los supuestos más sencillos (en los que incluso podremos establecer la explicación con base en nuestra propia experiencia). El segundo caso se dará en aquellas actividades sociales desarrolladas en marcos científicos que operan con leyes estadísticas. Piénsese, al respecto, en la responsabilidad penal por el producto o en los delitos contra el medio ambiente. En estos ámbitos, no nos quedará otra que conformarnos con este nivel de certidumbre menor. Ciertamente, las propias singularidades del campo de estudio obligan al intérprete a aceptar las herramientas menos seguras con las que sus agentes científicos construyen sus explicaciones. Lo contrario constituiría un arrebato de ingenuidad a favor de una seguridad que solo podríamos encontrar en los casos “tradicionales” del Derecho penal, dando la espalda a sus implicaciones contemporáneas.⁸⁶⁰ Finalmente, en los casos de genuina incertidumbre, donde la ley es directamente desconocida, evidentemente, no podremos validar una relación de causalidad.

9. Sobre la base de lo dicho hasta ahora, puede afirmarse que la psicología se desenvuelve en el segundo nivel. Así pues, este cuerpo científico tiene la capacidad de estructurar explicaciones causales con base en leyes estadísticas que, en el caso de la motivación, dan cuenta de las posibles (que no necesarias) reacciones que pueden presentar los individuos ante determinados estímulos externos.

⁸⁵⁸ GÜNTHER, *KritV*, (80-2), 1997, p. 218.

⁸⁵⁹ RENZIKOWSKI, «vor 13», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 78.

⁸⁶⁰ Lo que, en palabras de KUHLEN, «Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung», *JZ*, 1994, p. 1145, supondrá una exigencia práctica dado el carácter inestable de determinados ámbitos de conocimiento. Exigir en todos los casos una ley estricta puede constituir una prueba diabólica „por imposibilidad de la ciencia para ofrecerla“ (GÓMEZ RIVERO, *RGDP*, (9), 2008, p. 29.).

Más adelante presentaré una relación detallada de estas explicaciones y una valoración sobre su capacidad para servir al intérprete en la delimitación de los espacios de libertad en el ámbito de las transacciones comunicativas. Por el momento, esta conclusión puede servir para validar la capacidad de la psicología para armar este tipo de explicaciones.

3. Causas, razones y acciones

3.1. La explicación a través de razones

1. La conclusión que se extrae del anterior apartado es que, en principio, la psicología parece estar en condiciones de aportar al penalista explicaciones causales.⁸⁶¹ En este sentido, la relativización de este concepto permite afirmar lo siguiente: la aproximación desde la óptica de la causalidad a un suceso cualquiera tiene un carácter contingente. Sin embargo, esta conclusión entra diametralmente en conflicto con ciertas tendencias de la filosofía de la acción y de la mente. En este sector, son muchos los autores que tienden a rechazar el propio concepto de “explicación causal” en el ámbito del comportamiento humano. Paso a explicar esta controversia.

2. En determinados ámbitos de la filosofía analítica, se suele afirmar que los procesos de atribución de sentido al comportamiento humano se sustentan preferiblemente “comprendiendo”, que no “explicando”, dicho actuar.⁸⁶² De esta forma, mientras que una explicación psicológica de una determinada conducta nos aportaría un correlato genético basado en modelos de actuación generalizables, su comprensión a modo de entidad racional nos permitiría contemplar la acción o la omisión como el producto de un proceso autoconsciente y autorresponsable del agente y no el mero resultado de una sucesión de acontecimientos. Según este entendimiento, el modelo explicativo-causal no tendría cabida en el ámbito de la comprensión de las acciones humanas pues “apelar a una razón para explicar la acción no supone enunciar una hipótesis empírica sobre las causas de una conducta ni supone basarse en regularidades empíricas del comportamiento.”⁸⁶³ Así pues, al preguntarnos por qué *A* mató a *B*, intentamos saber más acerca de sus motivos para valorarlos en el contexto convencional que rige nuestra vida institucionalizada.⁸⁶⁴ La existencia de estos mismos motivos nos posibilitaría (otra cosa es que nos legitimara) a preguntar a este agente “¿por qué has

⁸⁶¹ Sea como fuere, indica SHAVER, *The Attribution of Blame. Causality, Responsibility and Blameworthiness*, 1985, p. 13, que la psicología no habría reparado demasiado en cuestiones de índole causal.

⁸⁶² El propio VON WRIGHT ha clarificado la distinción entre “explicación” y “comprensión” para acercarla a la contraposición entre “conocer la verdad” y “entender el sentido el significado”. Al respecto, VON WRIGHT, «*Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos* (trad. Laura Manrique y Pablo E. Navarro)», *Doxa*, (26), 2003, p. 70.

⁸⁶³ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (trad. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 44.

⁸⁶⁴ Lo que le permite afirmar: “no solamente *soy un cuerpo*, sino que también *sé que lo soy*” (MILLÁN-PUELLES, *Léxico Filosófico*, 2ª ed., 2002, p. 359, con cursivas en el original).

hecho esto?”.⁸⁶⁵ Ante un cuestionamiento de estas características, nos quedaríamos extrañados si *A* hiciera referencia a una reacción conductual propiciada por un determinado estado fisiológico o psíquico, pues, al preguntarle por el porqué, no requeriríamos a *A* una explicación causal de su comportamiento, sino una *explicación por razones y/o motivos*.⁸⁶⁶ Al respecto de este último punto, WITTGENSTEIN apuntó en su momento que la hipotética confusión de *A* estaría ligada al carácter “ambiguo de la expresión «¿por qué?»”.⁸⁶⁷ En opinión del autor citado, la formulación de esta pregunta puede dar lugar a dos posibles significados según el uso lingüístico empleado en el contexto comunicativo en la que se plantea: “preguntando por la causa” o “preguntando por el motivo”.⁸⁶⁸ Referida a un comportamiento humano, con el primero obtendríamos una hipótesis que nos indicaría que la acción “es la secuela regular de ciertas condiciones, que entonces llamamos causas de la acción.”⁸⁶⁹ Pero, por su parte, contestar a la misma pregunta en su segundo sentido nos suministraría “una *razón* para hacer lo que se hizo; que proporciona el camino que uno transita.”⁸⁷⁰ Sobre esta base, al preguntar por el porqué de una acción desde esta última perspectiva, conseguiríamos hacerla inteligible para, acto seguido, justificarla o repudiarla aludiendo a un contraste entre el motivo que efectivamente impulsó al sujeto y aquel por el que debía haberse impulsado.⁸⁷¹

3. De allí que SEARLE indique que el concepto *razón para la acción* esté relacionado con tres nociones: “por qué”, “porque/a causa de (que)” y “explicación”, afirmando que “[d]ar una razón es típicamente dar una explicación o parte de una explicación.”⁸⁷² Un tipo de explicación, no obstante, distinta a las de corte causal debido a su objeto, el comportamiento humano. A su parecer, “las explicaciones de los fenómenos intencionales son algo más que las explicaciones de los hechos, pues tienden a encontrar una razón para su ulterior justificación y/o racionalización.”⁸⁷³ Así pues, volviendo al sencillo ejemplo con el que he antecedido estas ideas, frente a la pregunta planteada, *A* podría ofrecer un séquito de causas a constatar desde una perspectiva (pragmática) determinada, bien psicológica, física o neuronal. Pues, si uno pregunta por la causa, “es bastante fácil discurrir una hipótesis

⁸⁶⁵ Como indica ANCSOMBE, *Intention*, 2ª ed., 2000, p. 9, las razones para la acción están intrínsecamente ligadas con la “acción intencional”, en tanto que “acciones con respecto a las que tiene sentido preguntarse ¿por qué?”

⁸⁶⁶ ENC, «Explicación por motivos», en AUDI (ed.), *Diccionario Akal de filosofía* (trads. Huberto Marraud y Enrique Alonso), 2004, pp. 343 s.

⁸⁶⁷ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (trad. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 43. Similiar, remarcando la textura abierta del lenguaje en lo que al término acción se refiere, WAISMANN, «Language Strata», en Flew (ed.), *Logic and Language. Second Series*, 1973, pp. 226 ss., indicando que este concepto puede dividirse en dos niveles: como serie de movimientos, en el que tendrían protagonismo las causas de la acción; y como algo con significado y finalidad, en el que discurrirían los motivos para la acción.

⁸⁶⁸ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (trad. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 44.

⁸⁶⁹ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (trad. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 43.

⁸⁷⁰ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (trad. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 42 (con cursivas en el original).

⁸⁷¹ DANCY, *Practical Reality*, 2002, p. 95. Igualmente, ALVAREZ, «Reasons for action, acting for reasons, and rationality», *Synthese*, (195-8), 2016, p. 3298.

⁸⁷² SEARLE, *Razones para actuar*, 2000, p. 121.

⁸⁷³ SEARLE, *Razones para actuar*, 2000, p. 127. El autor ilustra la idea, en p. 129, con el siguiente ejemplo: “Juan cree que es Napoleón a causa de una conmoción cerebral”, indicando seguidamente que “[t]al explicación es una explicación causal, pero no nos da razón alguna que Juan tenga y que justificaría su creencia o que muestra que tal creencia es racional.”

fisiológica o psicológica que explique la elección bajo las condiciones dadas.⁸⁷⁴ Sin embargo, con ello solo obtendríamos la verificación de una regularidad empírica.⁸⁷⁵ En oposición a esta manera de proceder, este sector de la filosofía de la acción considera que las acciones humanas se interpretan preferiblemente haciendo referencia a las razones que las mueven, esto es, “apelando a los motivos del agente.”⁸⁷⁶ Estos últimos nos permitirían acceder al comportamiento efectuado por la persona, lo que posibilitaría su comprensión y fiscalización en un proceso de racionalización dirigido a explicar la acción aludiendo a la razón por la cual el agente actuó.⁸⁷⁷ Precisamente por la posibilidad de formular esta cuestión, *A* podría ser contemplado como una persona moral susceptible a la atribución de desaprobaciones en tanto que algo más que la consecuencia de un proceso bioquímico o psíquico-motivacional en los términos antes anunciados.⁸⁷⁸

4. Esta comprensión puede relacionarse, a su vez, con ciertas ideas derivadas de la teoría de la imputación. En esta medida, se suele defender que la libertad propia de las acciones humanas se contrapone a la necesidad característica de las cosas del mundo natural.⁸⁷⁹ Según HRUSCHKA, acudiendo a una tradición filosófica que se remonta a PUFENDORF, esta contraposición no está basada en la aceptación de una determinada ontología del actuar humano, sino en la manera de contemplarlo metodológicamente en tanto que *ens moralia*: “un nuevo comienzo de cadenas causales.”⁸⁸⁰ En contraposición, su observación a modo de *ens physica* nos llevaría a advertir el acontecer analizado como un mero “algo” carente de libertad a la vez que “incrustado en una relación causal.”⁸⁸¹ Por lo tanto, a través de la primera perspectiva epistemológica, el actuar humano no se advierte como un “mero suceso físico, ni una causa intermedia (...) ni un destino invariable”: se trata

⁸⁷⁴ WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón* (tr. Francisco García Guillén), 5ª ed., 2017, p. 127.

⁸⁷⁵ Como indica Díez Ripollés, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, p. 220: “Tampoco cabe entender los motivos desde una perspectiva etiológica: determinar un motivo no supone investigar la causa de una conducta, lo que implicaría que ésta da información sobre una situación psíquica que le ha precedido y causado. *No se trata de identificar una situación psíquica sino de buscar una explicación de las circunstancias que hacen que se hable de esa situación psíquica.* Por ello la búsqueda de un motivo es la búsqueda de una teoría explicativa, la determinación de lo que hace que una conducta sea socialmente comprensible en cuanto se le puede asignar una de las orientaciones socialmente disponibles. Se intenta dar un significado a una acción, no suministrar un informe fáctico sobre una realidad precedente” (sin cursivas en el original).

⁸⁷⁶ ENÇ, en AUDI (ed.), *Diccionario Akal de filosofía* (trads. Huberto Marraud y Enrique Alonso), 2004, p. 343. Son los elementos internos a “la luz de [los] cuales el agente realizó la acción” (DANCY, *Practical Reality*, 2002, p. 1).

⁸⁷⁷ DAVIDSON, «Acciones, razones y causas», en EL MISMO, *Ensayos sobre acciones y sucesos* (trads. Olbert Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés), 1995, pp. 17 ss. Igualmente, MOYA, *Filosofía de la mente*, 2ª ed., 2006, p. 208: “normalmente no queremos saber por qué cierto deseo llevó a alguien a comportarse de cierto modo, sino por qué se comportó así, y citamos un deseo/creencia, en suma, una razón.” Para SCHUELER, *Reasons and Purposes*, 2003, p. 14: la “razón” es causa de la “acción” en tanto que esta última ha ocurrido debido a la primera. Sin embargo, el autor continúa indicando que “el término indica *el hecho de que* existe una historia explicativa que conecta ambos sucesos, pero por sí mismo no nos *dice* nada sobre esta misma historia.”

⁸⁷⁸ Por ello que se afirme que lo esencial de una explicación a través de razones es la “atribución normativa” [*normative claim*] (LENNON, «Reasons and causes», en GUTTENPLAN (ed.), *A companion to the philosophy of mind*, 1995, p. 531).

⁸⁷⁹ Más modernamente, HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, p.

⁸⁸⁰ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, pp. 172 s.

⁸⁸¹ HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Guitérrez), 2005, p. 172.

de una *actio libera*, no de una *actio causata*.⁸⁸² Con esta idea se alcanza la conclusión, expresada por JOERDEN, de que “*libre* (...), en la imputación de un determinado actuar *como acción*, solo es aquella persona que tiene alternativas de comportamiento.”⁸⁸³ La *causa libera*, representada por el actuar del sujeto y alejada del carácter estricto o probabilístico de las leyes causal-naturalísticas, se opondría a la *causa naturalis* en tanto que esta última solo constituiría un mero suceso de la naturaleza que, desde un buen inicio, debería desconsiderarse como el objeto adecuado de un proceso de atribución de responsabilidad (del tipo que sea).⁸⁸⁴

5. A la caracterización de esta *causa* o *actio libera* se accedería, según SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, a través del reconocimiento (imputación) mutuo de una libertad plena a una simple base antropológica caracterizada por la mera elección básica (volición).⁸⁸⁵ Este contenido de mínimos se vería adjetivado por una voluntariedad que permitiría al agente obrar “en sentido pleno según adopte pautas a conciencia de lo que hace” a través de “motivos vinculantes por los que se compromete.”⁸⁸⁶ Por lo tanto, las acciones humanas no estarían *causadas*, sino, en todo caso, *motivadas* en la medida en que constituirían el fruto de un juicio autoconsciente, esto es, un pensamiento práctico.⁸⁸⁷ Como indica KORSGAARD, la conducta “es un objeto esencialmente inteligible que *encarna* una razón, al igual que la pronunciación es un objeto inteligible que encarna un pensamiento.”⁸⁸⁸ Sobre estas premisas, asumiendo las conclusiones a las que arriba RENZIKOWSKI, “un acto entendido a modo de *causa libera* no puede ser provocado por nada más que por sí mismo” de tal manera que “una *causa libera* no puede entenderse como el efecto de un evento previo.”⁸⁸⁹ En resumen, integrando ambas concepciones, cuando alguien motiva a otro a realizar una determinada acción u omisión, no es que *cause* un comportamiento, sino que entrega una *razón* a la luz de la cual su receptor sostendrá, en tanto que agente racional, su ulterior actuar.⁸⁹⁰

⁸⁸² HRUSCHKA, en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre teoría de la imputación* (trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez), 2005, p. 171.

⁸⁸³ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 32 (con cursivas en el original).

⁸⁸⁴ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 31.

⁸⁸⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?» en EL MISMO, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp.

⁸⁸⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, en EL MISMO, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 2014, pp.

⁸⁸⁷ RENZIKOWSKI, *FS-Puppe*, 2011, pp. 213 s.

⁸⁸⁸ KORSGAARD, «Actuar por una razón», *Anuario Filosófico*, (27-3), 2004, p. 676 (con cursivas en el original), indicando también: “(...) un motivo no es simplemente una causa mental (...) [n]i una acción es simplemente un conjunto de movimientos físicos que resultan tener una causa mental, por lo mismo que un enunciado no es tampoco un conjunto de ruidos que resultan tener una causa mental”

⁸⁸⁹ RENZIKOWSKI, *FS-Puppe*, 2011, p. 201.

⁸⁹⁰ RENZIKOWSKI, *FS-Puppe*, 2011, p. 214.

3.2. Las razones para la acción

1. Como acabo de indicar, según algunas corrientes teóricas de la filosofía de la acción, los comportamientos se comprenden preferentemente a través de sus razones y no desde la óptica de la explicación causal. Si esto es cierto, obtenemos entonces un elemento central para con aquella clase de explicación/compreensión: las *razones para la acción*. Al respecto, cabe indicar que esta locución presenta una cierta polisemia en tanto que hay muchos tipos de razones susceptibles de integrarse en un proceso comprensivo del comportamiento humano.⁸⁹¹ En todo caso, se entiende que el constructo sirve para con tres propósitos: explicar, valorar y guiar conductas. Con todo, la filosofía analítica suele coincidir en resaltar dos tipos de razones para la acción: la *normativa* y la *explicativa* y/o *motivadora*.

a. Con la primera se hace referencia a aquello que el sujeto debía haber hecho independientemente de su representación subjetiva.⁸⁹² De esta manera, estas razones constituyen un presupuesto objetivo de lo que debe realizarse dirigido a la generalidad (justifican la acción).⁸⁹³ Esto último, sin perjuicio de la existencia también de aquellas destinadas en exclusiva a un sujeto en concreto [*person-relative*].⁸⁹⁴ Por lo general, este tipo de razones determinan qué clase de acción es más racional emprender. De esta manera, en su virtud, “disponemos de una razón adecuada (normativa)”⁸⁹⁵ que fundamenta nuestro razonamiento práctico en tanto que clase de capacidad racional “en virtud de la cual un agente responde a una razón (normativa) para la acción.”⁸⁹⁶ En definitiva, pueden señalarse como “buenas razones para actuar.”⁸⁹⁷

b. Por otro lado, existe la “*razón explicativa o motivadora*” (también, razón subjetiva), esto es, aquella por la cual el sujeto decidió realizar el comportamiento.⁸⁹⁸ Con ella accedemos a un determinado estado motivacional del agente, los que nos permite la comprensión de su específico actuar. Así pues, a través de esta noción, obtenemos un constructo “relevante exclusivamente para propósitos explicativos y no, de ninguna manera, para propósitos de guiar conductas.”⁸⁹⁹ Por lo tanto, una razón motivadora es la “que el agente considera que cuenta a favor de su acción y a la luz de la cual actúa”, pudiendo “figurar como premisas de un razonamiento práctico que conduce a la acción.”⁹⁰⁰ Al

⁸⁹¹ AUDI, «Reasons, practical reason and practical reasoning», *Ratio*, (17-2), 2004, p. 119.

⁸⁹² RAZ, *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), 1991, p. 21.

⁸⁹³ ENOCH, «Reason-Giving and the Law», *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, (1), 2011, p. 17.

⁸⁹⁴ AUDI, *Ratio*, (17-2), 2004, p. 120.

⁸⁹⁵ AUDI, *Ratio*, (17-2), 2004, p. 121.

⁸⁹⁶ AUDI, *Ratio*, (17-2), 2004, p. 122.

⁸⁹⁷ BEAULIEU, «Can explanatory reasons be good reasons for action?», *Metaphilosophy*, (44-4), 2013, p. 441.

⁸⁹⁸ DANCY, *Practical Reality*, 2002, pp. 1 ss.; BEAULIEU, *Metaphilosophy*, (44-4), 2013, p. 441: son “aquella[s] que explica[n] por qué el agente estaba motivado para actuar como lo hizo” y que nos permiten que “el comportamiento del agente sea inteligible como una acción”.

⁸⁹⁹ RAZ, *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), 1991, p. 21.

⁹⁰⁰ ÁLVAREZ/CABRERA, «Razones para actuar», *Enciclopedia de Filosofía de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2018, (disponible en: <http://www.sefaweb.es/razones-para-actuar/>).

respecto, algunos autores han propuesto diferenciar, en esta dimensión, las razones estrictamente *explicativas* de las *motivadoras*.⁹⁰¹ En este sentido, se indica que, en lo que a las *razones motivadoras* se refiere, al identificarlas “nos interesamos por aquellas razones que el agente tomó para favorecer su propia acción y a la luz de las cuales actuó”.⁹⁰² En cambio, con las *razones explicativas* “nos interesamos por las razones que nos habilitan para entender su acción” por lo que son razones que “hacen inteligible la acción”.⁹⁰³ Las siguientes palabras de ÁLVAREZ puede arrojar mayor luz sobre esta distinción:

“En segundo lugar, aunque la misma razón responda a veces a las dos preguntas sobre la motivación y la explicación, no siempre es así. Aunque una razón que motiva una acción siempre puede explicarla, una razón que puede explicar la acción no siempre es la razón que la motiva. Por ejemplo, que esté celoso es una razón que explica por qué Otelo mata a Desdémona. Pero esa no es la razón que le motiva a matarla. Este ejemplo puede parecer que no va al grano porque una explicación que hace referencia a sus celos no es una racionalización de la acción de Otelo: no explica su acción citando su razón. Eso es correcto y, sin embargo, el ejemplo sigue mostrando que no todas las razones que explican citando factores psicológicos, por ejemplo, los celos, son razones que motivan. Además, saber que Otelo actuó por celos da una indicación de la razón de Otelo (la sospecha de infidelidad de Desdémona) y, sin embargo, la razón de los celos no es la razón motivadora de Otelo. Además, las razones explicativas y motivadoras pueden diferir incluso en los casos en que la razón que explica hace referencia a la razón que motiva.”⁹⁰⁴

En resumen, existirían tres dimensiones de significado adheribles a la idea de razón para la acción: la que *favorece* una acción (*normativa*), la que *motiva* al agente (*motivadora*) y la que *explica* lo que este hizo (*explicativa*).⁹⁰⁵ A este respecto, transcribiendo las palabras de SEARLE, “[l]as razones que justifican mi acción y, de esta manera, explican por qué era la acción correcta a realizar, pueden no ser las mismas que las razones que expliquen por qué, de hecho, la realicé.”⁹⁰⁶

2. De esta manera, en el proceso autoconsciente de decidirse por basar la futura acción en una u otra razón, el agente sopesará las razones a favor y en contra del comportamiento entorno a la pregunta

⁹⁰¹ ÁLVAREZ/CABRERA, *Enciclopedia de Filosofía de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, 2018, (disponible en: <http://www.sefaweb.es/razones-para-actuar/>).

⁹⁰² ALVAREZ, *Synthese*, (195-8), pp. 3297 s. Para IORIO, «Reasons, Reason-Giving and Explanation», en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 62, pese a utilizar el concepto “razón explicativa”, serían las más relacionadas con los estados psicológicos del agente.

⁹⁰³ ALVAREZ, *Synthese*, (195-8), p. 3298.

⁹⁰⁴ ALVAREZ, *Synthese*, (195-8), pp. 3295 s.

⁹⁰⁵ HIERONYMI, «Reasons for Action», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (111), 2011, p. 413. Según IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 64, una razón para una acción en concreto puede presentar, o bien todas las tres características, o bien solo una de ellas.

⁹⁰⁶ SEARLE, *Razones para actuar*, 2000, p. 129 (con cursivas en el original). En el mismo sentido, IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 63.

“¿debería o no debería?”⁹⁰⁷ marcada, en todo caso, por la idea de “elección”.⁹⁰⁸ Esta última se dirigirá siempre hacia la razón más “pesada”, esto es, la que presenta una serie de “aspectos (...) que a la luz de los deseos de un agente se presentan como características positivas o ventajosas.”⁹⁰⁹ En esta línea, tal y como indica DUFF, “[r]esponder adecuadamente a razones no es simplemente una cuestión de actuar, pensar o sentir conforme a ellas” pues implica “reconocer las razones como razones, es decir, como consideraciones por las que mis acciones y pensamientos podrían guiarse; tener cierta comprensión de su relevancia (...) y fuerza; ser capaz, no solo de seguirlas, sino de sopesarlas en la deliberación y en relación con otras razones y, cuando proceda, adoptar un postura autorreflexiva y crítica hacia ellas y preguntarme si debo reconocerlas como razones absolutas; y, por último, ser capaz de actuar o pensar tal y como la deliberación muestra que requieren o permiten”.⁹¹⁰ Por lo tanto, se trata de una “cuestión de racionalidad, tanto práctica como teórica” en tanto que “somos agentes responsables en la medida que somos agentes racionales.”⁹¹¹ En suma, integrando las palabras de BAYÓN MOHINO, una persona actúa *intencionalmente* cuando “valora positivamente cierto estado de cosas, cree que cierta acción producirá o promoverá dicho estado de cosas y por lo tanto actúa.”⁹¹²

3.3. Consecuencias para la denominada “causalidad psíquica”

1. La dogmática jurídico-penal no se ha mostrado ajena a este entendimiento. En la doctrina alemana, ciertos autores han venido desechando el constructo de la “causalidad psíquica” para tomar lo que, en el ámbito de pensamiento alemán, ha sido denominada como “relación motivacional” [*Motivationszusammenhang*]. PUPPE encuentra esta conexión, precisamente, a través de la explicación por medio de razones.⁹¹³ Bajo esta idea, si alguien aporta una razón a un tercero para que realice un determinado comportamiento y, seguidamente, el sujeto receptor lleva a cabo la acción propuesta sobre la base de la razón concedida, es posible afirmar que la previa concesión de dicha razón ha “motivado” la decisión del ejecutor.⁹¹⁴ RENZIKOWSKI, cuyas ideas ya anunciaba en el anterior

⁹⁰⁷ IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 64, utilizando la metáfora por la que se entiende que las razones son entidades que presentan un determinado peso, de tal manera que siempre optaremos por la más “pesada”.

⁹⁰⁸ IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 65.

⁹⁰⁹ IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 69.

⁹¹⁰ DUFF, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, p. 39. Remarca en p. 70 que “[l]a capacidad para actuar de otro, si se trata de fundamentar una responsabilidad, también requiere de capacidades racionales que (...) son necesarias para la atribución de responsabilidad: si no soy capaz de reconocer y responder a razones para la acción, pierdo el control sobre mi conducta (...). Mientras tenga estas capacidades racionales, sin embargo, y tenga y pueda ejercer las capacidades físicas requeridas, el requisito del control para la responsabilidad se satisface.”

⁹¹¹ DUFF, *Answering for Crime*, 2007, p. 39, añadiendo que “la racionalidad, en este contexto, implica algo más que capacidades puramente intelectuales: un agente racional es aquel cuyas emociones y deseos u otras disposiciones volitivas, así como sus creencias, son responsables ante las razones”.

⁹¹² BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, p. 48.

⁹¹³ PUPPE, *La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Caveró), 2003, p. 97.

⁹¹⁴ PUPPE, *La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Caveró), 2003, p. 97; LA MISMA, «vor § 13», *NK-StGB*, nm. 135; LA MISMA, GA, (101), 1984, p. 109.

apartado, también defiende la imposibilidad de hablar sobre una “causalidad psíquica”. Según este autor, “[d]ado que el inductor no causa en modo alguno la resolución delictiva del autor, esta debe explicarse de otro modo”, a saber, “el instigador proporciona al autor la razón para cometer el delito, que dicho sujeto asume en una especie de auto-vinculación con el inductor”; añadiendo que “solo se puede dar una razón para la acción a una persona si esta es capaz de entender el significado del enunciado lingüístico” lo que “no tiene nada que ver con la causalidad” pues “[i]nfluir en otro para que se comporte de una determinada manera también puede ser racionalizado en forma de silogismo práctico, pero esto no conduce a una explicación causal de la acción del otro, sino sólo (...) a una explicación teleológica de la acción.”⁹¹⁵ Al respecto, PUPPE establece que “[p]ara obtener una conexión significativa y en cierta medida verificable entre la decisión de cometer un delito y una influencia psicológica previa (...) no queda más que preguntarse si la persona influenciada ha tomado este incentivo, esta sugerencia o estos motivos (...) como base de su decisión.”⁹¹⁶ En opinión de OTTO, existirá una conexión motivacional allí donde se certifique “que un acontecimiento es suficientemente necesario como motivo para la acción de una persona.”⁹¹⁷ Con base en esta idea, la jurisprudencia alemana ya habría tomado el camino, en el ámbito de la participación psíquica, de desechar la necesidad de probar una relación de causalidad. Así pues, a esta le bastaría con concluir, según OTTO, que “un suceso es suficiente y necesario como motivo de la acción de una persona porque no se pueden encontrar otros motivos”.⁹¹⁸

2. En el ámbito del Derecho penal español, DEL ROSAL BLASCO indica sobre este particular que la “relación que existe entre acción de incitación y resolución de cometer el hecho delictivo, no se puede definir en términos (...) de relación de causalidad (...), sino en términos de *conexión o relación ideal* (como perteneciente al mundo interno de los sujetos) *de motivación-intención*, o, si se prefiere, en términos más sencillos, de *conexión o relación de motivación*.”⁹¹⁹ En el mismo sentido, OLMEDO CARDENETE considera que la “acción instigadora no opera (...) como «causa» de la resolución delictiva, sino que interviene decisivamente en el proceso autónomo de *motivación* del autor a la comisión del delito” de tal manera que “[s]ólo estaremos en condiciones de afirmar que un comportamiento ha sido motivado por una influencia ajena, cuando en esa libre y autónoma

⁹¹⁵ RENZIKOWSKI, *FS-Puppe*, 2011, p. 214; EL MISMO, «vor 13», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 86: “la 'causalidad psíquica' se refiere a la explicación motivacional de las acciones, es decir, a una categoría completamente diferente a la causalidad, a saber, la atribución de razones para la acción o la 'interpretación del significado del comportamiento' [*Sinn-Deutung des Verhaltens*].” En su monografía sobre la participación y la autoría, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 124: el inductor es quien “proporciona al autor el *motivo decisivo* para cometer el delito”. Igualmente, KLESCZEWSKI, *AT*, t. I, 3ª ed., 2008, p. 242: “[q]uien actúa de forma autodeterminada, su razón para la acción está en él mismo, no en otra persona”, por lo que no puede hablarse de “causalidad”.

⁹¹⁶ PUPPE, «§ 26», *NK-StGB*, nm. 11; LA MISMA, *GA*, 1984, pp. 108 ss. De la misma manera, HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 9, indicando que el inducido debe haber actuado con base a la razón entregada por el inductor, aunque sin que ello le lleve a aceptar la teoría del “pacto de injusto”, pues en muchos casos extramuros de esta estructura también puede validarse la idea de entregar una razón para el delito (nm. 11).

⁹¹⁷ OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 111.

⁹¹⁸ OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 111.

⁹¹⁹ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 122.

subordinación de factores a la que se ha hecho referencia venga esencialmente determinada por la intervención del partícipe.”⁹²⁰ Al respecto, indica OLMEDO CARDETE que la “relación de motivación” se dotaría de contenido a través de “la emisión de un *juicio objetivo de probabilidad general* en virtud del cual se estima que los factores anímicos que condujeron al autor a resolverse por el crimen, fueron impulsados fundamentalmente por la conducta instigadora.”⁹²¹ En definitiva, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, “no hay causalidad psíquica sino, en su caso, influencia sobre el proceso de motivación de ciertas decisiones libres.”⁹²²

3. Todas estas opiniones comparten un elemento común: el rechazo al constructo de la “causalidad” en términos estrictos para hablar sobre las “influencias motivacionales” que pudieran darse sobre terceros. En este ámbito no se producirían, en principio, nexos naturalísticos, sino conexiones teleológicas basadas, en principio, en la entrega de razones para la acción y su posterior reconocimiento por parte del receptor. Con ello se pretende superar la objeción indeterminista proyectada sobre el traslado de la idea de “causalidad” al ámbito del comportamiento humano: las acciones no estarían causadas, sino “motivadas” a través de un juicio autoconsciente en el que el sujeto sopesaría racionalmente las razones entregadas a favor o en contra de un determinado curso de acción. Sin embargo, la manera que algunos autores tienen de confirmar esta conexión teleológica es a través de los mismos mecanismos que utilizaría una explicación (pragmática) de corte psicológico: las leyes de la probabilidad (en este caso, extraídas de la simple experiencia cotidiana). En esta línea, CORCOY BIDASOLO relaciona este proceso sustitutivo con un cambio del tipo de *ley* que informa la relación: en lugar de presentar esta una característica determinista, presentaría una de tipo probabilístico.⁹²³ En esta categoría, sí se podría predicar una suerte de “causalidad psíquica” basada, en todo caso, en la aplicación de leyes de la probabilidad que establecieran una conexión “fundamento-consecuencia” entre el motivo y el comportamiento del agente y no, por el contrario, una de “ciega causalidad”.⁹²⁴ Por lo tanto, uno puede tener la sensación de que la doctrina efectúa una simple modificación terminológica para, al final de todo, acabar empleando las mismas herramientas que emplean aquellos que no tienen inconvenientes en hablar de “causalidad” en el ámbito de lo psicológico. En lugar de *causas*, se habla de *razones*; en lugar de *causalidad*, de *motivación*; en lugar de *impactos causales*, de *influencias motivacionales*; en lugar de *explicación causal*, de *explicación o comprensión teleológica*. Aunque esta manera de operar parece soslayar la objeción indeterminista, permitiendo desvincular al ser humano de la gran cadena causal de la naturaleza, en la práctica

⁹²⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 143.

⁹²¹ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 154.

⁹²² SILVA SÁNCHEZ, «Sobre verdades y mentiras (Editorial)», *InDret*, (1), 2014, p. 3.

⁹²³ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2005, p. 396.

⁹²⁴ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, 2005, p. 396. ENGISCH, «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», *FS-Weber*, p

reproduce los mismos esquemas resolutivos que podría aportarnos la defensa de una “causalidad psíquica” en términos clásicos.

4. Repárese en el siguiente caso para ilustrar la idea: *A* le indica a *B* que, si no hace *x*, le dirá a todo el mundo que mantiene una relación extramatrimonial con *C*; *B* hace *x*. Un defensor del constructo de la “causalidad psíquica” indicaría sin problemas que la conducta de *A* ha sido la *causa* del comportamiento de *B*, armando al efecto una “explicación causal” con base en las leyes de la experiencia cotidiana o aquellas aportadas por la psicología (en *y* situación, por lo general, los humanos tienden a reaccionar de *x* manera). En cambio, un defensor de la “relación de motivación” indicaría que la conducta de *A* ha *influido motivacionalmente* en el juicio autoconsciente de toma de posición de *B*, quien ha realizado *x* con base en la *razón* entregada por *A*. A los efectos de dotar de contenido esta afirmación, no habría problemas para que los defensores de esta opción hicieran uso de las mismas leyes de la experiencia o de la experticia que permitieran confirmar este nexo teleológico. Pero, como indica GRECO, “[s]i se habla de razones, entonces se puede dejar el nivel de la psicología y entrar en el nivel de la racionalidad práctica.” Añade que las “razones están (...) directamente relacionadas con la teoría de la racionalidad práctica. Un motivo irracional hace que un comportamiento sea comprensible, pero no proporciona una razón para llevarlo a cabo.”⁹²⁵ La estructura de razones para la acción debería soslayar la necesidad de acudir a las reglas de la psicología (aunque sea indirectamente a través del recurso del a “psicología popular”) y basar la conexión entre *motivos* y *acción* desde una perspectiva teleológico-conceptual. Ya en el ámbito del Derecho penal, el objetivo debe consistir en identificar criterios normativos que nos permitan afirmar que un sujeto se ha visto “motivado” por las razones entregadas por la persona de detrás. En este sentido, no son tan importantes los motivos psicológicos que pudiéramos identificar a través de una introspección en el mundo interno del sujeto, como las razones que normativamente podamos imputarle y permitan nuestra comprensión del hecho y su relación con el agente motivado. Valgan por ahora las anteriores consideraciones, que promulgan la necesidad de cambiar el concepto de *causa* por el de *razón*. Ciertamente, por el momento parece que solo se haya obtenido una satisfacción puramente formal a la hora de modificar la idea de “causalidad psíquica” por la de “explicación o comprensión a través de razones”. Sin embargo, con esta simple alegación, todavía no se da respuesta al fondo del asunto. En efecto, el problema implícito a la “causalidad psíquica” es, principalmente, el “cómo” se pueden extraer conclusiones válidas que permitan confirmar cuándo alguien se ha visto motivado por el comportamiento de un tercero.⁹²⁶ En el capítulo V, detallaré un concepto de motivación afín que permita superar la idea de la “causalidad psíquica” en la línea de lo defendido por algunos autores en los últimos años.

⁹²⁵ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht: Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, 2009, p. 358. Igualmente, MASSANERO MAS, «El problema de la causalidad en la teoría de la atribución», *Taula*, (12), 1989, pp. 129 s.

⁹²⁶ Parecido, ENGISCH, *FS-Weber*, p. 261.

VI. LA CRÍTICA DETERMINISTA: MOTIVACIÓN, RIESGO Y PSICOLOGÍA POPULAR

1. Introducción

El problema determinista está fuertemente relacionado con el problema más importante de la causalidad psíquica: la imposibilidad aparente de establecer leyes concretas que nos permitan confirmar que una conexión entre la conducta motivadora de un sujeto y la ulterior acción u omisión de un tercero. A falta de criterios normativos más estables, considero que la determinación de los márgenes de prohibición de la participación psíquica acaba redundando en la necesidad de constatar una “causalidad prospectiva” de tipo motivacional. Justamente por esta razón, la posible falta de leyes generales para dotar de contenido a este “pronóstico de causalidad” (*crítica determinista*) adquiere un máximo protagonismo en la dimensión *ex ante* del proceso de desaprobación de un comportamiento motivador (desarrollo este punto en el ap. 2). Al respecto, en el anterior apartado he indicado que la psicología está en condiciones de aportar explicaciones causales con base en los patrones y modelos de conducta que siguen los seres humanos. Sin embargo, en la doctrina jurídico-penal, existe una impresión ampliamente generalizada de que, con independencia de este extremo, carecemos en realidad de leyes concretas. Esto repercute, tal y como anunciaba, en que la literatura y la jurisprudencia se contenten con hacer uso de sus “intuiciones” con tal de dotar de contenido al riesgo típico exigido por la inducción y la complicidad psíquica, respectivamente. En otras palabras, a falta de una *experticia* en lo que a las transacciones motivacionales se refiere, la doctrina hace uso de su *experiencia* con el fin de demarcar los espacios de permisividad en los que contextualizar estos comportamientos (ap. 3). Quizás olvida que, en realidad, estas *leyes* —más o menos desarrolladas— sí existen, pues son numerosos los estudios en psicología de la motivación y social que han intentado caracterizar una serie de patrones de conducta con respecto a determinados estímulos externos. No obstante, y con base en las consideraciones vertidas *supra*, ello aboca a otro problema: si estas *explicaciones causales* (que podemos invertir con tal de extraer *riesgos causales prospectivos*) teorizadas en campos ajenos al Derecho penal con base en un *telos* y una metodología distinta, son pertinentes para delimitar el ámbito de lo permitido y de lo prohibido en lo que respecta a los comportamientos motivadores (ap. 4).

2. Riesgo permitido, adecuación social y participación psíquica

1. Desde el advenimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva, los conceptos de riesgo permitido y adecuación social se han convertido en dos pilares de cualquier explicación de la teoría jurídica del delito. Ciertamente, una rápida lectura de la manualística al uso nos arroja una imagen de la importancia nuclear que estos dos institutos tienen en el nivel analítico de la tipicidad objetiva. De esta manera, es común defender la idea por la cual una conducta debe considerarse atípica si el *riesgo*

cuantitativo desarrollado por esta está permitido o se desenvuelve en un espacio de adecuación social.⁹²⁷ Así pues, la previsibilidad meramente naturalística de producción del resultado, a modo de “causalidad potencial o prospectiva”, es objeto de una valoración normativa con la que se alcanza (o se rechaza) la auténtica desaprobación jurídico-penal del riesgo *ex ante* configurado.⁹²⁸ No obstante lo pacífico de esta afirmación, un análisis más detallado de la reflexión dogmática sobre la cuestión permite constatar las confusiones que despierta todo acercamiento teórico a estos dos conceptos. En primer lugar, surge el problema de su ubicación sistemática en el entramado de preposiciones axiológicas de la teoría del delito.⁹²⁹ En segundo lugar, es manifiesto el desconcierto dogmático que provoca la eventualidad de establecer una diferenciación conceptual entre ambas instituciones.

2. Por lo que respecta a la primera cuestión, parto de la idea de que estos dos institutos deben ubicarse en el ámbito sistemático del tipo objetivo.⁹³⁰ Más concretamente, en el contexto de la moderna teoría de la conducta típicamente desaprobada. Esta última puede entenderse como una progresión altamente normativista de los ya tradicionales postulados de la imputación objetiva.⁹³¹ En este sentido, sobre la base de los planteamientos de FRISCH, un sujeto realiza una conducta típica si el riesgo creado con ella, desde una perspectiva *ex ante*, está jurídico-penalmente desaprobado (o penalmente prohibido).⁹³² De esta suerte, se trata de determinar si el comportamiento desplegado por el sujeto es una de la clase de conductas prohibidas por el Derecho penal, independientemente de si el mismo haya causado o no un resultado típico en un plano estrictamente naturalístico. Así las cosas, la configuración jurídico-penal del espacio de libertad en el que el sujeto puede moverse sin afectar con ello a su haz de deberes es una operación previa a la constatación de la imputación objetiva del

⁹²⁷ Con respecto a la adecuación social, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, p. 89, con ulteriores referencias, aunque acaba considerando que la adecuación social sí puede llegar a presentar una cierta relevancia interpretativa autónoma. En un sentido diferente, MIR PUIG, «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *RECPC*, 2003, p. 16, entendiendo que la adecuación social no forma parte de la imputación objetiva al referirse al contexto en el que se produce una lesión penalmente relevante. Crítico con este planteamiento, ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del delito», en FRISCH/ROBLES Planas, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 102 ss., entendiendo que el anterior autor se centra en la relación de riesgo (imputación objetiva en sentido estricto) antes de determinar si la conducta está o no prohibida.

⁹²⁸ Aun siendo válida esta afirmación, lo normal es partir de una relación de causalidad efectivamente constatada *ex post*, siendo objeto de esta misma limitación valorativa. Por todos, ...

⁹²⁹ El introductor del concepto de adecuación social en el Derecho penal, Hans WELZEL, varió durante los años su postura acerca de su ubicación sistemática, unas veces a modo de causa de atipicidad, otras de exclusión de la antijuridicidad. Sobre ello, véase, CANCIO MELLÁ, «La teoría de la adecuación social en Welzel», *ADPCP*, (46-2), 1993, pp. 169 ss.

⁹³⁰ Este es a su vez el entendimiento más compartido por la doctrina dominante. Una recopilación de los distintos postulados al respecto puede encontrarse en RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2002, pp. 232 ss.

⁹³¹ Sobre las diferencias entre la teoría de la relevancia típica y la de la imputación objetiva del resultado, es interesante la discusión suscitada en España entre FEIJOO SÁNCHEZ, «Recensión a Frisch W./Robles Planas R: Desvalorar e imputar», *RDPC*, (17), 2006, pp. 417 ss. y ROBLES PLANAS, «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijoo Sánchez», *InDret*, (3), 2006, pp. 1 ss.

⁹³² FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 47 ss. 51 ss.; ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 86 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (32-2), 1984, pp. 369 s.

resultado en sentido estricto.⁹³³ A su vez, también es analíticamente anterior a la configuración del tipo subjetivo, por lo que común tanto para los delitos imprudentes, como para los dolosos.⁹³⁴ Tanto riesgo permitido como adecuación social pueden señalarse *a priori* como dos criterios en la definición de esta esfera de competencia-libertad.

Una opción para establecer una distinción entre ambos conceptos (riesgo permitido y adecuación social) pasa por centrarse en el carácter *juridificado* del riesgo permitido en contra de la naturaleza *no juridificada* —o no regulada por normas jurídicas— de la adecuación social.⁹³⁵ El término *permitido* adherido a la voz *riesgo* facilita entender esta concepción, por bien que este ámbito de permisión lo estaría *prima facie* en tanto que implícita o expresamente autorizado por sectores del ordenamiento jurídico previos al Derecho penal entendido como *ultima ratio*. De esta manera, se permite una conducta cuantitativamente peligrosa por considerar, entre otras razones de la política legislativa del orden que compete, que su utilidad global supera los perjuicios eventuales que de ella pudieran derivarse.⁹³⁶ En sentido contrario, lo socialmente adecuado debe relacionarse con aquellas esferas de tolerancia, no expresamente reguladas o configuradas por el Derecho positivo, pero sí sustentadas sobre una serie de valoraciones emanadas de la percepción y la reiteración social en el marco de un desarrollo caracterizador por un cierto elemento histórico.⁹³⁷ En otras palabras, el Derecho penal acogería una representación valorativa creada por la sociedad en relación con una determinada clase de peligro, haciéndola suya.⁹³⁸ De esta manera, detrás del riesgo permitido se encuentran *normas jurídicas*, mientras que detrás de la adecuación social solo es posible identificar *normas sociales*.⁹³⁹

3. En el ámbito de las contribuciones no-motivadoras (piénsese en la aportación de consejos técnicos o en cualquier otro acto favorecedor de la ejecución del delito), la identificación de criterios de valoración normativa del riesgo cuantitativo es relativamente sencilla. Por el contrario, en el caso de los aportes motivadores, ello deviene en una operación muy compleja. En efecto, los primeros casos suelen desenvolverse en contextos sociales en los que existe tanto un fuerte conglomerado regulatorio pre-penal capacitado para demarcar (indiciariamente) los ámbitos de permisividad (por ejemplo, en

⁹³³ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, 1995, p. 86; SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, (32-2), 1984, p. 370, indicando que el resultado “no afecta a lo injusto de la conducta. Pero sí a la punibilidad del hecho, de modo que la ausencia de resultado puede determinar una disminución o renuncia a la punibilidad.”

⁹³⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, pp. 47 s.; ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, pp. 83 ss.

⁹³⁵ La reflexión de este *excurso* se debe a una conversación que mantuve con el Prof. SILVA SÁNCHEZ. Él mismo presentó ciertas ideas en un seminario del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. Pueden encontrarse estas ideas en indica SILVA SÁNCHEZ, «Zur Weiterentwicklung Lehre von «erlaubten Risiko»», *GA*, 2021, pp. 298 ss.

⁹³⁶ Como indica SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2021, p. 299: “[u]n riesgo —como probabilidad abstracta de lesión— puede admitirse legalmente mediante dos técnicas. La primera es no someter el riesgo a ninguna regulación específica más allá de lo que se desprende de las normas legales básicas. Así, un acto peligroso que viola el cuidado debido de un buen comerciante o de un administrador fiel, por ejemplo, establece la imprudencia como criterio para atribuir la responsabilidad de un resultado perjudicial. La segunda técnica consiste en la regulación integral de los comportamientos de riesgos permitidos.”

⁹³⁷ SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2021, p. 298.

⁹³⁸ SILVA SÁNCHEZ, *GA*, 2021, p. 298: indicando que “es un reflejo de la apertura del sistema de justicia penal al de las normas sociales que se convierten en jurídicamente vinculantes. En cambio, el ámbito de la libertad penal en el riesgo permitido no resulta de una *opinio iuris* social, sino del Derecho pública o privado formalmente aplicable.”

⁹³⁹ Parecido, KNAUER, «Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?», *ZStW*, (126-4), 2014, p. 859

el ámbito de las actividades reguladas, en las que existe ya un esbozo previo de los deberes de cada uno de los agentes implicados), como valoraciones sociales muy específicas sobre la tolerancia de los peligros desprendidos de determinadas conductas. A falta de estos criterios cualitativos, el propio riesgo cuantitativo exigido por el tipo, en tanto que previsibilidad objetiva de lesión o puesta en peligro del interés jurídico protegido por la norma, también puede extraerse fácilmente tanto de la *experiencia* más profana, como de la *experticia* en aquellos casos más complejos.

4. En cambio, la demarcación de estas esferas de permisividad y prohibición en el marco de los aportes motivadores se desenvuelve en un proceso muchísimo más complejo e inseguro. Dejando de lado alguno tipos de la Parte Especial que positivaban determinadas manifestaciones fenoménicas del “problema de la motivación” —principalmente, cuando el afectado por este es la propia víctima y donde los procesos de normativización han posibilitado estructurar una conducta típica alejada de la necesidad de probar un peligro prospectivo de tipo motivacional—; en el ámbito de la inducción y la complicidad psíquica resulta complicado identificar criterios normativos (riesgo permitido, adecuación social, entre otros) que permitan delimitar las esferas de libertad de los agentes implicados. Ciertamente, allende del paradigmático “caso del sicario”, en estos supuestos no existen ámbitos de permisividad claramente demarcados e identificables desde los que valorar los riesgos cuantitativos de esta clase. Por lo tanto, la finalidad de ponderar los peligros fácticos ínsitos a las conductas motivadoras atendiendo a la finalidad del Derecho penal —objetivo primario de la teoría de la conducta típicamente desaprobada— se desenvuelve en un espacio carente de pautas claras que permitan responder por qué se permite una conducta, a los efectos de la instigación o la complicidad psíquica, en detrimento de otra.

5. Esta situación conduce a la doctrina a tener que desarrollar los márgenes de relevancia penal en los que enmarcar las transacciones motivacionales en atención, exclusivamente, a criterios cuantitativos. En otras palabras, la construcción de la conducta típica de un partícipe psíquico solo puede satisfacerse aludiendo al riesgo potencial que presenta el comportamiento con respecto a la eventual motivación de su receptor a realizar un específico injusto penal. Así pues, en el ámbito de la desaprobación *ex ante* de esta clase de conductas, la operación queda reducida al ámbito del *riesgo cuantitativo*, a saber, la determinación de la previsibilidad fáctico-objetiva desprendida del comportamiento con respecto al futuro surgimiento de un efecto motivacional concreto, sea este la determinación de la resolución delictiva (inducción), sea su refuerzo (apoyo moral). Consiguientemente, el requisito básico de la participación psíquica (recuérdese, comportamiento que conlleva el peligro típico de motivar o sobremotivar a otro a cometer un delito) solo pueden satisfacerse constatando una “causalidad prospectiva” de clase motivacional, esto es, una específica capacidad fáctica para producir un efecto mental.

6. En suma, en uso de la construcción defendida por la doctrina mayoritaria, el proceso de desaprobación de una transacción motivadora se efectúa de la siguiente manera: (i) confirmada la

desaprobación *ex post* con base en la averiguación de una relación de “causalidad psíquica” extraíble de una calculabilidad porcentual profana, (ii) se comprueba si, en términos fáctico-psicológicos, era previsible que la conducta precursora condujera hacia ese concreto estado motivacional de inclinación delictiva. Esta última afirmación se extrae “invirtiendo” los términos de la explicación causal-psicológica que se utilice en el nivel de desaprobación *ex post*: si se ha podido identificar un correlato explicativo-causal entre el comportamiento del partícipe y el estado mental del autor (“causalidad retrospectiva” *ex post facto*), esto querrá decir que existía con anterioridad una “causalidad prospectiva” *ex ante facto* en tanto que previsibilidad objetiva de que, al realizarse la conducta, aumentasen las probabilidades de surgimiento del resultado. La valoración normativa, en todo caso, se limitará a exigir una “alta probabilidad” *ex ante* con tal de justificar tanto la identidad penológica de la inducción con respecto a la autoría, como la necesidad de limitar el castigo a comportamientos “realmente peligrosos” en el supuesto de la complicidad psíquica.

3. La determinación del riesgo motivacional típico (I): *experiencia*

3.1. ¿Existen leyes claras?

1. La anterior estructuración de los límites de tolerancia penal de la participación psíquica, limitada a la identificación de una “causalidad prospectiva”, ata al operador jurídico a la necesidad de desprender, o bien de la *experticia*, o bien de la *experiencia*, un conglomerado de *critérios cuantitativos* que permitan reconocer la “alta probabilidad motivadora” exigida. Con respecto a la *experticia*, el dilema de la doctrina, vinculada a la posibilidad de probar la causalidad psíquica, ha consistido en la identificación de aquellas leyes concretas que pudieran estar capacitadas para arrojar luz a este concepto. Esta operación puede recuperarse en este nivel del análisis. En efecto, aunque la literatura ha planteado el problema referido en el ámbito de la desaprobación *ex post*, este puede vincularse con el estadio de la desaprobación *ex ante*. A fin de cuentas, una “causalidad prospectiva” no es más que el reflejo inverso de una “causalidad retrospectiva”. En esta línea, si lo que se trata es de determinar una capacidad fáctica para desencadenar un comportamiento delictivo, la primera opción pasa por consultar las investigaciones extrajurídicas vertidas al respecto. Solo en caso de que estas últimas pudieran elucidar explicaciones causales de las que se desprendieran pronósticos prospectivos de causalidad, aquellas resultarían (en principio) útiles para demarcar lo prohibido de lo permitido en cuestiones de comportamientos motivadores. Ciertamente, siguiendo a RAGUÉS I VALLÈS, “sería un contrasentido solicitar a un perito que verificase la concurrencia de unos fenómenos psíquicos cuya existencia se tienen por imposible desde la óptica de su disciplina científica.”⁹⁴⁰

⁹⁴⁰ RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, p. 218. De igual manera, OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 178.

2. Al respecto de este punto, he indicado con anterioridad que, en términos abstractos, la psicología está en condiciones de verter al público explicaciones causales en uso del modelo estadístico-inductivo.⁹⁴¹ Pese a esta posibilidad, el sentir mayoritario de la doctrina en lo que a la participación psíquica se refiere ha sido, desde siempre, negar la existencia de “leyes concretas” capacitadas para guiar al operador jurídico. La idea es que, en palabras de STÜBINGER, “[e]n contraste con muchas actividades físicas primarias que comienzan o intervienen de manera efectiva en procesos que pueden ser determinados por una ley natural, los actos comunicativos necesariamente se basan en acciones de mediación (...) que no causan daños por sí mismos (...), sino que simplemente estimulan el comportamiento realmente dañino.”⁹⁴² Esta situación comporta la apreciación generalizada de que no existen leyes relativas a las influencias motivacionales, “dada la complejidad de los procesos mentales” o que, en todo caso, “estas leyes no pueden determinarse.”⁹⁴³ Así pues, en el contexto de las ciencias del espíritu “intervienen las dimensiones específicamente humanas que incluyen la libertad, y por tanto, las leyes que conseguimos en esas ciencias no tienen la fiabilidad propia de la ciencia experimental.”⁹⁴⁴

3. Esta idea ha quedado plenamente asentada en la dogmática jurídico-penal, de tal manera que puede decirse que negar la disponibilidad de estas leyes psíquicas es una afirmación unánimemente compartida.⁹⁴⁵ En resumen, o bien estas leyes no existen, o bien no son conocidas.⁹⁴⁶ Frente a la aparente ausencia de estas últimas, los autores que se han ocupado de delimitar los espacios de relevancia penal de la participación psíquica se contentan con exigir un “juicio general de probabilidad” con base en determinados conocimientos intersubjetivos.⁹⁴⁷ El problema, como señalaré a continuación, es que la valoración de esta peligrosidad se acaba asentando en la *experiencia*

⁹⁴¹ RENZIKOWSKI, «vor 13», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 86.

⁹⁴² STÜBINGER, «Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten. Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eisporthalle Bad Reichenhall», *ZIS*, (7), 2011, p. 608.

⁹⁴³ HENGSTENBERG, *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, 2013, pp. 168 s.

⁹⁴⁴ ARTIGAS, *Filosofía de la ciencia*, 2ª ed., 2009, p. 188, añadiendo: “[c]uando interviene la libertad, no existen reglas fijas y, por tanto, no se pueden realizar experimentos repetibles, no se pueden formular leyes constantes, y tampoco podemos predecir el futuro utilizando leyes fijas que no existen?” (con cursivas en el original).

⁹⁴⁵ PUPPE, *GA*, 1984, p. 110; SCHLACK, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 797, indicando que no es desconocido de qué manera responderá cada persona frente a una misma circunstancia motivacional; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 269 ss., 272; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 150 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 142 ss.; BOSCH, «Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität», *FS-Puppe*, 2011, p. 380: “no hay reglas generales del curso de los procesos mentales”, como mínimo, desde una perspectiva *ex ante* (p. 382); entre otros.

⁹⁴⁶ BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, p. 99; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 111.

⁹⁴⁷ PUPPE, «Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips», *ZStW*, (95-2), 1983, p. 287; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 272; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 152 ss.; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 10103; BAUNACK, *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, 1999, pp. 99 s.; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, pp. 76 ss.

más profana o, en otras palabras, en las apreciaciones intuitivas que la contemplación cotidiana del mundo psíquico-motivacional despierta al operador jurídico.

3.2. La determinación del riesgo motivacional y la psicología popular

1. Como indica de manera muy gráfica KREUZBERG, son muchos los “botones” que alguien puede pulsar para que el destinatario de un acto comunicativo realice con posterioridad un hecho delictivo.⁹⁴⁸ Ciertamente, “suscitar la decisión ajena de cometer un delito —a diferencia de la voluntad de acceder al interés jurídico originario— no tienen una estructura formal que permita objetivarse, es decir, el significado persuasivo de un acto de habla no puede determinarse de forma intersubjetivamente vinculante.”⁹⁴⁹ Es cierto que no puedo compartir plenamente esta idea, pues sí es posible individualizar reglas mínimamente objetivas a través de una generalización del comportamiento humano frente a determinados estímulos. Sin embargo, la afirmación de este autor da cuenta de la indeterminación primaria que existe a la hora de concretar qué comportamientos tienen capacidad para motivar a otros a cometer delitos y cuáles no.⁹⁵⁰ Frente a ello, considero que la doctrina, desechando la posibilidad de acudir a estudios expertos, toma una perspectiva demasiado intuicionista para efectuar esta identificación. En efecto, la configuración del “juicio general de probabilidad” se efectúa con base en las sensaciones de peligrosidad que la visualización de un conglomerado de conductas motivadoras provoca al operador jurídico. Estas últimas se convierten, en todo caso, en supuestos exóticos donde el ordenamiento confía en que la dogmática penal, con sus recursos, pueda solucionarlos a falta de criterios pre-penales o pre-jurídicos más claros para delimitar lo prohibido de lo permitido. El problema es que este sector legal carece de herramientas más precisas que la constante alusión doctrinal y jurisprudencial a que determinados comportamientos motivadores son peligrosos. La concreción de esta máxima requiere de un ejercicio casuístico en el que, caso por caso, el juzgador debe concretar por qué considera que una conducta debe ser incluida en este espacio de peligrosidad motivacional y por qué otra no. De allí que PUPPE indique con claridad que “para desarrollar una específica relación psíquica [es necesario partir de] (...) las experiencias y percepciones inmediatas que intuitivamente tenemos sobre cómo nos influenciamos los unos con los otros.”⁹⁵¹ Igualmente, en palabras de GÓMEZ RIVERO, en estos supuestos de influjos psíquicos, “el grado de certeza del juicio de probabilidad objetiva se debilita hasta convertirse en mera especulación de un comportamiento futuro,” lo que ya bastaría, no

⁹⁴⁸ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsrechtstypen*, 2019, p. 543.

⁹⁴⁹ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsrechtstypen*, 2019, p. 543.

⁹⁵⁰ Igualmente, ROGALL, «Bemerkungen zum Verusch der Beteiligung», *FS-Puppe*, 2011, p. 386, n. 143; KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 197, para quien existe “una división ontológica del mundo”, por un lado, la “naturaleza externa” regida por un orden causal, por el otro, el “mundo interno”, basado en el “principio de espontaneidad”.

⁹⁵¹ PUPPE, *GA*, 1984, p. 108.

obstante, para satisfacer las exigencias de tipicidad.⁹⁵² De nuevo con BALDÓ LAVILLA, parece que la doctrina prefiera esta incertidumbre e inseguridad a no tener absolutamente nada.⁹⁵³

2. Es cierto, no obstante, que algunos autores han intentado aportar algunos criterios. No debe desdeñarse, en ningún caso, la importancia de estos indicadores de peligrosidad.⁹⁵⁴ Sin embargo, a falta, o bien de estudios psicológicos que sostengan estas especulaciones, o bien de un apoyo normativo más preciso que la afirmación de que unos comportamientos son cuantitativamente peligrosos y otros no, estas opiniones destacan por ser la consecuencia de una fuerte utilización de ciertas intuiciones más o menos intersubjetivas. ¿Por qué un amigo o un padre debe abstenerse de emitir palabras sugestivas y un desconocido no? ¿Por qué prometer dinero es más peligroso que limitarse a recomendar la realización de un delito? ¿Qué elemento de riesgo añade exactamente a una propuesta de injusto el hecho de indicar que otras personas han realizado el delito y no les ha pasado nada? ¿Por qué, siguiendo el ejemplo de HERZBERG, un terrorista anarquista no puede inducir a un policía?⁹⁵⁵ ¿De qué modo, a colación de un sugerente caso expuesto recientemente por PUPPE, el conductor de una carrera ilegal refuerza la resolución delictiva de participar en esta actividad peligrosa del otro contrincante?⁹⁵⁶ Habida cuenta de la estructura emocional de determinados individuos, ¿por qué desencadenar una estructura pasional —caso de creación de situaciones estimulantes— es menos peligroso que prometerle dinero a alguien? ¿Cuántas personas aceptarían una proposición económica de estas características frente a las que responderían agresivamente a una comunicación que “despertara” una determinada pasión o emoción oculta? Ciertamente, en ausencia de criterios más precisos de aquellos que se desprenden de la “experiencia casuística”, el operador jurídico es introducido en un campo de decisionismo impreciso que, en mi opinión, repercute negativamente en la seguridad jurídica.

3. Pero, es más, si esta incertidumbre es visible en la inducción, en el ámbito de la complicitad psíquica se exagera. Ciertamente, la posibilidad de dotar de contenido material al verbo “reforzar” se atisba realmente compleja si uno quiere alejarse de los, nuevamente, porosos criterios de concreción utilizados por la doctrina. La identificación, en un comportamiento dado, de un efecto moralmente estabilizador en términos psicológicos o anímicos constituye el ejemplo más paradigmático del uso de intuiciones y valoraciones profanas en el ámbito de la dogmática jurídico-penal. De ello pueden servir como ejemplos las distintas resoluciones de la jurisprudencia alemana

⁹⁵² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 79. Antes, en p. 78: “la determinación de cuándo debe apreciarse esa peligrosidad, así como cuáles sean sus contornos o posibles resultados en que pueda traducirse presenta especial dificultad en la inducción, al tomar por base dicho juicio de peligrosidad algo tan complejo y difícil de mesurar como la capacidad de motivación humano.”

⁹⁵³ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1103.

⁹⁵⁴ Véase, en este mismo capítulo, *supra* ap. IV.3.

⁹⁵⁵ HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, pp. 568 s.

⁹⁵⁶ Así lo resuelve PUPPE, «El caso de las carreras ilegales en Berlín (*Berliner Raser-Fall*). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2021», *InDret*, (2), 2021, p. 402.

sobre el tema (p.ej., persona que sigue manteniendo una relación amorosa con su amante pese a descubrir sus intenciones de matar a su pareja⁹⁵⁷). Mientras que en un nivel intersistemático, la complicidad psíquica opera canalizando hacia un espacio de relevancia típica determinadas contingencias de impunidad derivadas de otros canales de imputación, en un nivel material, permite que todo contacto mínimamente percibido por el ejecutor pueda reconsiderarse como una actividad con implicaciones motivacionalmente reforzadoras. Y, en ambos casos, ello es consecuencia de la amplitud incriminatoria del verbo típico “reforzar” y de su evidente falta de concreción típica. En lo que alcanzo, esta manera general de operar se debe a que en el mundo de lo psicológico parece “más fácil” extraer conclusiones basadas en nuestra experiencia. En efecto, todos podemos “ponernos en el lugar” de un sujeto motivado y percibir si, en su situación, podríamos habernos estimulado o no a la comisión delictiva. De poder afirmarlo, ello nos despierta una sensación de peligrosidad con base en la cual atribuimos la cualidad de riesgo *ex ante* al comportamiento objeto de nuestro análisis. Como indica ENGISCH, “[l]a causalidad psíquica ha sido reconocida repetidamente en la literatura filosófica como una causalidad peculiar (...) en la que la conexión causal nos parece “dada” de forma bastante directa.”⁹⁵⁸ Una “percepción inmediata” del peligro que contrasta con aquellos casos en los que necesariamente se requiere de la actuación de un experto.

4. Esta última afirmación puede vincularse con la denominada *psicología popular*. Esta última ha sido definida como aquella “red putativa de principios constitutivos de una teoría del sentido común que subyace a (...) [las] explicaciones más habituales de la conducta humana.”⁹⁵⁹ De esta manera, algunos usos sociales permiten un proceso de atribución de determinados estados mentales a partir de los cuales es posible explicar manifestaciones específicas del comportamiento.⁹⁶⁰ Así pues, la psicología popular constituye un “conocimiento no introspectivo de estados mentales” cuyo fundamento debe identificarse “en una serie de principios y generalizaciones que vinculan los estados mentales de un agente con su conducta, principios que aprendemos en los primeros años de vida y algunos de los cuales pueden tener una base biológica innata. Se trata de generalizaciones del tipo: «si un agente A desea obtener B y cree que haciendo C obtendrá B entonces, en condiciones normales, hará C».”⁹⁶¹ En suma, en ausencia de conocimientos expertos, nos podemos convertir en una especie de psicólogos intuitivos a través del “sentido común”.

5. Nuestra disciplina no ha sido ajena a la psicología popular, principalmente, a la hora de constatar hechos psíquicos como el dolo. Como indica ALONSO GALLO, normalmente, el Derecho penal “parte de concepciones psicológicas meramente intuitivas no contrastadas con los resultados de las

⁹⁵⁷ ROXIN, PG (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 282, mostrándose a favor de la solución que dio a este caso la RGSt 73, 52.

⁹⁵⁸ ENGISCH, *FS-Weber*, p. 269, añadiendo que puede ser objeto de nuestra experiencia.

⁹⁵⁹ ENC, ¿Qué voz? en AUDI (ed.), *Diccionario Akal de filosofía* (trs. Huberto Marraud y Enrique Alonso), 2004, p. 343.

⁹⁶⁰ ENC, en AUDI (ed.), *Diccionario Akal de filosofía* (trs. Huberto Marraud y Enrique Alonso), 2004, p. 343. ÍDEM SUPRA

⁹⁶¹ PINEDA, *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, 2012, p. 22.

disciplinas especializadas.” Estas apreciaciones e interpretaciones del comportamiento humano se presentan a modo de “máximas de experiencia”, que, muchas veces, “no se apoyan en ninguna constatación empírica.”⁹⁶² Según PAREDES CASTAÑÓN, también en relación al dolo, se trata de “una derivación en el plano probatorio del modelo psicologista vulgar, de acuerdo con el cual el juez de los hechos debería razones la presencia en el sujeto de determinados elementos subjetivos (...) a partir de “indicios” proporcionados por la conducta perceptible (...) conforme a argumentos de “sentido común”.⁹⁶³ Para muchos autores, esta no sería si no la única manera de percibir determinados fenómenos dadas sus características. En el ámbito de los elementos subjetivos del delito, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS indica que “las reglas comunes de experiencia no sustituyen análisis empíricos por imputaciones valorativas, sino que pretenden descubrir la realidad psíquica a través de un procedimiento experimental menos fiable que el científico, a cuya zaga va. En contrapartida posee una mayor flexibilidad y versatilidad que le permite ampliar el número de fenómenos de análisis.”⁹⁶⁴ El problema es que, en el campo de la participación psíquica, la constatación de esta “peligrosidad motivacional” con base en las apreciaciones intersubjetivas de tipo profano sí tiene una fuerte carga valorativa. Al fin y al cabo, como he ido indicando a lo largo de estas últimas páginas, esta verificación aparentemente empírica es el único mecanismo del que dispone la doctrina mayoritaria para delimitar los espacios de permisión y prohibición en el mundo de las influencias y estímulos delictivos. Al final, según PUPPE, “para desarrollar una relación psíquica específica [es necesario partir de] (...) las experiencias y percepciones inmediatas que intuitivamente tenemos sobre cómo nos influenciamos los unos con los otros.”⁹⁶⁵

6. Ciertamente, no niego el hecho de que el operador jurídico, muchas veces, no le queda otra opción que hacer uso de esta experiencia profana. Sin embargo, en el ámbito que nos ocupa, su utilización trae como consecuencia que la concreción de los espacios de libertad quede a expensas de la solución del caso concreto. Con ello se impide el establecimiento de baremos objetivos con vocación universal que permitan especificar el mensaje de la norma de conducta a los ciudadanos (sea cual sea esta, por ahora, en el campo de la participación psíquica).⁹⁶⁶ Los criterios con los que algunos autores operan, aunque cumplen con su cometido (limitar el campo de comportamientos motivadores típicamente relevantes), lo hacen a expensas de una utilización despreocupada de esta experiencia profana. Y lo mismo puede decirse de la asidua remisión a las “formas de inducir” desprendidas del antiguo § 48

⁹⁶² ALONSO GALLO, «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret*, (4), 2011, p. 10.

⁹⁶³ PAREDES CASTAÑÓN, «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *NFP*, (66), 2003, p. 98.

⁹⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, 1990, p. 285.

⁹⁶⁵ PUPPE, *GA*, 1984, p. 108.

⁹⁶⁶ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 121 s.: “la pertenencia de la relación de conexión entre motivación e intención al mundo de las ideas, de las deliberaciones o de los deseos, esto es, su pertenencia a lo *ideal* (en el sentido de contrario a *real*; es decir, como perteneciente al mundo interno), haría vano o imposible cualquier intento de establecer un repertorio de teorías que, como las teorías que tratan de resolver los problemas de educación a tipo, dieran criterios orientadores para resolver la existencia o inexistencia de la relación de conexión entre motivación (acción del incitador) e intención (resolución criminal del incitado).”

RStGB. Al final, que el “abuso de autoridad o poder” o un “regalo” (medios instados por dicho precepto), o un “consejo” o una “sugerencia” (medios incluidos en la discusión a través de la cláusula de cierre “o por otros medios”) constituyan o no formas típicas de motivar depende de una concreción casuística difícilmente generalizable. Este margen a la decisión del caso concreto trae como consecuencia un campo de relevancia penal muy amplio en el que caben una multitud de formas de motivación. En consecuencia, la aparente visión restrictiva de la doctrina mayoritaria se acaba difuminando en un compendio de hitos argumentales a través de los cuales puede llegar a ser bastante fácil atribuir una desaprobación por considerar que la motivación se presentaba *ex ante* peligrosa. Ello empuja inconscientemente a la doctrina a encontrar elementos limitadores, o bien en la idea de que solo es factible inducir o reforzar una resolución cuando hay un contacto directo entre comunicador y receptor (lo que permite aligerar la carga incriminatoria de la participación psíquica al excluir los casos de creación de situaciones estimulantes), o bien extramuros de los marcos de tipicidad objetiva. Paradigma de esta última opción es lo poco que la literatura se ha ocupado de estos aspectos de relevancia penal *ex ante* en contraste con otros como los de tipicidad subjetiva (principalmente, vinculados a la concreción del hecho objeto del influjo psíquico y la coincidencia entre este y el comportamiento del inducido) o de desaprobación *ex post* (básicamente, la, por otro lado, igual de imprecisa en su constatación práctica, figura del *omnimodo facturatus*).

7. Sin embargo, el abordaje jurídico-penal de la motivación delictiva, antes de arrojar luz sobre estos aspectos (limitadores, sí, pero de manera contingente), debe precisar los espacios de libertad (principalmente, en lo que nos ocupa, comunicativa) con base en el desarrollo de la teoría de la conducta típicamente desaprobada. Así pues, la dimensión eminentemente práctica de la dogmática penal, cuyo principal destinatario es la autoridad judicial, obliga a precisar mejor estos límites con tal de identificar una “provocación típicamente relevante” con la suficiente carga probatoria. De nada sirve plantearse todos los problemas dogmáticos al uso de la inducción (p.ej., la congruencia entre dolo del inductor y el hecho realizado) si antes no se ha perfilado con concreción qué significa motivar y con qué criterios específicos puede efectuarse la relevancia típica de este fenómeno. En mi opinión, el mundo de “lo psíquico” erosiona las esferas de libertad de los distintos individuos que se interrelacionan en el campo social, al ampliar su competencia por el conflicto penal por el simple hecho de repercutir en el fuero interno de su ejecutor a través de una peligrosidad motivacional cuya identificación se aborda con criterios poco claros. No obvio, en todo caso, la importancia de que existan espacios o “márgenes de maniobra” para concretar los baremos objetivos de tipicidad en un caso concreto. Y ello, principalmente, porque cualquier resolución requiere de la suficiente equidad, principio básico del Derecho que no puede realizarse sin que estos criterios universales se contrasten con la historia singular que presenta el supuesto de hecho. El problema es que estos baremos, o bien se extraen de un conglomerado de intuiciones poco claro, o bien, directamente, no existen. Mientras que, en otros ámbitos (básicamente, en lo que concierne a la “participación física”), el haz de deberes de los ciudadanos se presenta mucho más delimitado y preciso, en el terreno de la motivación,

cualquier receptor del mensaje de la norma puede tener serias dificultades a la hora de identificar qué es “lo que puede decir o no” a riesgo de extralimitarse en la gestión de su esfera de organización. El acto cotidiano de “medir las palabras” resulta, en consecuencia, en una tarea con límites poco claros y sujeta a ulteriores valoraciones que, en su esencia, pueden verse viciadas por el sesgo retrospectivo que presenta un análisis de relevancia jurídico-penal precisado todavía de baremos objetivos de actuación *ex ante* más delimitados.

4. La determinación del riesgo motivacional típico (II): *experticia*

4.1. Influencias motivacionales y respuestas estereotipadas

1. Como he ido anunciando a lo largo del texto, la psicología no desconoce de la existencia de determinadas reglas o patrones que describen cómo reaccionan los seres humanos al conglomerado de estímulos e influencias desprendidos del comportamiento de otros sujetos. Esta disciplina puede enunciar explicaciones que bien podrían satisfacer las necesidades jurídico-penales emanadas del constructo de la “causalidad (prospectiva) psíquica”. En todo caso, dichas explicaciones presentan ciertas particularidades. Así pues, resulta difícil para una ciencia que tiene por objeto de estudio algo tan variable como el comportamiento humano pueda emitir leyes de tipo determinista. Esto trae como consecuencia la imposibilidad de teorizar reglas que presenten el “mismo rendimiento explicativo y predictivo que las leyes universales naturales”.⁹⁶⁷ La psicología, como disciplina social, utiliza cláusulas *ceteris paribus*, aquellas “a través de las que se reconoce que existen circunstancias bajo las cuales no rige la ley o, en otros términos, que existen causas perturbadoras”, de tal manera que no puede concluirse que tal ley presente un carácter universal.⁹⁶⁸ A resultas de ello, la psicología no puede sino conformarse con explicaciones de tipo *estadístico-inductivo*, vinculadas con los patrones de conducta que, de manera común, pero no necesariamente universal, siguen los agentes de una comunidad humana.⁹⁶⁹ Pero esta “dificultad” metodológica ínsita a la psicología como disciplina social no significa que el tipo de explicación que emita sea menos “causal” que una suscitada en el ámbito de una ciencia de la naturaleza como la física.

2. Tomando el caso de las transacciones motivacionales, el suceso en el que *A* promete una remuneración económica a *B* en caso de matar a *C* es susceptible de explicarse en términos causales por parte de la psicología: *B* ha actuado en el caso concreto como respuesta a un determinado patrón de conducta ínsito a los seres humanos dados ciertos estímulos,⁹⁷⁰ lo que supone una explicación

⁹⁶⁷ GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, p. 132.

⁹⁶⁸ GÓMEZ RODRÍGUEZ, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, p. 126. Desde la óptica del Derecho penal al hilo de la prueba del dolo, véase PAREDES CASTAÑÓN, *NFP*, (66), 2003, p. 86.

⁹⁶⁹ Parecido, RENZIKOWSKI, «Akteurskausalität – Abschied von der Conditio-Formel», *FS-Kindhäuser*, 2019, pp. 383 s.

⁹⁷⁰ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, p. 296.

estadístico-inductiva de dicho acontecimiento que, teniendo en cuenta el *telos* de la psicología, puede denominarse causal. En este sentido, la psicología de la motivación nos explica que esta está sujeta, a modo de elemento que controla el comportamiento, “tanto a variables referidas al estado interno como a otros que tienen que ver con los efectos de la estimulación externa”.⁹⁷¹ Entre estos últimos factores (los externos) se incluyen, precisamente, los “incentivos”,⁹⁷² a saber, aquellos elementos ajenos al estado interno del sujeto, principalmente ambientales, que activan “desde fuera” el “estado motivacional central (EMC)”.⁹⁷³ Este último acciona la denominada “conducta apetitiva”, esto es, las “acciones instrumentales de aproximación o búsqueda del reforzador”, entendido como el elemento que mantiene estable el EMC⁹⁷⁴ y que permite la realización de la “conducta consumatoria”, con la que se satisface el objetivo o propósito.⁹⁷⁵ En este caso, la promesa económica puede identificarse, en términos motivacionales, como un “refuerzo” de tipo apetitivo.⁹⁷⁶ La conducta consecuencia de dicho acto compromisorio es, a su vez, la respuesta a un patrón de conducta generalizado, en tanto que reacción a la activación motivacional perpetrada por la tercera persona.

3. En el ámbito de la psicología social, esta cuestión es concretada bajo el *topos* de la *influencia social*, a saber, “la transformación que sufren los mecanismos generales del juicio, de la percepción y de la memoria, cuando aparecen como los resultados de las interacciones de dos sujetos, dos grupos, etc., respecto un objeto o un estímulo común.”⁹⁷⁷ Un elemento, este último, central en una rama de la psicología cuyo principal cometido ha consistido siempre en “entender y explicar cómo el pensamiento, el sentimiento y la conducta de los individuos son influidos por la presencia, real, imaginada o implícita de otras.” De este modo, la influencia social centraría los procesos de transformación de opiniones, actitudes y comportamientos vinculados a la interrelación entre una *fuerza de influencia* (emisor del mensaje) y un *objeto de influencia* (receptor del mensaje).⁹⁷⁸ A este respecto, OVEJERO BERNAL ilustra las tres modalidades de la influencia social que han centrado los esfuerzos de esta disciplina: (i) la *influencia interpersonal*, ceñida a supuestos en los que “el número de personas implicadas es pequeño y hay una comunicación cara a cara”;⁹⁷⁹ (ii) la *persuasión*, vinculada a la

⁹⁷¹ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, p. 297.

⁹⁷² AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, p. 297.

⁹⁷³ Que resulta de “la influencia del estado interno (...) y de la valoración hedónica del sistema de incentivo (AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación. Un enfoque de procesos*, 2005, p. 305. Está formado por la “experiencia subjetiva” (deseos, apetitos, miedos...) y la “activación del conocimiento previo” (p.ej., ante el incentivo “olor a comida” y el estado subjetivo “hambre”, se activa el EMC, formado por el “deseo de comer” y la experiencia previa relativa a que si se ingiere alimentos se satisfacer dicho deseo).

⁹⁷⁴ Por poner un ejemplo, “[e]l hambre o la privación sexual (...) aumentan el valor atractivo de la comida o de los estímulos relacionados con el sexo, mientras que la saciedad o la satisfacción del deseo sexual los reducen.”

⁹⁷⁵ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, p. 306.

⁹⁷⁶ AGUADO AGUILAR, *Emoción, efecto y motivación*, 2005, p. 307.

⁹⁷⁷ RIBA/MUGNY, «Consistencia y rigidez de las minorías: reinterpretación», *Cuadernos de Psicología*, 1981, (2), p. 37.

⁹⁷⁸ OVEJERO BERNAL, *Las relaciones humanas. Psicología social teórica y aplicada*, 2007, p. 150 ss.

⁹⁷⁹ OVEJERO BERNAL, *Las relaciones humanas. Psicología social teórica y aplicada*, 2007, p. 155. También, PERLOFF, *Persuasion. Communication and Attitudes in the 21st Century*, 6^a ed., 2017, pp. 451 ss.

elaboración de discursos ante una audiencia; y (iii) la *influencia a través de medios de comunicación de masas*, caracterizada por la falta de contacto entre fuente y objeto de influencia.⁹⁸⁰ Entre estos parámetros, existen múltiples estudios que han intentado identificar determinados patrones de conducta a estas influencias.⁹⁸¹ Por ejemplo, CIALDINI confirma la existencia de respuestas estereotipadas a determinados estímulos que serían susceptibles de ser definidos como patrones de conducta.⁹⁸² La existencia de estos últimos nos hace vulnerables frente a aquellos que pudieran llegar a conocerlos.⁹⁸³ Las estructuras propuestas, tanto por la psicología social como por la psicología del comportamiento, se proyectan sobre numerosísimos supuestos. Al respecto, se tratan los casos de “castigo y recompensa”,⁹⁸⁴ aquellos en los que tiene especial protagonismo la idea de “reciprocidad”,⁹⁸⁵ la relevancia de los factores personales del comunicador⁹⁸⁶ o el rol de las emociones en estos procesos de influencia.⁹⁸⁷

4.2. Psicología y Derecho penal. Compatibilidades

1. El apartado anterior constituye una breve referencia sobre la capacidad que tiene la psicología social de entregar herramientas al operador jurídico para captar indicios de peligrosidad motivacional. Aunque, dadas sus propiedades, no consista este en un instrumento de alta seguridad como el que pudiera aportarnos la aplicación de una ley determinista al caso, como mínimo, se presenta más estable que el uso intuicionista de percepciones sobre el mundo psicológico. En lo que respecta a este último punto, no cabe perder de vista que toda explicación causal que pueda apartarnos la psicología se singulariza por las particularidades del modelo estadístico-inductivo. La principal característica de este último, como decía más arriba, es que utiliza leyes probabilísticas y no deterministas. Y la propiedad básica de estas leyes es que, pese a poder efectuar pronósticos porcentuales, estos carecen de capacidad para explicar si el supuesto concreto objeto de investigación constituye realmente un elemento cubierto por dicha ley. Esta última idea está directamente relacionada con la clásica contraposición entre *causalidad general* y *causalidad especial* que he mencionado páginas atrás. Ciertamente, en muchas ocasiones, las explicaciones empíricas pueden regirse por leyes generales conocidas que, esto no obstante, no permitan constatar con exactitud su incidencia en el caso singular.⁹⁸⁸ Esta particularidad toma especial protagonismo en el ámbito de las explicaciones

⁹⁸⁰ OVEJERO BERNAL, *Las relaciones humanas. Psicología social teórica y aplicada*, 2007, p. 155.

⁹⁸¹ CIALDINI, *Influence. The Psychology of Persuasion*, 2007, pp. 1 ss.

⁹⁸² CIALDINI, *Influence. The Psychology of Persuasion*, 2007, pp. 1 ss.

⁹⁸³ CIALDINI, *Influence*, 2007, pp. xii s.

⁹⁸⁴ VAN DER PFLIGT/VLIEK, *The psychology of influence. Theory, research and practice*, 2017, pp. 128 ss.

⁹⁸⁵ CIALDINI, *Influence. The Psychology of Persuasion*, 2007, pp. 17 ss.

⁹⁸⁶ PERLOFF, *Persuasion. Communication and Attitudes in the 21st Century*, 6^a ed., 2017, pp. 277 ss.

⁹⁸⁷ PERLOFF, *Persuasion. Communication and Attitudes in the 21st Century*, 6^a ed., 2017, pp. 385 ss; VAN DER PFLIGT/VLIEK, *The psychology of influence. Theory, research and practice*, 2017, pp. 103 ss.

⁹⁸⁸ OTTO, PG (tr. de José R. Beguelín), 7^a ed., 2017, p. 109: “no se conoce la relación de incidencia en particular, de manera que, si bien la relación causal puede afirmarse según el conocimiento empírico aceptado, no puede explicarse su forma de incidir”

estadístico-inductivas, como las psicológicas, en las que es posible teorizar reglas de aplicación general (*frente al estímulo X, un sujeto cualquiera suele actuar de la manera A*) que nada nos dicen sobre su susceptibilidad de confirmación en el supuesto de hecho conflictivo. Así pues, el denominado *principio de reciprocidad* teorizado por CIALDINI puede afirmar en un plano general una tendencia en los seres humanos hacia la asunción de obligaciones y compromisos frente a aquellas personas que les han favorecido de manera previa;⁹⁸⁹ pero nada nos dice si, en el caso en concreto, el sujeto que ha realizado la petición propuesta por un tercero a quien le debía un favor ha actuado impulsado por este mismo mecanismo psicológico. Esta característica, sin embargo, no invalida en absoluto la viabilidad de la explicación estadístico-inductiva ni su capacidad para dar cuenta de fenómenos psicológicos: la existencia de una ley estadística que indica que una conducta de clase *X* *suele*, en un determinado grado porcentual, provocar una respuesta de tipo *Y* constituye un buen argumento para apoyar que de la conducta de clase *X* realizada por el sujeto *A* era esperable, justamente, una reacción de tipo *Y* (la estimulación delictiva). Con ello se dispone ya de una base útil para concluir que dicho comportamiento era *ex ante* cuantitativamente peligroso y, con base en la opinión mayoritaria, prohibido.

2. Llegados a este punto, no debe olvidarse que la psicología produce su aparato explicativo con base en un *telos* y un armazón metodológico distinto al de nuestra disciplina. Así, el principal objetivo de la psicología es el de explicar, comprender, predecir e, incluso, modificar los estados mentales y comportamientos de los sujetos en atención a su mundo interno y su contexto. El del Derecho penal, por el contrario, es el de esclarecer el haz de derechos y deberes de sujetos social y jurídicamente contruidos, los ciudadanos, en atención a unas pautas de organización política con tal de canalizar un conflicto hacia la esfera de organización de un determinado agente, quien es considerado responsable de aquel. Con esta separación conceptual no pretendo alegar a favor de una autonomía absoluta del Derecho penal con respecto al sistema científico. Una accesoriadad (limitada) es necesaria si no se quiere acabar extrayendo afirmaciones totalmente falsas o desasociar el sistema normativo de una mínima base empírica. Sin embargo, las conclusiones extraíbles de estas disciplinas científicas no tienen por qué condicionar hasta el más mínimo detalle la configuración de las estructuras de desaprobación jurídico-penal. De lo contrario, se corre el riesgo de convertirlas en meras proyecciones de una realidad fáctica de cuya constatación se extrae automáticamente una conclusión con repercusiones normativas.

3. Un ejemplo: a través del llamado “efecto de *facilitación-social*”, se suele llegar a la conclusión de que, aunque no siempre, pero muchas veces, las personas (y los demás animales) se ven influenciadas positivamente cuando están rodeadas de otras, lo que facilita la ejecución de la actividad a realizar

añadiendo, para el caso de la causalidad psíquica que “los vínculos ajustados a una ley no han sido demostrados con validez general en las relaciones psíquicas” (con cursivas en el original)

⁹⁸⁹ CIALDINI, *Influence. The Psychology of Persuasion*, 2007, pp. 17 ss.

(desde el ciclista que bate su marca más fácilmente cuando va en pelotón, hasta las hormigas que escarban más rápido el hormiguero).⁹⁹⁰ Repárese como la intuición que lleva permitiendo a la jurisprudencia alemana y a parte de la doctrina castigar la “mera presencia en lugar de los hechos” como un caso paradigmático de complicidad psíquica, al considerar que así se refuerza la resolución al hecho delictivo, y que tan criticada ha sido por una parte importante de la doctrina, parece confirmarse en un nivel psicológico-explicativo. Pero, ¿ello debe conducir a afirmar que quien acompaña a alguien al lugar de los hechos debe responder como cómplice por apoyo moral en el delito ejecutado por aquel tercero? En mi opinión, no, pues esta explicación psicológica (como cualquiera) elude un aspecto fundamental en el ámbito del Derecho penal: la prefijación de las esferas de libertad de actuación dentro de las que pueden moverse los ciudadanos, esto es, los límites a la libre gestión de sus respectivos ámbitos de organización personal.

4. En el ámbito que nos ocupa, la constatación psicológica que pudiera otorgarnos la *experticia* compone un espacio de prohibición penal muy amplio. Su necesaria restricción se produce, irremediamente, a través de los mismos criterios intuicionistas con los que la doctrina opera en el nivel de la *experiencia*. Es decir, la *experticia*, vista su tendencia a la amplitud debido a que tiene unos objetivos distintos al Derecho penal (para la psicología social, el establecimiento de fronteras éticas a la persuasión no constituye una preocupación primaria), nos devuelve a la *experiencia*. Desde esta última, el operador jurídico debe procurar restringir el “campo de juego psicológico” dibujado por aquella con base en el *telos* específico del sistema normativo penal. Y como el único criterio “normativo” con el que parece contar es que hay determinados comportamientos motivadores que deberían prohibirse dada su peligrosidad cuantitativa y que unos son más peligrosos que otros, una vez más, debe hacer uso de las mismas intuiciones criticadas en el anterior apartado para efectuar una ponderación e identificar, de entre las conductas prefijadas por la psicología, aquellas que conllevan más riesgo. Por lo tanto, el uso de conocimientos expertos acaba retornando al mismo punto de partida y, con ello, presenta las mismas inseguridades que la opción de descartarlo y tomar como referencia únicamente la experiencia profana.

VII. CONCLUSIONES

1. La configuración mayoritaria de la participación psíquica convierte su base de desaprobación en un *hecho mental* espacio-temporalmente ubicable. A través de ello, el juicio de desaprobación se acaba convirtiendo en la búsqueda de este “estado de cosas” psicológico, pues su identificación es lo que permite afirmar la inclusión o no del comportamiento en el espacio de desaprobación suscitado por

⁹⁹⁰ MYERS, *Exploraciones de la psicología social*, 3ª ed., p. 165, con referencias a estudios sobre el tema.

esa forma de intervención.⁹⁹¹ En otras palabras, lo que determinar si una conducta está prohibida o permitida es la verificación de un evento desde una perspectiva psicológica. Con ello, la doctrina supedita el Derecho penal a la necesidad de probar un acontecimiento psíquico para cuyo cometido requiere necesariamente de la *experiencia* o de la *experticia*. Si la primera introduce conocimientos profanos poco estables al proceso de valoración, la segunda ancla a este último en una tendencia ampliatoria de los espacios de prohibición habida cuenta de los estudios expertos existentes sobre la materia. Las necesarias restricciones normativas a estos márgenes de desaprobación se acaban sustentando, otra vez, en meras intuiciones acerca de la mayor o menor peligrosidad cuantitativa de dichos comportamientos. Estas intuiciones, si no entran en contradicción con aquellos mismos estudios, se acaban convirtiendo en cláusulas de estilo que aparentan auxiliar a un operador jurídico que, en la práctica, debe “vérselas a solas” con el caso en concreto para extraer de su reinterpretación aquellos elementos que le ayuden a argumentar a favor o en contra de la existencia de una mayor o menor peligrosidad motivacional.

2. En suma, de nada nos sirve delimitar con precisión los espacios de tolerancia penal en el ámbito de los “comportamientos físicos” o favorecedores con base en ámbitos de competencia y deberes preconstituidos, si lo psicológico acaba desestructurando los esquemas, convirtiendo las esferas de libertad de los ciudadanos en espacios altamente solubles. Dicho de otra forma, los enunciados deónticos vinculados a la participación psíquica (no induzcas, no determines, no refuerces, no estabilices moralmente, etc.), dada su baja precisión, resquebrajan los sólidos espacios de libre actuación creados a cuenta de las conductas ejecutivas y favorecedoras. Con ello, para el caso de la participación psíquica, la operatividad *ex ante* de la norma de conducta se debilita en beneficio de una constatación *ex post facto* de hechos y acontecimientos psíquicos que sirve por sí sola para desaprobado la conducta. Consiguientemente, se erosiona la posibilidad de configurar un mensaje imperativo y nítido que el ciudadano pueda incorporar en su toma de decisión sobre uno u otro curso de acción. En definitiva, la doctrina no ha construido un esquema lo suficientemente seguro y con la necesaria capacidad de rendimiento para desaprobado esta clase de conductas. Por lo tanto, es necesario desvincular (aunque sea de manera relativa) la desaprobación de los comportamientos motivadores de aspectos psicológicos que, o bien se presentan como elementos de difícil verificación, o bien expanden excesivamente los marcos de punibilidad. Por el contrario, es necesario conectar una hipotética intervención motivacional con *criterios objetivos* de peligrosidad más estables y capaces de estructurar esferas de actuación delimitadas. La superación de esta situación requiere de la búsqueda de un fundamento de desaprobación para la participación que, a su vez, permita reconstruir unos márgenes de tipicidad más concretos en el ámbito de lo motivacional. Con todo, se requiere que el operador jurídico, cuando se sumerja a la realidad práctica, lo haga con unas herramientas más

⁹⁹¹ Lo que implica que “la existencia o no de un riesgo desaprobado desde el punto de vista de la extensión y los límites de la libertad de actuación jurídicamente reconocidos” (ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 98), pilar fundamental de la conducta típicamente desaprobada, se sustente en la simple comprobación de un extremo fáctico.

precisas y estables que le permitan discernir con claridad cuándo un supuesto de hecho debe caer del lado de la desaprobación y cuándo no.

3. Este proceso pasa, en primer lugar, por partir de una base de desaprobación de la intervención en términos generales. Desde esta premisa, se estará en condiciones de establecer, en concreto, unos umbrales de permisividad y prohibición para el caso de la motivación delictiva. Estos no deberán basarse en la manida idea de que hay conductas motivadoras fácticamente peligrosas. En efecto, esta idea no permite entender porque la persona de detrás (dadora de las razones y motivos para el injusto) debe ser castigada por la finalización de un proceso de “digestión motivacional” que, en primer lugar, compete a la persona de delante. De lo contrario, se requiere de un criterio normativo que, sobre la base de una determinada preconcepción funcional de la motivación (no necesariamente psicológica), permita responder en qué medida la prohibición de una determinada forma de motivar se conecta con la razón por la que debe desaprobarse cualquier partícipe en un delito. En este sentido, si un hecho antijurídico se interpreta como un *conflicto*, una teoría de la intervención debe establecer las razones que justifican que unos sujetos deban ser incluidos en aquel en detrimento de otros, que son excluidos. Sobre ello, deberá responderse (1) si los comportamientos motivadores son parte integral del conflicto, (2) por qué y (3) hasta qué grado de implicación, lo que permitirá discernir con mayor claridad qué motivaciones son penalmente relevantes y cuáles no.

SEGUNDA PARTE
DE LA PARTICIPACIÓN PSÍQUICA A LA INTERVENCIÓN
MOTIVACIONAL

CAPÍTULO IV
EL SISTEMA DE INTERVENCIÓN EN EL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas, presentaré un sistema de intervención delictiva sobre cuya base fundamentar y desarrollar los márgenes de la prohibición del fenómeno objeto de la investigación. A estos efectos, sistematizaré el discurso en los siguientes apartados. En primer lugar, efectuaré una breve introducción a la teoría de la intervención, señalando cuáles son las ideas más consensuadas sobre este tema y por qué merecen una réplica crítica (ap. II). En este apartado, también presentaré los dos pasos metodológicos que deben seguirse para construir un esquema de codelincuencia: el *nivel de fundamentación* y el *nivel de extensión* de la prohibición de intervenir en un delito. Seguidamente, señalaré cuáles son las premisas dogmáticas que, en mi opinión, deben tenerse en consideración para armar un sistema integral de codelincuencia (ap. III). De esta manera, entiendo que el concepto de norma jurídico-penal, la construcción del injusto culpable, el principio de autorresponsabilidad y la elección de un modelo unitario, restrictivo o extensivo de autor son elementos previos a la elaboración de dicho sistema. En tercer lugar, presentaré la manera de estructurar dogmáticamente el problema de la intervención delictiva por el que opto (ap. IV). Dejando de lado las tesis mayoritarias, considero que la teoría más adecuada para tratar esta cuestión es la de la “*intervención en un hecho común*” teorizada por LESCH y ROBLES PLANAS, entre otros. Finalmente, presentaré unas breves conclusiones, indicando en qué medida este sistema de codelincuencia puede situar conceptualmente una hipotética intervención motivacional y servir de punto de partida para preguntarse sobre la corrección y extensión de la prohibición de motivar a otros a cometer delitos (ap. V). La proyección de estas ideas sobre el fenómeno que interesa me permitirá presentar una tesis básica de este trabajo: la posibilidad de identificar dos formas de intervención delictiva: la *material* y la *motivacional*.

II. LA TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

1. Ideas generales

1. La construcción de una intervención motivacional que permita responder de manera clara cuándo alguien puede ser considerado autor o partícipe de un hecho delictivo por haber motivado a alguien a ejecutarlo no puede sino iniciarse atendiendo al marco más amplio en el que esta se situaría: el clásico *topos* de la codelincuencia. Ciertamente, en un campo de estudio como el de la atribución de responsabilidad jurídico-penal, la pretensión de aproximarse a la motivación al delito como forma de intervención ya permite contextualizar el análisis en un concreto campo teórico. Así pues, la dogmática penal se ha ocupado de diseñar un entramado conceptual de categorías y axiomas que facilita que un determinado conglomerado casuístico pueda ser asignado a un subsistema de reflexión específico. Por todo ello, antes de embarcarse uno en la teorización en particular de una hipotética intervención motivacional, es prudente conocer los mares por los cuáles navega. Solo así es posible entender lo que *a priori* parece ser un elemento de un sistema complejo: comprendiendo su contenido y las partes que lo componen para, acto seguido, situar la pieza analizada en el lugar conceptual que le corresponde.⁹⁹²

2. A este respecto, no es una novedad afirmar que en un hecho delictivo pueden concurrir múltiples sujetos por medio de una variada tipología de aportaciones. Desde sus inicios históricos, la dogmática penal ha abordado estos supuestos con el fin de identificar y graduar las distintas intervenciones de los agentes implicados. En este sentido, es pacífico entender que existen dos grandes grupos de intervinientes en un delito: los autores y los partícipes. A este entendimiento se ha venido accediendo por medio de un concepto restrictivo de autor, según el cual solo unos determinados agentes merecen ser calificados como tales pues solo ellos realizan la conducta definida en el tipo de la Parte Especial.⁹⁹³ Los partícipes, por el contrario, serían aquellos sujetos circundantes al hecho delictivo que recibirían la pena por medio de una cláusula de extensión de la responsabilidad contenida en la Parte General (en el caso español, en los arts. 28 y 29 CP).⁹⁹⁴ La idea básica es que existe una diferencia cualitativa entre autores y partícipes, lo que también puede afirmarse de apoyar la tesis según la cual

⁹⁹² Como indica ROBLES PLANAS, «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, 2015, p. 5: “como en toda labor hermenéutica, en la que lleva a cabo la dogmática jurídico-penal no se trata tanto del descubrimiento de un sentido, sino de la *asignación de sentido o sentidos* desde el aparato conceptual propio y preexistente, así como desde la propia teleología a partir de la que se define y a la que no puede sustraerse.”

⁹⁹³ Por todos, JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 692 s.: “Auto es, en primer lugar, quien en su propia persona realiza todos los elementos del tipo de la acción punible.”

⁹⁹⁴ BLOY, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 115 ss.; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 373 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 217 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 18ª ed., 1995, p. 749; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 407 ss.

ambos intervinientes infringen normas distintas.⁹⁹⁵ De no existir esta cláusula ampliatoria, la conducta de los partícipes quedaría impune, pues con la misma no se estaría realizando ningún tipo penal.⁹⁹⁶ Establecida esta premisa, no es lugar aquí para presentar las diferentes teorías defendidas para identificar a los autores.⁹⁹⁷ En todo caso, la doctrina mayoritaria sigue, por lo general, la denominada teoría del dominio del hecho. Según esta última son autores los agentes que dominan el suceder típico del delito por su estrecha vinculación con el hecho antijurídico y su cercanía con el bien jurídico protegido por el tipo.⁹⁹⁸

3. Repárese en que todas estas ideas llevan a concebir la participación como algo relativamente secundario a la autoría.⁹⁹⁹ Ciertamente, si un tipo penal (p.ej., el contemplado en el art. 138 CP) solo puede ser realizado por los autores, la posibilidad de castigar a los partícipes dependerá de la existencia de la conducta de aquéllos, sin la cual no podrían participar en un hecho porque este ni tan siquiera existiría.¹⁰⁰⁰ Esta idea se concreta en el denominado principio de accesoriedad de la participación, por el que se entiende que el partícipe depende del hecho penalmente relevante dominado por el autor.¹⁰⁰¹ Al mismo se le otorga una doble dimensión. Por un lado, una *cuantitativa*, entendida en el sentido de que es necesario que el autor haya dado inicio a la ejecución del hecho delictivo para poder castigar al partícipe.¹⁰⁰² Por el otro, una *cualitativa*, en tanto que exigencia de que en el comportamiento realizado por el autor concurren una serie de presupuestos dogmáticos respecto de los que la punibilidad del partícipe está condicionada —tipicidad, antijuridicidad, entre otros, según la tesis que

⁹⁹⁵ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 123 ss.; RUDOLPHI, «Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe», *FS-Jescheck*, 1985, pp. 567 ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre*, 1988, pp. 238 ss.; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75 ss.

⁹⁹⁶ Los tipos de participación se acaban convirtiendo en “razones para la extensión de la punibilidad” [*Strafenausdehnungsgründe*]. Así, por ejemplo, KRETSCHMER, *Jura*, (4), 2008, p. 265.

⁹⁹⁷ Las opciones históricas discurren entre (i) la teoría objetivo-formal (es autor quien realiza todos o algunos de los actos de ejecución del tipo), (ii) la teoría objetivo-material (es autor quien aporta la contribución objetivamente más importante) y (iii) la teoría del dominio del hecho (es autor quien domina la ejecución del hecho). Sobre ello, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 545 ss.

⁹⁹⁸ Para un desarrollo de esta doctrina, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, pp. 49 ss., 115 ss. El autor ha venido defendiendo históricamente que existen tres clases de dominio del hecho, cada uno de los cuales permite definir un tipo de autoría en particular: el dominio de propia mano (autoría individual) el dominio a través de la voluntad (autoría mediata) y el dominio funcional o compartido (coautoría). La idea es secundada por muchos autores: HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 8; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 701 ss.; SCHÜNEMANN, «Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform», *GA*, 1986, pp. 327 s.; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 380 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, p.; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 447 s.; KÜHL, «vor § 25», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 5; entre muchos otros.

⁹⁹⁹ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 706 s.: “[l]a participación no es portadora por sí misma del plena contenido de injusto, sino que lo adquiere del hecho ajeno”; KÜHL, *JA*, 2014, p. 669; KORIATH, *FS-Mainvald*, 2010, p. 423.

¹⁰⁰⁰ Como indica LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 46, esta tesis redundante en una definición negativa de la participación, a saber: “participación es la no ejecución propia del hecho.” Igualmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 123; VACCHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 76.

¹⁰⁰¹ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 406 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 705 ss.; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 204 ss.; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 801 ss.

¹⁰⁰² JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, pp. 705 s.; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 409.

se defiende—. ¹⁰⁰³ Cuando la dogmática pasa a analizar la participación en particular, lo hace de manera sumamente condicionada por lo expuesto *supra*. En efecto, se dice que toda teoría de la participación delictiva debe contestar a cuál es el fundamento de su incriminación. En otras palabras, se trata de averiguar por qué hay sujetos que pueden ser castigados penalmente no obstante no haber realizado un tipo penal de la Parte Especial. ¹⁰⁰⁴ El principio de accesoriedad domina esta discusión teórica. De esta manera, las diferentes posiciones doctrinales que se han planteado sobre la definición del injusto del partícipe pasan por, o bien afirmar esta relación de dependencia en un grado de mayor o menor intensidad, o bien negarla para defender la existencia de un injusto autónomo. Los dos bloques doctrinales que han dominado históricamente la discusión sobre estos aspectos son, por un lado, la *teoría del fundamento autónomo* y, por el otro, un conjunto de tesis contrapuestas a esta primera y que, por el momento, pueden agruparse bajo el epíteto de *teorías de la participación en el injusto*. ¹⁰⁰⁵

4. La primer construcción dogmática defiende un injusto propio y autónomo para la participación, bien sea a través del rechazo directo del principio de accesoriedad, ¹⁰⁰⁶ bien sea por medio de su reducción a una mera condición de punibilidad que solo supedita la imposición de la pena, pero no fundamenta su ilícito. ¹⁰⁰⁷ Sobre esta premisa, los defensores de este bloque doctrinal consideran que los tipos de participación presentan un contenido de injusto autónomo que no depende en términos normativos del ilícito realizado por el autor. En esta medida, aquel se encontraría fundamentado, o bien en la directa lesión del bien jurídico del tipo de la Parte Especial —protegido también frente a los partícipes— a través de aportes causales (así, las *teorías puras de la causación*), ¹⁰⁰⁸ o bien en un contenido de antijuridicidad cualitativamente distinto (así, las construcciones dogmáticas vinculadas a la teoría de las normas). ¹⁰⁰⁹ Para la primera construcción, todo partícipe debe ser castigado por contribuir causalmente en la lesión o puesta en peligro del interés jurídico lesionado o puesto en peligro por el autor. Si esto es así, según las tesis más radicales, la accesoriedad no jugaría papel alguno destacado: al partícipe se le haría responsable por un injusto propio estructuralmente desvinculado del injusto del autor. ¹⁰¹⁰ Para la segunda construcción, el partícipe infringiría una norma con un contenido de antijuridicidad distinto a la norma dirigida a los autores (la que se infiere de cualquier

¹⁰⁰³ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 409.

¹⁰⁰⁴ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 407.

¹⁰⁰⁵ El término es de JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 795.

¹⁰⁰⁶ Así, LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 119 ss.; M.K. MEYER, «Tatbegriff und Teilnehmerdelikt», *GA*, 1979, pp. 252 ss.; SAX, «Zur Problematik der Teilnehmerdelikt», *ZStW*, (90), 1978, pp. 927 ss.; HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 1 ss.

¹⁰⁰⁷ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, p. 272.

¹⁰⁰⁸ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 119 ss., 137.

¹⁰⁰⁹ Entre otros, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 238 ss.; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75 ss.

¹⁰¹⁰ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 161 ss.

tipo penal de la Parte Especial) y basada en la promoción motivacional o el favorecimiento de este último sujeto.¹⁰¹¹

5. En cambio, los defensores de las *teorías de la participación en el injusto* rechazan la autonomía sustantiva de un hipotético injusto de participación, considerando que su contenido no puede sino entenderse como algo dependiente del hecho realizado por el único sujeto capacitado al efecto, el autor.¹⁰¹² A partir de este presupuesto conceptual, es cuando empiezan a vislumbrarse ciertas diferencias teóricas. Así pues, algunos autores consideran que esta dependencia es absoluta, de tal manera que, a través de sus contribuciones favorecedoras o motivadoras, los partícipes no atacan directamente el bien jurídico protegido por el tipo, sino solo de manera mediata a través de la conducta de quien sí lo ataca (el autor).¹⁰¹³ Para otros, es necesario relativizar esta accesoriedad en la medida en que dicho bien jurídico también estaría protegido frente al partícipe, pese a que este solo pudiera lesionarlo accesoriamente por medio del autor.¹⁰¹⁴ Por lo tanto, sería necesario que la conducta del partícipe se valorara en correspondencia con el bien jurídico a cuya lesión accesoría se dirigía.¹⁰¹⁵ Pese a que entre ambas tesis existe un elemento en común, a saber, la dependencia del partícipe con respecto al comportamiento del autor, el hecho de que los primeros defiendan que dicha accesoriedad es absoluta, mientras que los segundos la consideren relativa, ha propiciado que a estos últimos se les adscriba una denominación diferente, la de *teoría del ataque accesorio al bien jurídico* [*Akzesessorischer Rechtsgutangriff*].

2. Una distinción capital: el nivel de fundamentación y el nivel de extensión de la prohibición de intervenir en el delito

1. Como puede constatarse, las distintas teorías armadas para definir el fundamento de responsabilidad de los partícipes han girado siempre alrededor de dos aspectos. Por un lado, la consideración del autor como el sujeto destacado y central del acontecer delictivo. Por el otro, la clase de relación que puede predicarse para el partícipe con respecto a este mismo agente, lo que conlleva la aceptación o negación del principio de accesoriedad, respectivamente. Sin embargo, frente a esta manera de operar, entiendo que responder por el fundamento de incriminación de la participación solo es posible partiendo de determinados presupuestos dogmáticos. En efecto, no es correcto iniciar el análisis desde la impresión suscitada históricamente de que, en la “construcción” de un delito,

¹⁰¹¹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75 ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pp. 123 ss.

¹⁰¹² JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 706; CRAMER/HEINE, «vor § 25», *Sch/Schr*, 26ª ed., 2001, nms. 17 ss.

¹⁰¹³ STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, pp. 348 s.; CRAMER/HEINE, «§ 26», *Sch/Schr*, 26ª ed., 2001, nm. 17.

¹⁰¹⁴ ROXIN, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 369 ss.

¹⁰¹⁵ ROXIN, *FS-Stree/Wessels*, 1993, pp. 369 ss.; RUIZ ANTÓN, *CPC*, (11), 1980, p. 59; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 53 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 161 ss.; FRISTER, «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», *FS-Denker*, 2012, p. 130.

existen algo así como “personajes principales” y “personajes secundarios”.¹⁰¹⁶ Esto solo redundaría en una aproximación al problema sesgada y que solo tiene en cuenta determinadas manifestaciones fenotípicas de un genotipo previo a abordar. Ciertamente, si primero se define al autor como “protagonista” del acontecimiento y, solo a su rebufo, a los partícipes, se pierde la posibilidad de identificar aquel elemento que une a ambos sujetos, pasando directamente a tratar lo que les diferencia.¹⁰¹⁷ Ello trae como consecuencia que, o bien se acabe prescindiendo de la dimensión colectiva del hecho delictivo, como ocurre, en mayor o menor medida, con la *teorías del fundamento autónomo*; o bien se obvие la dimensión individual y autónoma del comportamiento del partícipe al acentuar su dependencia con respecto a un hecho que, en principio, no le pertenece, tal y como efectúan las diversas *teorías de la participación en el injusto*.

2. Frente a esta superposición de planos, es de vital importancia efectuar una separación previa entre lo que, en mi opinión, son dos niveles analíticos distintos. En este sentido, a la hora de abordar el problema de la “participación delictiva”, considero que, en primer lugar, podemos identificar un *nivel de fundamentación* de la prohibición. A través de esta cuestión debe darse una respuesta a por qué se les imputa a los partícipes (y, en su caso, a los autores) un hecho delictivo en términos generales (¿por qué participar (o intervenir) en un delito supone un injusto penal?). Así pues, en este nivel se presupone una cuestión general que afecta a toda clase de participación (mejor, de intervención). De esta manera, el objeto de la pregunta es la legitimidad de incriminar conductas que, con base en la tesis mayoritaria, no suponen una realización directa del tipo de la Parte Especial.¹⁰¹⁸ A este respecto, entiendo que no es correcto referirse al “fundamento del castigo” de la participación pues este último solo puede entenderse en términos equivalentes al de la autoría: el fundamento de todo castigo es el injusto culpable.¹⁰¹⁹ Otra cosa bien diferente es que, a través de esta pregunta, se pretenda responder, siguiendo a ROBLES PLANAS, por el fundamento del injusto de participación.¹⁰²⁰ Ello, si se parte de un concepto restrictivo de autor en términos clásicos que presuponga una justificación adicional con respecto a la participación, en tanto que forma de extender la punibilidad hacia conductas que *a priori* no realizan el tipo.¹⁰²¹ Esta sería, como iba diciendo, la pregunta central en un *nivel de fundamentación*. Solo después de contestarla, puede uno pasar a cuestionarse sobre qué tipología de conductas pueden quedar enmarcadas en el concepto de participación (o intervención, según se diga) en el delito.

¹⁰¹⁶ Así, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, pp. 42 ss.

¹⁰¹⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 117 ss., 130 ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 38 ss.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 243

¹⁰¹⁸ Siguiendo a ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 118, se trata de “encontrar la razón que justifica (...) [la] extensión de la punibilidad” en el caso de los partícipes.

¹⁰¹⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 118, n. 1.

¹⁰²⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 117 s. Igualmente, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, 2009, p. 46 s.

¹⁰²¹ Si se partiera, por el contrario, de un concepto extensivo (o de una categoría unitaria previa para toda forma de intervención sin perjuicio de una ulterior graduación sobre la base del *quantum* de pena), la pregunta sobre el injusto sería la misma, tanto para la participación como para la autoría. Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 118.

3. Consiguientemente, en un segundo lugar, encontramos el *nivel de extensión* de la prohibición. En este punto debe concretarse y estructurarse la conducta típica de participación y/o autoría o, según se entienda, la conducta típica de intervención y su concreto título de imputación (¿qué requisitos debe presentar una conducta *in concreto* para considerarse participación/intervención en el delito?). De esta manera, aquí la pregunta se relativiza o circunscribe a un “grupo de casos” (p.ej., en lo que interesa, el hecho de aportar motivos para cometer un delito).¹⁰²² Consiguientemente, se trata de observar si el ámbito de prohibición de intervenir en un hecho antijurídico puede extenderse hacia una determinada clase de comportamientos y hasta qué límites.¹⁰²³ En otras palabras, el objeto de esta segunda cota del análisis es la averiguación de si una determinada conducta (como podría constituir la el hecho de motivar a otro o la entrega de un bien idóneo para ejecutar el delito) cumple con las características que debe reunir cualquier comportamiento para ser declarado “participación delictiva”, teniendo en cuenta los márgenes dispuestos para delimitar lo prohibido de lo permitido.

4. En lo que alcanzo, a este mismo binomio se refiere JESCHECK cuando indica que “[d]el fundamento de la pena de la participación [*nivel de fundamentación*] se deduce cómo han de delimitarse frente (...) al ámbito de lo impune los conceptos de la inducción y de la complicidad [*nivel de extensión*].”¹⁰²⁴

Para el supuesto de la motivación al delito y su vinculación con la intervención delictiva, considero que los pasos metodológicos a seguir deberían ser los siguientes: en primer lugar, se debería plantear el porqué del castigo de la participación o la intervención en el delito. En segundo lugar, se debería cuestionar si esta prohibición puede extenderse hasta los comportamientos motivadores, esto es, si se puede participar o intervenir en un delito *motivando* (sobre la base del fundamento previamente identificado). Sin embargo, esta segunda pregunta implica un cuestionamiento de fondo, a saber, por qué la motivación al delito merece pena *in abstracto* en el marco de un ordenamiento jurídico como el español (sea en calidad de intervención delictiva, sea a través de otro mecanismo de incriminación — p.ej., un delito de la Parte Especial—). Por lo tanto, la pregunta de este trabajo de investigación implica, paralelamente, dos niveles distintos. Por un lado, uno de *teleológico* (¿por qué merece pena motivar a alguien a cometer un delito?); por el otro, uno de *teleológico-conceptual* (¿este merecimiento puede conectarse con el concepto de intervención delictiva teniendo en cuenta el *fundamento* y la *extensión* de su prohibición?). Está claro que la doctrina mayoritaria no sigue este esquema, respondiendo

¹⁰²² Si se prefiere, en términos más tradicionales —obviando, de esta manera, lo indicado en el capítulo II con respecto a la distinción entre *genotipo* y *fenotipo*—, la inducción y la complicidad psíquica como formas específicas de participación.

¹⁰²³ P.ej., si se parte de la idea de que a los partícipes se les debe incriminar por contribuir causalmente en el desarrollo del hecho delictivo (*nivel de fundamentación*), se trata de cuestionarse si este ámbito de prohibición puede extenderse hacia las conductas motivadoras y hasta qué límites (*nivel de extensión*). La doctrina mayoritaria responde que la posibilidad de extender la prohibición hasta este tipo de conductas es manifiesta dada la existencia legal de la inducción. Entonces, el *nivel de extensión* se limita únicamente al esclarecimiento de los requisitos típicos de esta forma de participación.

¹⁰²⁴ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 737. Igualmente, remarcando como el, aquí denominado, *nivel de fundamentación* condicional a *de extensión*, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2004, p. 119: “los límites de la imputación al partícipe dependen del fundamento con el que se justifique su injusto, esto es, de la razón que legitime la ampliación de la punibilidad a conductas que no realizan el tipo.”

directamente a las preguntas que se acaban de formular a través de una decisión legislativa: el hecho de que el CP castigue la inducción como forma de participación delictiva.

III. PREMISAS DOGMÁTICAS DE UN SISTEMA DE INTERVENCIÓN DELICTIVA

Pese a que la intuición relativa a los distintos “roles” que pueden desempeñar los diferentes codelincuentes puede llegar a ser correcta, la única manera de dar cuenta de un sistema de autoría y participación que permita responder a las preguntas suscitadas en los anteriores párrafos es considerando una serie de premisas dogmáticas irrenunciables. Son estas últimas, y no la manera de percibir intuitivamente el “papel” en el que actúa cada sujeto, las que condicionarán la estructura dogmática sobre la que asentar el entendimiento teórico de la intervención. En mi opinión, estas premisas son cuatro: en primer lugar, el concepto de norma de conducta y de sanción del que se parta, lo que supedita, en segundo lugar, la ulterior caracterización del injusto punible (ap. 2).¹⁰²⁵ En tercer lugar, el principio de autorresponsabilidad, condicionante axiológico básico que necesita ser compatibilizado con un sistema de autoría y participación en el que cada uno de los distintos intervinientes responda jurídico-penalmente por su propio hecho y no por el de otro (ap. 3). Finalmente, el dilema de elegir entre un concepto unitario y uno restrictivo de autor como cuestión metodológica y sustantiva (ap. 4).

1. Premisas normológicas y concepto de injusto

1. La construcción de un concepto de norma jurídico-penal tiene una importante repercusión en la configuración de un sistema de intervención delictiva. En efecto, algunas de las propuestas más (relativamente) recientes sobre este aspecto presentan una conexión directa con el tipo de norma que infringe el partícipe, referencia del contenido de su injusto.¹⁰²⁶ Con esta última mención no quiero decir que los partícipes conculquen una norma distinta a la de los autores. Por el contrario, solo quiero dar cuenta del auge que ha tomado la teoría de las normas en los tiempos modernos como premisa para la ulterior construcción de los conceptos dogmáticos, también en el ámbito de la autoría y la participación. Ciertamente, en el contexto temático de la codelincuencia, esta repercusión se evidencia en la definición del contenido de tipicidad de cada una de las conductas de intervención, en la caracterización del objeto de imputación, en la operatividad del principio de accesoriedad de la

¹⁰²⁵ Sobre la relación *norma-injusto*, indica SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret*, (3), 2014, p. 5, n. 22, que un “concepto jurídico-penal de injusto debería tener alguna relación con una determinada concepción previa acerca de la norma, que el injusto —de algún modo— negaría”, denunciando a su vez las dificultades para extraer este concepto de injusto dado “el complejo (¿caótico?) estado de la discusión acerca de la teoría de las normas.”

¹⁰²⁶ Así, RUDOLPHI, *FS-Jesbeck*, pp. 567 ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre*, pp. 238 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pp. 123 ss.

participación y en la calificación individualizada de las distintas aportaciones al hecho.¹⁰²⁷ Sea como fuere, históricamente se ha defendido una contraposición entre los conceptos de *ley penal* y *norma*.¹⁰²⁸ En este sentido, una ley o disposición legal es un enunciado lingüístico de Derecho positivo cuyo marco de significado puede contener distintas normas.¹⁰²⁹ Por lo general, se entiende que, en el caso de las leyes penales, estas normas son de dos tipos. Por un lado, la de *sanción* (o *secundaria*), desprendida expresamente de la literalidad¹⁰³⁰ de la disposición y por la que se obliga al juez a imponer una pena dada la concurrencia de una serie de presupuestos.¹⁰³¹ En segundo lugar, la norma de *conducta* (o *primaria*), implícita en el enunciado legal, por lo que cognoscible por medio de una relación de sentido,¹⁰³² a través de la cual se prohíbe (u obliga) a actuar de una determinada manera a sus destinatarios, los ciudadanos.¹⁰³³

2. En mi opinión, la teoría que mejor da cuenta de la fisonomía de las normas de conducta es la de corte imperativista, esto es, aquella por la que se entiende que una norma se dirige imperativamente a sus destinatarios, emitiendo un mandato o prohibición del que se desprende un directiva personal de conducta.¹⁰³⁴ Así pues, el Derecho penal cumplimenta su programa de protección de las distintas posiciones e intereses jurídicos en juego a través de normas capacitadas para comunicarse con sus

¹⁰²⁷ En este apartado me voy a limitar a exponer sucintamente el concepto de norma y de injusto por el que parto. Valoraré sus implicaciones en el ámbito de la intervención en este mismo capítulo *infra* ap. V.

¹⁰²⁸ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Arten des Delikts*, t. I, 4ª ed. 1922, pp. 155 s., 370.

¹⁰²⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 311.

¹⁰³⁰ Relativiza esta cuestión ROBLES PLANAS, «Normas de conducta», *InDret*, (1), 2019, pp. 7 s., al considerar que el enunciado legal, tanto para la norma de conducta como para la de sanción, solo establece un programa básico requerido de complementación a través de un proceso de legitimación de la restricción de libertad.

¹⁰³¹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed. 1922, pp. 162 ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, pp. 20 ss.; ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 7.

¹⁰³² Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 510, la norma no se extrae de una relación lógica con el enunciado, sino de una relación de sentido.

¹⁰³³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 584 ss.

¹⁰³⁴ ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, 1973, p. 121; GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, p. 16; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 540 ss.; ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 105 ss.; sin perjuicio de las diferencias internas, pues algunos autores entienden que este directivo lo pueden infringir también los inimputables (así, ARMIN KAUFMANN —pp. 105 ss.—), mientras que otros no (por todos, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 601 ss.). En la actualidad, la concepción alternativa más importante es la que concibe a la norma como una prohibición de causación de un determinado estado de cosas. A este respecto, véase, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 ss.; EL MISMO, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, pp. 79 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 42 ss.; MANALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 17 ss. Críticamente, DE LA FUENTE HULAUD, *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, 2021, pp. 71 ss., quien, desde la propia teoría analítica que permite a estos autores alcanzar esta conclusión, indica que “dado que toda directiva de conducta entraña la pretensión del emisor de que el destinatario ajuste su comportamiento a cierto modelo, es claro que ese ajuste debe estar situado dentro del alcance de dicho modelo (...). Por consiguiente, no podría tratarse de algo imposible de hacer o de un hecho ya ocurrido” lo que no obvia que “la norma no pueda ser *formulada* en el nivel locutivo por referencia a un estado de cosas futuro (...) [d]e modo que el hecho de que la norma se formule como una prohibición de esa índole es simplemente una manera de ordenar o prohibir todo un conjunto de acciones relacionadas de alguna manera con el estado de cosas formalmente prohibido” (p. 72) (con cursivas en el original).

destinatarios a los efectos de interpelarles para que actúen o no actúen de una determinada manera.¹⁰³⁵ De ello se desprende que la infracción de una norma de conducta no se agota con la realización de una conducta desvalorada jurídico-penalmente, como sostienen los partidarios de la denominada “norma de valoración”,¹⁰³⁶ sino que es menester que concurren también un conjunto de elementos que permitan visualizar que la conducta supone el menoscabo de una directiva imperativa.¹⁰³⁷ Estos últimos sirven de presupuestos básicos para poder confirmar que la infracción de la norma es, precisamente, una infracción personal conectada con un sujeto motivable.¹⁰³⁸

3. De esta premisa se deriva un único modelo de injusto capacitado para adecuarse a dicha caracterización: el denominado *injusto personal*.¹⁰³⁹ En efecto, solo un sujeto idóneo para captar el mensaje de la norma es susceptible de comunicarse defectuosamente con ella a través de la realización del comportamiento prohibido.¹⁰⁴⁰ Consecuentemente, para poder concluir que una conducta es contraria a deber, por lo que expresa una refutación personal del contenido de la norma que está infringiendo, es necesario relativizar la histórica contraposición entre los conceptos de *antijuridicidad* y *culpabilidad* o *imputación personal*. En efecto, determinados elementos de esta última categoría, no solo afectan, sino que sirven de presupuestos para afirmar el contenido básico tradicionalmente adscrito a la primera, esto es, la contrariedad del comportamiento con respecto al Derecho penal. A estos efectos, resulta de utilidad la distinción entre *antijuridicidad* y *antinormatividad* acogida por determinados autores.¹⁰⁴¹ Ciertamente, la completa infracción de una norma de conducta no se satisface únicamente con la realización de aquello que el Derecho pretende evitar (*antijuridicidad*).¹⁰⁴² Por el contrario, es necesario que esta afectación se relacione con un comportamiento que deliberadamente se ha colocado en oposición a dicha norma, por lo que supone una toma de posición personal de un sujeto

¹⁰³⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 497 ss.; RENZIOWSKI, «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, 2017, p. 631.

¹⁰³⁶ Sobre este concepto, Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 74 ss.

¹⁰³⁷ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 67, indicando que las normas de conducta, como “normas de valoración [Bewertungsnormen], designan las valoraciones materiales con base en las cuales se declaran legales o antijurídicos determinados comportamientos. Al mismo tiempo, son normas de determinación [Bestimmungsnormen] porque también contienen la exigencia (jurídicamente vinculante) de evitar ciertos tipos de comportamiento, es decir, lo que se consideran injustos; en este sentido, tienen una función reguladora ('determinante').”

¹⁰³⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 603; ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 10; EL MISMO, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», *LH-Mir Puig*, 2017, p. 838.

¹⁰³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2014, pp. 5 ss., expone sucintamente los conceptos de injusto desprendidos de las concepciones alternativas acerca de norma de conducta.

¹⁰⁴⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 524 ss., 530 ss.; PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, pp. 36 s.; JAKOBS, «El principio de culpabilidad», *ADPCP*, (45-3), 1992, p. 1054: “sólo puede cumplir determinada orden quien tiene la voluntad de acatar tales órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden”.

¹⁰⁴¹ Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), 1954, pp. 30 ss., 230 ss.; MIR PUIG, «Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2013, pp. 267 ss.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed. 1922, p. 244: “[s]i una persona capaz infringe una norma, no puede carecer de culpabilidad, pues de lo contrario dejaría de ser capaz de actuar” indicando de inmediato que no existe el “injusto no-culpable” [*unverschuldetes Unrecht*].

¹⁰⁴² MIR PUIG, en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2013, p. 265.

autorresponsable frente al ordenamiento (*antinormatividad*).¹⁰⁴³ Solo así es posible concluir que se ha infringido la norma primaria en correspondencia con su operatividad y función en tanto que mecanismo disponible por parte del Derecho penal para conseguir sus objetivos: se ha alcanzado el estado de cosas que este último pretendía evitar (de nuevo, *antijuridicidad*) a través de un comportamiento que ha obviado autónomamente el contenido de la norma que a este se dirigía (de nuevo, *antinormatividad*).¹⁰⁴⁴

4. A partir de estos presupuestos y siguiendo a ROBLES PLANAS, entiendo que el contenido de la *antijuridicidad* lo constituye la lesión de posiciones jurídicas legalmente reconocidas.¹⁰⁴⁵ Por su lado, la *antinormatividad*, más rica en contenido que la primera, presupone que dicha lesión sea reconducible a la esfera de responsabilidad del agente actuante.¹⁰⁴⁶ Para que esto último sea posible, esto es, para hablar de una auténtica infracción de una norma de conducta, se necesita la *culpabilidad* del sujeto. Solo de esta manera puede identificarse una conculcación personal del deber a él dirigido. Los inimputables, en este sentido, no realizan injustos penales. Consiguientemente, la culpabilidad como categoría dogmática (como mínimo, su parte más sustancial: imputabilidad y conocimiento de la antijuridicidad)¹⁰⁴⁷ debe ser previa a la confirmación de la existencia de un ilícito.¹⁰⁴⁸ Únicamente puede infringir una norma de conducta un sujeto culpable, esto es, capacitado para comunicarse con el imperativo en forma de negación de su contenido y, por lo tanto, expresar algo frente al Derecho. Por otro lado, también es preciso que el comportamiento del agente pueda entenderse como una infracción de su deber de evitar aquellas lesiones de posiciones jurídicas previamente desvaloradas, pues no todo ejercicio de libertad, pese a producir este menoscabo, puede ser objeto de restricción, sino solo aquel que supera un determinado umbral de tolerancia. Esta salvedad puede identificarse, básicamente, con el *topos* de la *conducta típicamente desaprobada*.¹⁰⁴⁹ Por lo tanto, el mensaje deóntico abstracto desprendido del tipo (p.ej., “no mates”) se particulariza con respecto a un sujeto determinado circunscrito en un específico segmento de la realidad. En correspondencia con la función de la norma de conducta, que solo puede evitar comportamientos a través de mensajes comunicativos que operan en términos *ex ante*, este último elemento se satisface con la realización de aquella conducta que *in concreto* está prohibiendo el Derecho penal. Consecuentemente, no pueden

¹⁰⁴³ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 4ª ed. 1922, p. 244.

¹⁰⁴⁴ ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, pp. 9 ss.; MIR PUIG, en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, 2013, pp. 261 ss.

¹⁰⁴⁵ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 838, indicando que, una perspectiva “que sitúe en el punto de partida posiciones jurídicas en lugar de bienes, tendrá que ver como objetivamente antijurídicas sólo aquellas situaciones en que se produce la lesión del derecho de exclusión de un autorizado reconducible objetivamente a la esfera de un no autorizado.”

¹⁰⁴⁶ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 838 ss.

¹⁰⁴⁷ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 839 s., relacionándolo con los presupuestos de una “volición básica”.

¹⁰⁴⁸ Igualmente, PÉREZ DEL VALLE, *PG*, 3ª ed., 2019, pp. 36, 82 ss.

¹⁰⁴⁹ ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 10; ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 840 s., indicando que “[t]ras la primera valoración negativa, aparece una segunda valoración relativa a las conductas que es *legítimo* desaprobado. Si la antijuridicidad objetiva toma como base la perspectiva del lesionado, el contenido de la norma de conducta se centra en la perspectiva (de la libertad) del agente” [con cursivas en el original].

exigirse elementos ajenos al ámbito de capacidad de evitación del sujeto destinatario de la norma, como ocurre con el caso del resultado.¹⁰⁵⁰

5. Una vez identificada la conducta plenamente prohibida (*antinormativa*), es momento para efectuar un proceso de “depuración” a los efectos de señalar, de entre todas ellas, solo aquellas que realmente *necesitan* pena.¹⁰⁵¹ Este es el contenido básico y función de la denominada *norma de sanción*.¹⁰⁵² En efecto, esta última está destinada a recortar el ámbito de lo prohibido con tal de alcanzar aquellos comportamientos *punibles*, esto es, los que requieren de una pena dados determinados criterios. Estos últimos, pese a ubicarse extramuros de la antinormatividad, concretan la relevancia penal del comportamiento, dando un soporte para legitimar plenamente el recurso a la sanción penal.¹⁰⁵³ Esta depuración puede realizarse, p.ej., en atención al principio de lesividad, tal y como ocurre con la exigencia de un “resultado” de lesión o de peligro.¹⁰⁵⁴ Como puede comprobarse, el Derecho se reserva la facultad de suprimir el castigo de un injusto culpable dada la concurrencia de ciertos elementos que permiten prescindir del recurso a la pena.

6. Una vez expuesta este sucinto esquema normológico, es momento para visualizar las repercusiones que pudiera tener en el ámbito de la intervención delictiva. En este sentido, considero que el proceso de extracción de la norma que infringe el partícipe y, en su caso, el autor, posibilitará estar en condiciones de afirmar qué es aquello que se le *imputa* a su *esfera de responsabilidad*. En otras palabras, cuál es el *objeto de imputación* y en qué grado de pertenencia se le atribuye. Esta operación también servirá de base para una eventual delimitación de la conducta típica en caso de contribuciones motivadoras. En efecto, solo entendiendo qué es lo que constituye el contenido de la imputación se podrán establecer los criterios para concretar el específico *deber de evitación* de partícipes y autores, alcanzando la conclusión de que aquello que el Derecho penal pretendía evitar es reconducible a una infracción de la libertad del agente (dicho de otra manera: a su esfera de responsabilidad personal).¹⁰⁵⁵ Asimismo, la combinación entre norma de conducta y norma de sanción erigida a los efectos de identificar el comportamiento plenamente punible de intervención puede auxiliar en la tarea de adscribir una determinada operatividad al principio de accesoriadad. En otras palabras, una vez se

¹⁰⁵⁰ ROBLES PLANAS, *InDret*, (1), 2019, p. 5.

¹⁰⁵¹ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 841 s.

¹⁰⁵² ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 842.

¹⁰⁵³ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 841.

¹⁰⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 415: “el resultado, entendido en el sentido de «realización de la tipicidad *ex post*» (lesión o puesta en peligro del bien jurídico correspondiente), esto es, como expresión de la efectiva lesividad de la conducta peligrosa, no pertenece al ámbito de la norma primaria, sino al de la norma secundaria.” A mi parecer, la vinculación entre el resultado y el comportamiento debe efectuarse conforme a criterios normativos que permitan valorar en qué medida y grado la conducta *ex ante* desaprobada se ha traducido (realizado) en el resultado que la norma pretende evitar con tal de confirmar el sentido de la prohibición dictada por la norma de conducta (evitar riesgos) a través del establecimiento de una unidad de sentido entre ambos extremos que actúa como condición para aplicar la norma de sanción en tanto que requisito para la punibilidad del injusto culpable.

¹⁰⁵⁵ ROBLES PLANAS, *LH-Mir Puig*, 2017, p. 840.

entienda cuál es el contenido material de la *antinormatividad* del partícipe y cuáles son aquellos elementos que la restringen con tal de alcanzar la auténtica conducta *punible* con base en los criterios de merecimiento y necesidad de pena, será posible entender la función de dicho principio en este entramado dogmático. Las opciones discurren entre (a) servir como un fundamento básico para configurar la norma de conducta, (b) como un mero condicionante de la punibilidad del injusto en correspondencia con la norma de sanción o (c) como un elemento que afecta a ambos aspectos hasta un grado de implicación sujeto a un ulterior desarrollo.

3. La responsabilidad por el hecho propio: el principio de autorresponsabilidad

1. El segundo elemento dogmático que debe informar un sistema de intervención delictiva es el de la autorresponsabilidad de los sujetos destinatarios de la norma y de la pena. En este sentido, nos encontramos ante la exigencia axiológica básica de todo proceso de imputación de una determinada desaprobación jurídico-penal y por la que se entiende que un sujeto solo puede ser responsable de su propio hecho.¹⁰⁵⁶ En el ámbito de la intervención delictiva, este principio parece implosionar por momentos, principalmente, cuando se parte de la premisa de la doctrina mayoritaria (*teoría de la participación en el injusto*): el partícipe responde accesoriamente por un hecho realizado en propiedad por un tercero. En efecto, esta idea parece obligarnos a concluir que los partícipes responden por sucesos ajenos, volviendo en una tarea imposible identificar aquello que le es *propio* a esta clase de intervinientes. Tal y como indica SAX, la dificultad está precedida por la impresión de que el comportamiento de todo partícipe aparenta ubicarse, según la postulación dominante, en un “enredo” o “entrelazamiento” [*Verschrankheit*] accesorio con respecto a un hecho principal ejecutado y dominado por otra persona.¹⁰⁵⁷ Así pues, si la comisión de un delito por una pluralidad de sujetos la asemejamos a la construcción de un edificio, para la doctrina mayoritaria, solo uno de estos agentes merece la adjudicación de la “propiedad” de la obra (p.ej., el arquitecto), mientras que todas las demás personas solo podrán decir que *han participado* en la configuración de algo que, de entrada, no les pertenece.

2. La contracara de este entendimiento la aportan las *teorías del injusto autónomo*, cuyos defensores consideran que la persona (volviendo al ejemplo del edificio) solo puede responder por la específica *cuota* aportada en la construcción. En el mundo hispanohablante, SANCINETTI ha sido el autor que más énfasis ha puesto en esta consideración. Según su parecer, la teoría de la participación debe elaborar una norma específica para este grupo de intervinientes, completamente autónoma, “que determine *qué* es típico y antijurídico para un partícipe, lo cual puede ser, en *cierta* medida,

¹⁰⁵⁶ En términos generales, véase, CUERDA RIEZU, «El principio constitucional de responsabilidad por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *ADPCP*, (62), 2009, pp. 186 ss. Proyectado al problema de la autoría y la participación, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 130 ss.

¹⁰⁵⁷ SAX, «Zur Problematik der Teilnehmerdelikt», *ZStW*, (90), 1978, p. 931.

independiente de *qué* lo sea para el autor.”¹⁰⁵⁸ Esta norma quedaría integrada, para el caso del inductor, en la prohibición de “*crear en otro la voluntad de realizar un hecho que a juicio del partícipe sea capaz de lesionar*” y, para el cómplice, de “*contribuir de cualquier otro modo a la realización de esa misma acción.*”¹⁰⁵⁹ Con base en este modelo, el autor considera que se respeta plenamente el principio de autorresponsabilidad. En caso contrario, este quedaría completamente corrompido “si el autor tuviera el poder no solo de volverse él mismo punible, sino también de incriminar a sus partícipes.”¹⁰⁶⁰ Frente a la objeción de que con ello se adelantarían de manera exagerada las barreras de punibilidad (ciertamente, la consecuencia lógica del planteamiento es que tanto inductor como cómplice merecen y necesitan pena por un hecho realizado en una fase preparatoria) SANCINETTI contrargumenta indicando que la preocupación relativa a este avance de la incriminación solo tiene sentido desde la perspectiva del autor (se castigaría *su* preparación y *su* ideación), pero no desde la perspectiva del partícipe (se castigaría, precisamente, *su* comportamiento prohibido en atención al contenido de la norma anteriormente dictado).¹⁰⁶¹

3. También RENZIKOWSKI aborda —aunque de una manera más relativizada— un concepto de injusto autónomo para el partícipe. En su opinión, la norma de conducta de este último difiere de la del autor al estar dirigida a castigar, no una efectiva lesión sobre el bien jurídico protegido por el tipo de la Parte Especial, sino un favorecimiento en forma de cooperación o motivación.¹⁰⁶² El “delito autónomo” desprendido de los tipos de participación de la Parte General se estructuraría, de esta manera, como un tipo de resultado que relegaría la accesoriedad al contenido de la norma de sanción, en tanto que presupuesto para castigar al injusto culpable del partícipe.¹⁰⁶³ Por lo tanto, pese a que existiría una dependencia relativa con el hecho realizado por el autor, el contenido de injusto del partícipe no estaría relacionado con la efectiva lesión del bien jurídico perpetrada por aquel, sino con su propio acto de favorecimiento o motivación.¹⁰⁶⁴ Así pues, no se le imputaría un hecho *ajeno* (el realizado por el autor), sino uno exclusivamente *propio* identificado en esta asistencia o estimulación previa o concomitante. La punibilidad de este injusto culpable se supeditaría, tal y como acabo de indicar, en la concurrencia de una relación de accesoriedad con el hecho ejecutado por el autor.

¹⁰⁵⁸ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 61 s. [con cursivas en el original].

¹⁰⁵⁹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 68 s. [con cursivas en el original].

¹⁰⁶⁰ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 89.

¹⁰⁶¹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 70.

¹⁰⁶² RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 127 ss.

¹⁰⁶³ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 131 s., 151. El autor indica: “[l]a antijuridicidad de la conducta del partícipe consiste en que este pone en peligro el interés jurídico al crear las condiciones previas el hecho principal (...). Este contenido de injusto no depende de que el autor cometa realmente el delito. El hecho principal se limita a confirmar el peligro potencial del acto de participación. Sin embargo, la violación de las normas de conducta que justifica la antijuridicidad de la conducta del partícipe debe diferenciarse de la pregunta sobre su *punibilidad* (p. 131).

¹⁰⁶⁴ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 125, 151.

4. Con esto dicho, no considero que la asunción del principio de autorresponsabilidad como exigencia dogmática irrenunciable deba abocar a la suscripción de las teorías del fundamento autónomo del injusto del partícipe. Todas estas construcciones parecen prescindir de un dato esencial a la hora de entender el fenómeno de la codelincuencia: su *carácter colectivo*.¹⁰⁶⁵ Es cierto que esta dimensión grupal puede provocar algunos inconvenientes con el principio de la responsabilidad por el propio hecho, pero esto no es razón suficiente para prescindir de la relación de accesoriadad con respecto al contexto supraindividual en la que la específica aportación del partícipe (y el autor) se desenvuelve. A mi parecer, solo una interpretación hasta cierto punto exagerada de este axioma puede llevar a abogar por una concepción autonomista que renuncie, en mayor o menor medida, al ideal de la accesoriadad. Así pues, la cotidianidad de las acciones humanas, como indica JAKOBS, nos obliga a reconocer que, en muchas ocasiones, las personas responden por el comportamiento de otros agentes autorresponsables.¹⁰⁶⁶ Ello no necesariamente debe significar que esta responsabilidad implique la imputación de actos ajenos. Por el contrario, obliga a tener presente que muchos “hechos propios” no son sino el producto de múltiples contribuciones de sujetos plenamente responsables.¹⁰⁶⁷ Frente a esta realidad, es necesario contestar cómo se produce esta “atribución” de propiedad de un suceso que resulta de la suma de otras conductas sin que ello redunde en la controvertida conclusión de que se está imputando algo ajeno.

5. En este sentido, el principio de responsabilidad por el hecho propio no debe concebirse en términos tan estrictos, de tal manera que toda superación del límite de la prohibición de regreso requiera necesariamente de una fundamentación autónoma a riesgo de imputar un hecho impropio. En casos de pluralidad de intervinientes, el acontecimiento delictivo no puede ser sino la consecuencia de una obra colectiva con respecto a la que todas las contribuciones se coordinan. Evidentemente, ello tampoco presupone que deba abrazarse irreflexivamente el otro cuerpo dogmático, pues todo lo que se imputa al partícipe debe ser *propio*. Pero este *vínculo de propiedad* puede establecerse con respecto a la totalidad del acontecimiento ejecutado, pese a que el sujeto al que se le imputa solo haya realizado una parte y lo haya efectuado en una fase preparatoria. En efecto, es necesario armonizar esta autorresponsabilidad en un sistema de intervención delictiva que posibilite castigar a cada codelincuente *por lo realmente realizado* sin perder de vista que —permítase la redundancia— *lo realmente realizado* es, justamente, parte de un proyecto colectivo. Consiguientemente, no puede desecharse el

¹⁰⁶⁵ VACCHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 105; PALERMO, «Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat», *FS-Sancinetti*, 2020, p. 579, con base en esta tesis “el sentido social del hecho se pierde en la maraña de aportaciones individuales”, añadiendo después que “la teoría que considera a la participación como un injusto autónomo no conoce una intervención común a todos los intervinientes, sino solo de intervenciones aisladas sin sentido colectivo.”

¹⁰⁶⁶ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 18:

¹⁰⁶⁷ Como se indica en el sugerente ejemplo de JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 18: “¿a quién se le ocurriría no imputar al fundador de una clínica los efectos beneficiosos de ésta solamente por el hecho de que el fundador no ha construido de propia mano los muros y no ha realizado de propia mano las prestaciones médicas y asistencias (si bien las ha financiado generosamente)?”

carácter accesorio de la participación pues es aquello que permite concebir a esta como algo inserto en un contexto que la dota de sentido.

4. El hecho delictivo como una obra común: ¿concepto unitario o restrictivo de autor?

1. El último gran dilema que debe enfrentar el penalista antes de abordar en específico un sistema de intervención delictiva es la cuestión referida al concepto unitario o restrictivo de autor. Pese a que el hecho de optar por uno u otro modelo parece alejarse de la competencia del intérprete, por bien que ello aparenta estar regido por las exigencias legales derivadas del ordenamiento jurídico estatal en cuestión,¹⁰⁶⁸ esto no es realmente cierto.¹⁰⁶⁹ Efectivamente, a estos dos “modelos clásicos” subyacen una serie de cuestiones sustantivas y metodológicas de primer orden. Por un lado, si el fundamento de la incriminación de los distintos intervinientes en un delito, o bien debe diferenciarse según estos hayan “realizado directamente el tipo” (en otras palabras, según se encuentren más próximos a la efectiva lesión del bien jurídico protegido por la norma penal —los *autores*—) o se hallen fuera de la descripción típica (los *partícipes*); o bien debe identificarse uno de carácter común que repercute en una fundamentación aplicable por igual a todos los contribuidores del hecho antijurídico entendido como una obra colectiva.¹⁰⁷⁰ En otras palabras, nos encontramos ante el dilema de si el objeto de imputación debe ser el mismo tanto en el caso de los autores, como en el de los partícipes o, por el contrario, si este debe diferenciarse según uno u otro interviniente. Por otro lado, también persiste el problema relativo a si las distintas aportaciones dirigidas a la construcción del delito, o bien son susceptibles de una graduación individualizada que permita captar su efectivo *quantum* de contribución en el acontecimiento, o bien merecen de un tratamiento penológico simétrico.¹⁰⁷¹

2. En relación con la primera cuestión, soy partidario de entender que un hipotético fundamento de incriminación debe ser común tanto para autores como partícipes pues ambos contribuyen a la realización de un mismo hecho colectivo. Por lo tanto, los partícipes ni realizan “hechos individuales” autónomos¹⁰⁷² ni dependientes de uno principal.¹⁰⁷³ En este sentido, la realización de un delito por parte de una pluralidad de sujetos equivale a la construcción de una obra común frente a la que todos

¹⁰⁶⁸ Por ello se identifican los ordenamientos jurídico-penales italianos y austríacos como “paradigmas” del concepto unitario de autor, en contra del alemán o el español, que lo serían del concepto restrictivo. Por todos, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 2015, pp. 351 ss.

¹⁰⁶⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 144: “las regulaciones de los Códigos Penales de nuestra tradición cultural no comportan la adopción de un determinado modelo dogmático de la autoría y la participación. Desde el punto de vista del modelo de regulación de la codelincuencia únicamente puede establecerse la distinción entre aquellos Códigos Penales que prevén el mismo marco penal para todos los intervinientes en un hecho, de aquellos otros Códigos que castigan de diferente manera en función de la importancia de la aportación.”

¹⁰⁷⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 144 s.

¹⁰⁷¹ Como ha puesto de relieve KIENAPFEL, «Das Prinzip der Einheitstäterschaft», *JuS*, 1974, p. 6, la asunción de un concepto unitario no presupone necesariamente un tratamiento penológico simétrico entre las distintas contribuciones. Es lo que el autor denomina como concepto “unitario funcional” de autor.

¹⁰⁷² Así, las teorías del fundamento autónomo de la participación.

¹⁰⁷³ Así, las teorías de la participación accesoría.

sus intervinientes quedan conectados a través de sus distintas aportaciones. Consecuentemente, el objeto de imputación es el mismo para todos los intervinientes: el hecho delictivo. En esta línea, considero que no es correcto comprender la participación como algo derivado o dependiente de la realización típica perpetrada por el autor. Esta idea, conectada con las teorías de la participación en el injusto, supone relegar a aquella a un estadio secundario e identificar a la autoría como la categoría central en casos de codelinquencia. Este modo de operar, que algunos han denominado como “autorcentrada”,¹⁰⁷⁴ deriva hacia una conclusión indeseable: solo los autores realizan el hecho delictivo, mientras que los partícipes configuran conductas contingentes a este mismo acontecimiento. En definitiva, el objeto de imputación se atribuiría en un grado de “pertenecía” distinto en ambos casos: *propio* para los autores, *ajeno* para los partícipes. Consiguientemente, se requeriría de una legitimación adicional en este último supuesto en tanto que manera de extender la incriminación hacia comportamientos, en principio, fuera del ámbito de tipicidad configurado por la norma penal de la Parte Especial.¹⁰⁷⁵ Por el contrario, debe entenderse que el objeto de imputación es el mismo para todos los intervinientes en el delito, pues todos ellos realizan el hecho en tanto que obra colectiva fragmentada entre distintos roles.¹⁰⁷⁶ De esta forma, partir metodológicamente de la figura del autor para componer un sistema de codelinquencia constituye un error porque siempre surgirá la duda, vinculada al principio de autorresponsabilidad, de con qué legitimidad y con base en qué razón sustantiva se le atribuye el hecho a un sujeto que no lo ha realizado.¹⁰⁷⁷ Al contrario, como bien indica JAKOBS, “[e]l partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal constituya injusto para el autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él como partícipe.”¹⁰⁷⁸

3. Por lo que respecta a la necesidad de diferenciar o no las distintas “responsabilidades” en la construcción de este hecho colectivo, abogo por la primera opción: pese a que solo existe un único acontecimiento delictivo que, por exigencias del principio de autorresponsabilidad, debe pertenecer a todos sus intervinientes en igualdad de condiciones, ello no obsta a considerar que sus contribuciones puedan presentar una mayor o menor relevancia con respecto a la configuración de

¹⁰⁷⁴ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 87.

¹⁰⁷⁵ Críticamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 117 ss.

¹⁰⁷⁶ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, pp. 70 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 133 ss.; JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 20 ss.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 242 ss.; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 156; VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 80, quien en p. 78 indica: “[e]l ejecutor no comete únicamente su hecho, sino el hecho de todo el colectivo, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los intervinientes.”

¹⁰⁷⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2006, p. 15; EL MISMO, «Los dos niveles de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, p. 2; VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 81, n. 212.

¹⁰⁷⁸ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 797.

aquel mismo acontecer.¹⁰⁷⁹ En otras palabras, existen intervinientes que “hacen más” que otros y que, en consecuencia, merecen mayor pena que los demás. A estos efectos, la clásica distinción entre autores y partícipes es correcta siempre y cuando se entienda que esta se refiere a la graduación entre las distintas responsabilidades de los que han configurado el común delictivo. Por lo tanto, la cuestión no está relacionada con a la necesidad de entender que los tipos de la Parte Especial solo pueden ser realizados por los autores, como se desprende del concepto restrictivo de autor. En todo caso, lo restrictivo, en palabras de LESCH, debe ser el propio proceso de desaprobación e imputación del hecho a todas aquellas personas (intervinientes) que configuran la dimensión de tipicidad prohibida por el tipo en cuestión.¹⁰⁸⁰

En este punto es necesario precisar que abogar por una diferenciación o graduación de las distintas responsabilidades no significa defender un concepto restrictivo de autor. Igualmente, entender que el hecho delictivo es una obra colectiva consecuencia de las distintas aportaciones de sus intervinientes no implica aceptar un concepto unitario. A este respecto, ambos modelos aportan ideas acertadas a tener en cuenta en la construcción de un sistema integral de autoría y participación. Primero, como se desprende del concepto unitario, que todos los sujetos que intervienen en un delito son *destinatarios de la imputación*.¹⁰⁸¹ Segundo, de la mano del concepto restrictivo, que esta igualdad de trato en un nivel de fundamentación no veta la consideración de que cada uno de los sujetos pueda presentar un distinto grado o *quantum* de responsabilidad. Esto último es lo que permite diferenciar entre autores (más responsables) y partícipes (menos responsables) sin que ello derive a la conclusión de que el objeto de imputación sea distinto en ambos casos.

4. La dualidad defendida en este trabajo permite aproximar el sistema a algo parecido a un *concepto extensivo de autor*,¹⁰⁸² esto es, aquel por el que se entiende que todo interviniente queda englobado por el tipo penal sin perjuicio de que, en un ulterior momento, estas distintas intervenciones puedan graduarse según su intensidad.¹⁰⁸³ No obstante, debe superarse la visión puramente naturalística de este modelo, extremo que comparte con el concepto unitario, al entender que el ámbito de tipicidad que se desprende del tipo se agotaría con la mera causación del resultado.¹⁰⁸⁴ Frente a este entendimiento, es necesario restringir el ámbito de relevancia jurídico-penal en el que pueden caer las distintas contribuciones prohibidas. Y allí es donde debe operar la concepción restrictiva, no de autor, sino del proceso de desaprobación e imputación del hecho. Ciertamente, al interviniente no se le debe

¹⁰⁷⁹ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 262 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 215 ss., 262 ss.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 244.

¹⁰⁸⁰ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 176. Parecido, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 81.

¹⁰⁸¹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 80.

¹⁰⁸² Sobre esto y sus paralelismos con el concepto unitario, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2015, pp. 357 ss.

¹⁰⁸³ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2015, p. 367 al hilo del concepto unitario que, defendiendo la primera premisa (todos los intervinientes son destinatarios de una imputación que presenta un mismo objeto) obvia la segunda perspectiva, pues todos estos sujetos deberían ser castigados como “autores”.

¹⁰⁸⁴ PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2015, pp. 357 s.

responsabilizar por “causar” el resultado prohibido (de lesión o de peligro), sino por superar con su comportamiento un determinado umbral de tolerancia con respecto a aquellas conductas capacitadas para lesionar la esfera de libertad de la víctima. Por lo tanto, lo más primordial consiste en delimitar con concreción estos límites de transigencia típica para con la multiplicidad de conductas *a priori* idóneas para efectuar esta lesión o puesta en peligro: desde las que se efectúan en una fase ejecutiva o la favorecen de modo concomitante, hasta las que se limitan a una asistencia en una fase preparatoria, pasando por aquellas conectadas al estadio de la ideación del delito.

IV. AUTORRESPONSABILIDAD Y CO-CONFIGURACIÓN DEL HECHO DELICTIVO

1. Introducción

1. Un sistema de intervención delictiva correcto debe respetar en su marco operativo las premisas dogmáticas expuestas en el anterior apartado. Consecuentemente, se requiere de una estructura que conjugue la necesidad de (i) que cada interviniente responda por su propio hecho, (ii) que el objeto de imputación sea el mismo para todos los codelincuentes y, todo ello, (iii) sin perjuicio tanto del carácter colectivo del acontecimiento al que cada interviniente dirige su respectiva conducta como de la posibilidad de graduar su distinto *quantum* de responsabilidad por el hecho.

2. La combinación de estos presupuestos implica que el sistema de autoría y participación más adecuado es aquel que efectúa una diferencia entre el *fundamento* de la intervención y su concreta *calificación*.¹⁰⁸⁵ Al respecto, en los últimos veinte años, se han despertado voces contrarias al entendimiento mayoritario en lo que a la manera de presentar la participación se refiere y de la que los anteriores apartados constituyen un reflejo crítico. Todas estas opiniones tienen como denominador común la utilización del concepto “intervención” para referirse a un espacio de fundamentación de la responsabilidad común para todos los codelincuentes. De esta línea teórica son referentes, en Alemania, autores como LESCH¹⁰⁸⁶ y, en España, ROBLES PLANAS,¹⁰⁸⁷ entre otros.¹⁰⁸⁸ La idea básica de esta construcción es que un delito debe entenderse como una “obra mancomunada” (= un hecho colectivo) resultado de la suma de las distintas contribuciones significativas de cada uno de sus intervinientes. Sobre esta premisa, una cosa es el *proceso de atribución* de responsabilidad por la realización coordinada del hecho y otra bien diferente es la *calificación concreta* que merece dicho

¹⁰⁸⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 177 ss.

¹⁰⁸⁶ LESCH, *Das problema der sukzessive Beihilfe*, 1992, pp. 187 ss.

¹⁰⁸⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 177 ss.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 2 ss.; EL MISMO, *PC*, (15-30), 2020, pp. 995 ss.

¹⁰⁸⁸ Participan de las ideas (en su totalidad o solo en parte) defendidas por estos autores, JAKOBS, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, pp. 253 ss.; OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 293 ss.; VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 140 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, 2015, pp. 453 s.; 493; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 137 ss.

comportamiento previamente desaprobado.¹⁰⁸⁹ En esta línea, en un sistema de intervención delictiva deben diferenciarse dos niveles.¹⁰⁹⁰ En primer lugar, aquel con el que se fundamenta el injusto propio de cada interviniente con base en un proceso de imputación que tiene por objeto el hecho delictivo y del que se desprende, en un *nivel de extensión* de la prohibición de intervenir, cuáles son aquellas conductas ilícitas según el contenido de la norma primaria.¹⁰⁹¹ En segundo lugar, el que efectúa la correspondiente graduación de las distintas responsabilidades en juego a los efectos de captar, en cada supuesto de intervención, la concreta magnitud de injusto que ha manifestado el sujeto con respecto a la construcción del acontecimiento antijurídico.¹⁰⁹² El delito, en consecuencia, debe concebirse como una obra mancomunada a cuya elaboración contribuyen todos los intervinientes sin perjuicio del distinto *quantum* de responsabilidad que estos pudieran presentar.

2. El sistema de intervención de dos niveles

2.1. Primer nivel: la conducta prohibida de intervención

1. Todo interviniente en el hecho delictivo comparte un mismo fundamento de responsabilidad: la co-configuración de un acontecimiento antijurídico.¹⁰⁹³ Consiguientemente, es interviniente quien contribuye a construir colectivamente el hecho, con independencia de la importancia de su aportación. Por lo tanto, de manera previa a la calificación de su contribución, es necesario constatar si al sujeto le “pertenece” el acontecer del delito. Esto último podrá afirmarse si el agente interpone, en palabras de ROBLES PLANAS, “una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo en el que interviene hay una relación de sentido conjunto.”¹⁰⁹⁴ Así pues, de lo que se trata en este nivel es de atribuir un solo suceso penalmente relevante a una pluralidad de personas, de tal manera que pueda afirmarse que este le pertenece a cada una de ellas.¹⁰⁹⁵ Este suceso no es otro que la obra colectiva al que cada una de las conductas de los codelincuentes dirigen su específica contribución: el hecho delictivo. Las aportaciones de los distintos sujetos que moldean este

¹⁰⁸⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 177.

¹⁰⁹⁰ ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 3; EL MISMO, *PC*, (15-30), 2020, p. 995 s.

¹⁰⁹¹ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, pp. 999 s.

¹⁰⁹² LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 64: “en primer lugar, debe preguntarse siempre quién debe responder (...), en definitiva, quien es miembro del colectivo (...) en un segundo peldaño, debe determinarse en virtud de qué responde cada componente del colectivo.” Igualmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 178: “debe abandonarse la perspectiva anclada en la causalidad físico-natural, según la cual propios hechos son únicamente aquellos que se ejecutan de propia mano (...). Un entendimiento normativo del principio de responsabilidad por el propio injusto comporta admitir un injusto propio pese a que (en el plano físico-natural) no se ejecute de propia mano. El injusto típico no solo es injusto del autor, sino que también pertenece al partícipe. Lo único que los diferencia es la forma en que cada uno de ellos responde por el injusto típico. Mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe responde de una manera más laxa.”

¹⁰⁹³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 179.

¹⁰⁹⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 180; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 3 s.

¹⁰⁹⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 177 ss.

acontecimiento constituyen, en atención al contexto supraindividual en el que se insertan, partes relativas de un proyecto susceptible a la fragmentación. Al colocar un “peldaño” de este propósito grupal, el interviniente hace suyo la totalidad del suceso, pues evidencia que ha realizado “su parte del trabajo”.¹⁰⁹⁶ En palabras de LESCH, el carácter colectivo del hecho debe valorarse objetivamente “mediante una conexión comunicativamente relevante de los actos de organización de varios intervinientes, bajo un contexto planificado supraindividual (esto es, que excede los diferentes aportes) y objetivo.”¹⁰⁹⁷ Ello evidencia que el acontecimiento delictivo constituye el producto de una “comunidad normativa y organizada” equiparada a la “constelación de casos de división de trabajo, en los cuales el trabajo realmente se distribuye.”¹⁰⁹⁸

2. Sobre esta premisa, debe entenderse que la norma que infringen tanto autores como partícipes es la misma en tanto que prohibición general de lesionar o poner en peligro la posición jurídica protegida en cuestión y dirigida a cualquier agente que pudiera contribuir, a través de aportes penalmente significativos, al menoscabo de aquel interés.¹⁰⁹⁹ En otras palabras, la norma de conducta que se desprende de cualquier disposición penal no se dirige en exclusiva al “autor” o a aquel sujeto del que pudiera decirse que ocupa una posición aparentemente privilegiada para realizar la conducta típica.¹¹⁰⁰ Por el contrario, esta se dirige a cualquier sujeto (personalmente responsable) que, a través de su comportamiento, pudiera co-configurar el peligro objeto de evitación.¹¹⁰¹ En este sentido, la norma que prohíbe el homicidio la conculca tanto quien aprieta el gatillo como quien aporta un objeto idóneo para con la creación del riesgo jurídico-penalmente desaprobado por ella.¹¹⁰² Toda norma de conducta proyecta un “foco de prohibición” que se individualiza en cada caso concreto. De la prohibición genérica “no matar” se desprende una directiva de conducta que se particulariza

¹⁰⁹⁶ WEISSER, *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, 2011, p. 277.

¹⁰⁹⁷ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 95.

¹⁰⁹⁸ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 96.

¹⁰⁹⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 159 s.

¹¹⁰⁰ Sin perjuicio de lo que pudiera decirse en el caso de los delitos especiales. Como indicaba en la introducción, por cuestiones de espacio, en el presente trabajo no voy a ofrecer una solución a este problema, que amerita de una reflexión que efectuaré en ulteriores investigaciones.

¹¹⁰¹ Parecido, FALCONE, «¿Delitos especiales? Reducción del "círculo de autores" en delitos de infracción de un deber de fomento», *InDret*, (1), 2020, pp. 13 s.: el “deber [el de no intervenir en un determinado delito] es *general* porque no se impone a un sector determinado de la ciudadanía, sino que obliga a todos los súbditos del Derecho”. Sin embargo, debo alejarme de este auto cuando considera que este deber surge de la combinación de los preceptos que incriminan la participación con el tipo penal pues, al contrario, este debe imana directamente y en exclusiva de este último, por lo que los art. 28 y 29 del CP español deben considerarse, en todo caso, *declarativos*, pero no *constituyentes*. Igualmente, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 137.

¹¹⁰² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 159, remarcando que todos los intervinientes “cometen el delito”, también para el caso de los cómplices. De esta manera, el argumento de la equiparación penológico entre inductor, cooperador necesario y autor no es decisivo “para demostrar que el hecho también pertenece a los partícipes, ya que, si bien es cierto que el legislador ha previsto una atenuación obligatoria de la pena en la complicidad, ello no obsta a que estructuralmente exista un tratamiento idéntico para todas las formas de participación.”

atendiendo a las circunstancias contextuales y personales que rodean a su infractor.¹¹⁰³ Lo mismo ocurre para los distintos intervinientes en el hecho. Cada interviniente infringe individualmente esta norma, por lo que existe una oposición individual, no colectiva, a la entidad deóntica. Sin embargo, esta infracción debe enmarcarse en el ámbito supraindividual en la que adquiere el significado de contribuir a un proyecto colectivo: existe un único hecho consecuencia de múltiples infracciones normativas.

3. Con base en esta idea central, el proceso de arrogación de la totalidad del hecho por la específica aportación debe establecerse atendiendo a la *dirección objetiva* de esta misma contribución. En otras palabras, resultará ser interviniente quien efectúe una conducta que, en términos objetivos, pueda decirse que se dirige a constituir una parte significativa del acontecimiento antijurídico. Siguiendo el esquema de ROBLES PLANAS, ello da lugar a dos grandes criterios para identificar una conducta desaprobada de intervención:

a. Por un lado, constituye una conducta prohibida de intervención toda aquella que esté objetivamente destinada a amoldarse a un proyecto colectivo bajo cuyo marco adquirirá un ineludible significado delictivo.¹¹⁰⁴ En otras palabras, interviene quien co-configura el suceso antijurídico con una contribución que se haya objetivamente coordinada con las demás contribuciones emitidas por los otros intervinientes. Esto es evidente en aquellos casos en los que el sujeto ejecuta de propia mano parte del acontecimiento. Pero también puede predicarse con respecto a aquellos casos en los que, entre la conducta del agente y el hecho, media el comportamiento autorresponsable de un tercero. Según ROBLES PLANAS, en estos supuestos sucede que el sentido delictivo (= de acoplamiento a un proyecto delictivo) se adquiere al realizar un comportamiento de ajuste en atención a la conducta plenamente responsable de aquel tercero.¹¹⁰⁵ Este último, desde la perspectiva de la persona de detrás, forma parte de *su* proyecto en tanto que constituye la “vía” que le permite proyectar en el acontecimiento antijurídico su específica aportación.¹¹⁰⁶ Por medio de este mecanismo no se responsabiliza al sujeto por un *hecho ajeno*, sino por el *propio hecho* (el hecho delictivo) a cuya co-configuración ha accedido “teniendo en cuenta” el actuar libre de la persona de delante. Cuando esta última “aboca” la contribución del primero en el acontecimiento con su propia actuación, manifiesta

¹¹⁰³ De manera gráfica, la directiva de conducta que debe seguir un alpinista encargado de guiar a unos turistas por los Pirineos no es la misma, en su concreción del mandato genérico “no mates”, que la que debe guiar el actuar de un transportista o el descenso por una montaña de un ciclista.

¹¹⁰⁴ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 97; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 219.

¹¹⁰⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 290 ss.

¹¹⁰⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 291: “hay que buscar una razón especial en la propia conducta del interviniente que conduzca a afirmar que el hecho también se le imputa a él, también le pertenece. Esta razón no puede ser otra que la de que su conducta, en sí misma considerada, contiene un *riesgo especial de continuación delictiva*, es decir, que la realización de la misma, contiene, por su configuración, la posibilidad intrínseca de que va a ser llevada hasta lo delictivo (y de que ello no dependerá de la arbitrariedad del autor)” (con cursivas en el original).

la realidad de un aporte intrínseco al comportamiento de la persona de detrás.¹¹⁰⁷ En definitiva, el interviniente debe realizar una “conducta de adaptación”, lo que ocurrirá “cuando quien la lleva a cabo le ha dado la forma específica para que encaje” en el delito,¹¹⁰⁸ un extremo que se determinará según el contexto en el que aquella se desarrolle.¹¹⁰⁹

b. Por el otro, ROBLES PLANAS indica que “la presencia de deberes especiales fundamentadores de posiciones de garante es un factor de imputación” pues su incumplimiento “*puede* conducir a la imputación del resultado por las conductas de sujetos que posteriormente deriven las consecuencias hacia lo delictivo, en la medida en que tal incumplimiento adquiere objetivamente el sentido de cooperación delictiva.”¹¹¹⁰

Aunque el criterio no se ciñe exclusivamente al ámbito problemático de la omisión,¹¹¹¹ resulta interesante vincularlo con estos supuestos. Ello me permite introducir en este lugar la cuestión de la “participación por omisión”. A este respecto, entiendo que las reglas de la intervención delictiva deben ser equivalentes tanto para los casos de “acción” como para los de “omisión”.¹¹¹² Ciertamente, lo importante es analizar si un sujeto ha gestionado defectuosamente su ámbito de organización, de tal manera que se constate que de este ha surgido un peligro que se ha coordinado objetivamente con los riesgos desprendidos de otros ámbitos. Esto último podrá afirmarse con independencia de la fisonomía naturalística del comportamiento realizado. Así pues, todos los agentes administran ámbitos de control, más o menos extensos, de los que se derivan riesgos para terceros.¹¹¹³ Como ha puesto de relieve la doctrina, el deber de asegurar los focos de peligro de la propia esfera de libertad puede infringirse tanto a través de conductas activas como omisivas.¹¹¹⁴ De esta infracción pueden derivarse riesgos dirigidos a la lesión de los bienes de la víctima de manera *unilateral* o en *coordinación* con los riesgos provocados por el comportamiento de terceras personas. En este último caso, nos encontraremos ante un supuesto de intervención, y ello, con independencia del carácter activo u omisivo de la conducta infractora. En efecto, la pistola que la persona de delante utiliza para ejecutar un delito de homicidio puede arrojarse desde el ámbito de organización de la de detrás, o bien como consecuencia de un comportamiento activo (el sujeto le entrega el arma), o bien como consecuencia de un comportamiento omisivo (el sujeto no evita que el otro obtenga el arma). En todo caso, la

¹¹⁰⁷ En principio, o bien favorecida, o bien motivada por la persona de detrás. Sobre esto, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 155 ss.

¹¹⁰⁸ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 996; EL MISMO, *La participación en el delito*, 2003, p. 303.

¹¹⁰⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 304, indicando que el dato más relevante es “la comprobación de que el primer sujeto ha recortado su conducta de tal manera que encaje en el hecho del segundo, por un lado, y la situación (normativa) de la víctima, por otro lado.”

¹¹¹⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 293 (con cursivas en el original).

¹¹¹¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 292.

¹¹¹² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, (48-1), 1995, p. 237. “[c]omo las formas de defraudación por acción y por omisión son equivalentes, entonces no sólo es posible, sino obligado, tratar la intervención omisiva según los mismos criterios que la activa.”

¹¹¹³ JAKOBS, *ADPCP*, (52), 1999, p. 20;

¹¹¹⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, (48-1), 1995, p.; JAKOBS, *GA*, 1996, p. 264.

cuestión central es delimitar con precisión estos ámbitos de gestión con tal de poder afirmar si el peligro del que se ha servido el tercero era competencia o no del hombre de atrás.

En consecuencia, también en la omisión, el fenómeno de la intervención debe disgregarse en dos niveles: (i) el de la desaprobación de la conducta y (ii) el de su calificación. Por lo tanto, la primera pregunta que debe plantearse es si es posible co-configurar un hecho delictivo a través de una omisión y en atención al comportamiento activo de un tercero autorresponsable. Ciertamente, la premisa fundamental para poder afirmar la concurrencia de un supuesto de intervención delictiva (en contraposición a la autoría paralela y a la realización mediata del tipo) es la existencia de una *coordinación objetivamente considerada entre dos comportamientos*. Está claro que esto puede certificarse a través de una conducta activa *favorecedora* o *ejecutiva* (está por ver si también *motivadora*). Pero, por lo comentado en el párrafo anterior, no debe asaltar la duda cuando el comportamiento de la persona de detrás toma la forma de omisión. En este sentido, como indica ROBLES PLANAS, “lo decisivo será la afirmación del carácter típico (comisivo) de la intervención para situarla en el mismo terreno que la conducta activa posterior de otro sujeto.”¹¹¹⁵ Solo con ello podrá satisfacerse el primer escalafón de un sistema de intervención respetuoso con el principio de responsabilidad por el propio hecho, a saber, “la fundamentación del injusto de la intervención por omisión en el hecho” previo a la “decisión sobre la forma de su castigo a título de autoría o de participación.”¹¹¹⁶ En suma, una vez afirmado el sentido delictivo de la omisión como forma de intervención, podrá abordarse, en atención a la norma de sanción, si esta merece la pena del autor o la del partícipe.

Siguiendo con ROBLES PLANAS, “para poder afirmar la intervención por omisión (equivalente a la intervención activa) será necesario que el propio ámbito se configure de tal modo que implique que terceros autorresponsables lo *conecten* con la comisión del delito.”¹¹¹⁷ En este sentido, “[s]i en el ámbito de la intervención en el delito la desaprobación típica implica que la conducta en cuestión debe prohibirse porque encierra el peligro no tolerable de que un tercero derive la prestación hacia la comisión de un delito, del mismo modo, en los supuestos que ahora interesan de intervención por omisión la decisión fundamental es la de establecer que a un determinado sujeto le incumbe especialmente el impedir el concreto desarrollo del peligro de producción de la lesión a través de un tercero.”¹¹¹⁸ Sobre esta premisa y según el autor citado, existen tres grandes constelaciones de casos en las que una omisión puede vincularse a la posterior conducta activa de la persona de delante. Estos grupos están conectados con los distintos círculos de control que pueden atribuirse a un sujeto, a saber, “(a) el control de aquellos peligros que operan en el propio ámbito de organización que pueden llegar a formar parte del proyecto delictivo de un tercero, (b) el control de determinadas conductas

¹¹¹⁵ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 55.

¹¹¹⁶ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 55.

¹¹¹⁷ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 62.

¹¹¹⁸ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 55 s.

peligrosas de terceros sobre los demás y (c) el control de determinados peligros provenientes de terceros para ciertas personas.”¹¹¹⁹

4. En suma, el círculo de intervinientes está compuesto por aquellos sujetos que han creado un riesgo jurídico-penalmente desaprobado, de tal suerte que pueda decirse que estos han co-configurado de manera coordinada el suceder típico.¹¹²⁰ Al realizar esta clase de contribuciones, los sujetos realizan, a su vez, su propio injusto. Un injusto, sin embargo, que no debe considerarse autónomo en la línea de los planteamientos criticados con anterioridad. Por el contrario, constituye un injusto *dependiente*, no de un *hecho ajeno*, sino del proyecto colectivo en vista del cual adquiere su específico significado jurídico-penal. Los pormenores de esta idea pasan por ciertas reconsideraciones acerca del principio de accesoriadad de la participación, tanto en cuestiones de desaprobación *ex ante* como de desaprobación *ex post*.¹¹²¹ Sea como fuere, la relación de pertenencia del comportamiento con respecto al hecho delictivo se constatará, en líneas generales, por medio de la teoría de la imputación objetiva o del comportamiento típicamente desaprobado. Por lo tanto, se trata de percibir qué conductas superan un determinado umbral de tolerancia penal en tanto que capacitadas para moldear los distintos fragmentos objetivos que pudieran sostener la viabilidad del acontecimiento antijurídico en tanto que proyecto objetivamente colectivo.

2.2. Segundo nivel: el título de imputación del interviniente

1. El fundamento de la responsabilidad y el objeto de imputación del interviniente es el mismo tanto para el caso de las contribuciones de autoría como de participación.¹¹²² La diferencia entre ambos estriba en el grado de importancia de su respectivo aporte con respecto a la co-configuración del acontecer delictivo.¹¹²³ Por lo tanto, se trata de una diferencia *cuantitativa*, pero no *cualitativa*, pues a todos ellos se les imputa el hecho con base en un mismo fundamento.¹¹²⁴ En este sentido, la susceptibilidad a la graduación de las distintas contribuciones de la obra colectiva debe vincularse con la operatividad de la norma de sanción en tanto que se trata de una cuestión conectada con el proceso de determinación de la pena.¹¹²⁵ Así pues, confirmado que la conducta mantiene una vinculación normativa con un hecho delictivo, es momento para identificar el *quantum* de responsabilidad individual del específico comportamiento de intervención. En otras palabras, se trata de captar la magnitud relativa del injusto personal.¹¹²⁶ Este análisis debe establecerse, tal y como decía, de

¹¹¹⁹ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 62 s.

¹¹²⁰ Igualmente, FALCONE, *InDret*, (1), 2020, p. 6.

¹¹²¹ Sobre esto, véase en este mismo capítulo *infra* ap. V.3.

¹¹²² LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 70.

¹¹²³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 178.

¹¹²⁴ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 262; FRISTER, *FS-Dencker*, 2012, p. 131.

¹¹²⁵ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 71.

¹¹²⁶ OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 298.

conformidad a la norma de sanción que, en el supuesto de los partícipes, resulta de los denominados “tipos de participación” consignados en los arts. 28 y 29 CP. Por lo tanto, mientras que la norma de conducta que infringe el interviniente se desprende del específico tipo penal que prohíbe el concreto acontecimiento co-configurado por una pluralidad de personas, la norma secundaria debe vincularse a la graduación de esta responsabilidad (lo que conecta a su vez con la tripartición clásica de cuño alemán entre supuestos de *autoría*, *inducción* y *cooperación* —necesaria o no, en el caso español—).¹¹²⁷

2. Tal y como ha expresado JAKOBS, aquí no se trata de efectuar “niveles de imputación” distintos, sino de aceptar que las intervenciones de los diferentes sujetos pueden presentar una importancia relativa con respecto a la obra colectiva.¹¹²⁸ La averiguación de la concreta magnitud del injusto de cada interviniente debe establecerse, siguiendo a LESCH, conforme a criterios simbólico-comunicativos, no necesariamente fácticos.¹¹²⁹ Ciertamente, en palabras de ROBLES PLANAS, “[l]a graduación del injusto de los intervinientes depende de la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica” lo que “no debe entenderse en un sentido estrictamente fáctico, sino que incluye también elementos simbólico-comunicativos y, de concurrir, elementos de infracción de eventuales deberes.”¹¹³⁰ De este modo, conductas que pueden expresar muy poco en términos ejecutivos (p.ej., una orden en un contexto jerárquico), constituyen la expresión, por el contrario, de una alta magnitud de injusto dada su capacidad para determinar el contenido de la construcción mancomunada del delito. Sobre esta base, siguiendo a JAKOBS, esta graduación debe basarse en el nivel de significado de la contribución “para el éxito de un proyecto llevado a cabo por varias personas, dicho de manera más precisa, cuanto más sea entendida como significativa.”¹¹³¹ En este sentido, este autor diferencia entre (i) casos de susceptibilidad de imputación fuerte, entre los que incluye los últimos actos de ejecución con los que concluye la organización; y (ii) supuestos de susceptibilidad de imputación débil, vinculados a la máxima “esto lo puede hacer cualquiera”.¹¹³² Sin embargo, esto no debe llevar al equívoco de pensar que los actos ejecutivos merecen *ipso facto* más pena, pues “[l]as prestaciones en el estado previo a la ejecución se imputan de manera más intensa cuanto más demuestran capacidades especiales (que no se encuentran en todas partes)” o cuando “más sea de esperar, gracias a ella, un curso fluido.”¹¹³³

¹¹²⁷ Como dice SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, 2005, p. 648, “[e]s factible que esta descripción [inducción y complicidad] no contenga todo el contexto posible de participantes o intervinientes en un hecho delictivo.”

¹¹²⁸ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 54.

¹¹²⁹ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 72: “lo decisivo es el contorno en el cual el interviniente ha fijado el suceso concreto que ha desarrollado el tipo y, en verdad en su significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma.”

¹¹³⁰ ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 5.

¹¹³¹ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 55.

¹¹³² JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 55.

¹¹³³ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 55, incluyendo el ejemplo de la superación de una logística compleja. En todo caso, la idea de que “ejecución” no equivale necesariamente a “autoría” ya está presente desde el triunfo de la lógica del

3. Especial atención merecen, por su actualidad y relevancia, las consideraciones vertidas por OROZCO LÓPEZ sobre el particular. Partiendo de un sistema de intervención análogo al aquí señalado,¹¹³⁴ este autor considera que son dos los criterios que pueden utilizarse para graduar la magnitud cuantitativa de los distintos injustos de intervención.¹¹³⁵ Por un lado, la capacidad de influencia psíquica que ha generado el comportamiento del sujeto con respecto al resto de intervinientes en el hecho. Por el otro, el mayor o menor grado de acuñación del acontecimiento injusto, lo que vincula a la mayor o menor importancia de la contribución con respecto al común delictivo.¹¹³⁶ No considero que este último criterio deba ser puesto en duda, pero si tengo algunas vacilaciones con respecto al primero. Más en detalle, el autor considera que una de las características de toda intervención es la “relación intersubjetiva que, a diferencia de lo que sucede en los casos de autoría mediata, no elimina el carácter autorresponsable de sus decisiones.”¹¹³⁷ Por lo tanto, junto al favorecimiento objetivo en el hecho, en la intervención delictiva radicaría un segundo elemento común identificado en la “*influencia sobre los co-intervinientes*”, esto es, aquel efecto implícito al comportamiento del codelincuente que “influye sobre la 'psique' de los demás intervinientes para movilizarlos a favor de un proyecto criminal común.”¹¹³⁸ Sobre esta premisa, el autor establece un marco de graduación de las distintas influencias intersubjetivas que pudieran existir en la construcción mancomunada de un delito. En otras palabras, según su parecer, existen influencias psíquicas realizadas por algunos intervinientes que merecen la pena del autor (*influencia fuerte*) y otras que merecen la pena del partícipe (*influencia leve*).¹¹³⁹ Para diferenciar ambos tipos de influencia, OROZCO LÓPEZ recurre a las ideas que defienden PUPPE, JAKOBS y KÖHLER para diferenciar la inducción de otras formas de participación psíquica. Así pues, la suscripción de un pacto de injusto que estableciera una relación de dependencia del influido con el influenciado constituiría un tipo de *influencia fuerte*.¹¹⁴⁰ En cambio, “algún tipo de influencia, por leve que sea, sobre el (futuro) ejecutor para que este tome la decisión de realizar una determinada conducta punible, donde se le transmite de alguna manera que haría bien en ejecutar un determinado hecho punible” constituiría una *influencia leve*.¹¹⁴¹ La primera variable, junto con otros elementos relativos a la influencia sobre el hecho, permitiría la aplicación de

método *top-down* en el ámbito de las organizaciones empresariales. También, recientemente, PALERMO, *FS-Sancinetti*, 2020, p. 582: “para determinar el *quantum* de la aportación el criterio decisivo no puede ser qué tan cerca de la afectación del bien jurídico se encuentre el interviniente, sino su grado de competencia en la configuración del hecho.”

¹¹³⁴ OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 296 ss.; OROZCO LÓPEZ, «La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]», *InDret*, (2), 2021, pp. 154 ss.

¹¹³⁵ Que captarían distintas “tipologías” de intervención, en tanto que “conceptos *graduables* que generan, a su vez, *consecuencias jurídicas* escalonadas” (OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, p. 163).

¹¹³⁶ OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 315 ss.

¹¹³⁷ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 167 s.

¹¹³⁸ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, p. 168.

¹¹³⁹ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 172 ss.

¹¹⁴⁰ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, p. 174.

¹¹⁴¹ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 174 s.

una pena mayor (autoría o inducción), mientras que la segunda obligaría a subsumir el comportamiento en una tipología de grado cuantitativamente menor (complicidad).¹¹⁴²

4. El autor insiste en aclarar que no pretende clasificar las formas tradicionales de autoría y participación, sino efectuar una graduación cuantitativa basada en los aspectos acabados de relacionar (influencia sobre el hecho e influencia intersubjetiva entre los intervinientes). Sin embargo, en lo que respecta al último criterio, OROZCO LÓPEZ se limita a reubicar la clásica discusión sobre los límites entre la inducción y la complicidad psíquica. En este sentido, el autor identifica como criterio de tipologización de la intervención delictiva lo que, en realidad, constituye el desarrollo del verbo típico determinar en contraposición al de reforzar.¹¹⁴³ A través de esta mecánica, el citado autor no responde por qué esta clase de comportamientos (los que influyen a los demás intervinientes) deben circunscribirse en un ámbito de relevancia penal. En otras palabras, OROZCO LÓPEZ traslada al ámbito de la graduación cuantitativa lo que debería responder en un primer nivel: si motivar a otro puede constituir una conducta desaprobada de intervención, si se puede intervenir en el hecho delictivo motivando. Aunque pueda aceptarse a un nivel intuitivo que dominar al autor, como manifestación concreta del fenómeno motivador, merece más pena que limitarse a influirlo levemente, ello todavía no responde a una pregunta previa: por qué esta o cualquiera otra motivación constituye una manera penalmente relevante de co-configurar un acontecimiento antijurídico. De otra forma, por qué esta clase de conductas pueden vincularse normativamente al hecho delictivo, con independencia de la importancia relativa que pudieran presentar. En este sentido, el problema de la construcción de los espacios de permisión y prohibición de la motivación al delito es sustituido por un problema de graduación o tipologización, prescindiendo de este. En contra de esta idea, considero que la demarcación de los espacios de libertad en el ámbito de las comunicaciones cotidianas a los efectos de identificar qué conductas motivadoras merecen pena y, en su caso, si pueden considerarse formas de intervenir en el hecho (de amoldarse a un proyecto colectivo) es una operación previa. Solo después de responder a esta pregunta podrá pasarse a graduar la intensidad relativa de estos comportamientos con tal de identificar, en terminología de OROZCO LÓPEZ, aquellas influencias fuertes que merecen más pena y aquellas leves que merecen menos.

3. Dolo e imprudencia

1. Por el momento, nada se ha dicho todavía de la operatividad del denominado tipo subjetivo en este sistema de intervención delictiva. La cuestión no es baladí, pues son muchas las discusiones que ha provocado la susceptibilidad de considerar una *participación imprudente* o, todavía más, una

¹¹⁴² OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, p. 182.

¹¹⁴³ OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 180 ss. En concreto y tal y como hacía referencia, utiliza los argumentos defendidos por PUPPE, JAKOBS y KÖHLER en el contexto de la denominada teoría del mandato.

*participación dolosa en un delito realizado por un autor imprudente.*¹¹⁴⁴ Al respecto, la premisa central rezaría: en la medida en que lo que “conecta” a los distintos intervinientes con el hecho es una valoración objetiva sobre el sentido de ajuste o acoplamiento de sus conductas, las cuestiones subjetivas no deben tenerse en consideración. Efectivamente, la afirmación de que un hecho ha sido co-configurado por distintas aportaciones equivale a concluir que ha existido, en términos estrictamente objetivos, una coordinación entre todas ellas a los efectos de construir un mismo acontecimiento de injusto.¹¹⁴⁵ La “manera subjetiva” con la que cada uno de estos codelincuentes haya llevado a cabo su específica contribución es una cuestión que pertenece a la concreta valoración que merece su propio injusto, pero no a la afirmación o la negación de un supuesto de intervención delictiva. La conducta prohibida de intervención es producto de una valoración sobre su capacidad para objetivarse en el hecho típico a modo de fragmento constituyente. Por lo tanto, es la dimensión objetiva del comportamiento lo que debe centralizar el análisis y no su dimensión subjetiva.¹¹⁴⁶

2. En este sentido, los hechos delictivos, ni son imprudentes, ni son dolosos, sino que se *imputan* a sus distintos intervinientes *a título de dolo* o *a título de imprudencia* en atención a las características individuales de su propio injusto. Así pues, el denominado “tipo subjetivo” constituye un proceso de concreción de la desaprobación que concierne en exclusiva al comportamiento de cada respectivo interviniente, no al acontecimiento injusto en sí mismo. Con esta mención quiero hacer explícito que el hecho de discernir entre dolo e imprudencia es un proceso que debe tener por objeto el actuar ilícito particular de cada codelincuente, de igual manera que sucede con la atribución del título de intervención. A fin de cuentas, dicho análisis consiste en la averiguación de la clase de magnitud que presenta el injusto personal. De este modo, al nivel de desaprobación *ex ante* (conducta típica de intervención), al de desaprobación *ex post* (punibilidad de la conducta por haberse realizado en el hecho típico) y a la asignación del correspondiente *quantum* de responsabilidad (imputación del título de intervención), puede añadirse una *cuarta categoría*. Esta última consistiría en la determinación específico-individual (por lo que no en correspondencia con el hecho antijurídico, tal y como ocurre en la contraposición entre autoría y participación) de la específica magnitud del injusto. Este proceso concluiría con, o bien una calificación por *dolo*, o bien una por *imprudencia*. Y ello, no únicamente porque las cuestiones subjetivas conciernen en exclusiva a cada interviniente a la vista de que lo que les conecta al hecho típico es la relevancia objetiva de su comportamiento, sino porque de lo que se trata en el contexto de la contraposición *dolo-imprudencia* es de efectuar una concreta valoración sobre un comportamiento individual. En consecuencia, en un mismo hecho delictivo (ni doloso, ni

¹¹⁴⁴ Por todos, FEJOO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación», *La Ley*, (1), 2000, p. 1 ss.

¹¹⁴⁵ ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC*, (6), 2000, pp. 242, 244 s.

¹¹⁴⁶ ROBLES PLANAS, *RDPC*, (6), 2000, p. 244: “[ú]nicamente cuando tal aportación llega a formar una unidad de sentido con el hecho principal (co-configuración), existiendo entonces un título de imputación objetiva suficiente, puede pasar a analizarse la manera en que cada interviniente abarca subjetivamente el riesgo fundado en común.”

imprudente), pueden intervenir diversos sujetos a través de comportamientos que sí pueden ser imprudentes y/o dolosos, respectivamente.

Con esto dicho, todavía queda un interrogante por responder, a saber, si el legislador puede condicionar el castigo de un interviniente a que otro (principalmente, el autor) obre de forma dolosa. En este sentido, parece que el StGB impone este condicionamiento (los §§ 26 y 27 StGB exigen que el autor actúe de forma dolosa). Esto ha llevado a un gran número de autores a defender que, en el ámbito de la “participación imprudente”, la legislación alemana recoge un concepto unitario de autor (todo interviniente imprudente es autor).¹¹⁴⁷ En cambio, el CP español no parece recoger esta exigencia, por lo que la doctrina mantiene la puerta abierta a efectuar distinciones cuantitativas en estos casos.¹¹⁴⁸ Dejo anotada esta idea, que merece de un desarrollo que no puedo otorgarle aquí.

4. La realización mediata del tipo

4.1. La “mediatez” en la autoría y la intervención delictiva

1. Falta por resolver la ubicación de la denominada “autoría mediata” en este sistema de intervención. A este respecto, las tesis más normativistas entienden que la “mediatez” atribuida a esta clase de autoría no es más que una reminiscencia naturalística que acentúa en la “ejecución” del tipo el núcleo básico del injusto.¹¹⁴⁹ Así, en términos estrictamente normativos, no existe tal circunstancia espacio-temporal, en tanto que quien configura y realiza el riesgo prohibido por el tipo penal es única y exclusivamente la persona de detrás valiéndose del comportamiento irresponsable de la de delante. Sobre esta premisa, se entiende que quien utiliza o instrumentaliza a una persona para realizar un delito hace lo mismo que quien emplea un objeto físico a los mismos efectos. No existirían diferencias conceptuales ni estructurales entre ambos casos.¹¹⁵⁰ Pese a lo sugerente de esta premisa, no es menos cierto que estos supuestos sí presenta especificidades estructurales de gran calado.¹¹⁵¹ A fin de cuentas, esta fisonomía naturalística particulariza ciertos aspectos de la realización del tipo de propia mano, por ejemplo, el inicio de la tentativa o la existencia de una agresión antijurídica a los efectos

¹¹⁴⁷ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 738; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 217 ss.; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 471 ss.; EL MISMO, «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», *FS-Spendel*, 1992, pp. 271 ss., pp. 276 ss.

¹¹⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 105 ss.; CUERDA RIEZU, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP*, 1992, pp. 506 ss. En contra, considerando que toda forma de participación en un delito realizado por un autor imprudente debe considerarse atípica, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 81.

¹¹⁴⁹ Por todos, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica trascendencia», *ADPCP*, (51), 1998, pp. 320 ss.

¹¹⁵⁰ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, (51), 1998, pp. 344, 347.

¹¹⁵¹ BOLEA BARDON, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *RDPC*, (12), 2003, p. 12 indicando que, sin abandonar la perspectiva normativa, si existe una diferencia estructural, aunque no valorativa. Dejo de lado lo improcedente, desde una perspectiva moral, de equiparar a una persona, por muy irresponsable que sea, con un “instrumento físico”.

de la legítima defensa.¹¹⁵² Del mismo modo y muy especialmente, esta característica introduce el propio concepto de “instrumentalización”, requerido de un contenido sustantivo que ayude a concretarlo y diferenciarlo de otros como “ejecución”, “favorecimiento” o “motivación”.

2. En mi opinión, la autoría mediata no constituye una especificidad de la intervención, sino una forma particular de realizar el tipo. De esta forma, mientras que en los casos de intervención delictiva se da una coordinación objetiva entre dos o más sujetos, en los supuestos tradicionalmente incluidos en el campo de la autoría mediata, el comportamiento antinormativo es realizado de manera unidireccional por el agente no-ejecutor. Todo ello, sin atisbo de coordinación alguna. Por lo tanto, aquí no se trata de determinar si el suceso típico es imputable a título de autor o partícipe al agente (*segundo nivel de análisis de un sistema de intervención*). Por el contrario, la cuestión es si aquel ha sido configurado por una única persona (que necesariamente recibirá el calificativo de “autor”)¹¹⁵³ o por parte de una comunidad delictiva (*primer nivel de análisis*). La irrupción en la esfera de libertad de la víctima como consecuencia de la infracción de un deber negativo puede manifestarse en una dimensión naturalística de manera “mediata”. Por lo tanto, considero que es mejor utilizar la expresión “realización del tipo de forma mediata” frente al de “autoría mediata”.¹¹⁵⁴ Ciertamente, este fenómeno también aparece en contextos de intervención delictiva. Esto sucederá cuando exista una coordinación entre dos o más sujetos y una de ellas se haya valido de un “instrumento” para crear “su parte” del riesgo colectivo. Repárese en el siguiente caso:

Caso: *A* le pide una pistola a *B* para matar a *C*. Este último amenaza a *D*, poseedor de un arma, para que se la entregue a *A*, quien acaba matando a *B* con ella.

En este supuesto, existe una comunidad delictiva formada por *A* y *B* en tanto que ambos han co-configurado de manera coordinada el riesgo objetivo de homicidio sobre *C*. Sin embargo, *B* ha realizado “su parte” instrumentalizando a *D* al efecto (a través de una amenaza). De esta manera, *B* ha intervenido en el acontecimiento antijurídico de “manera mediata.” Por lo tanto, puede decirse que la “mediatez” no es un fenómeno exclusivo de la autoría, sino que se puede darse en cualquier caso de creación de un riesgo prohibido por un tipo penal.

No se me escapa que toda forma de intervención realizada en una fase pre-ejecutiva presenta un carácter “mediato”: la contribución del sujeto es canalizada hacia el hecho antijurídico a través del comportamiento autorresponsable de la persona de delante. En todo caso, por “mediatez” en sentido estricto debe entenderse que, entre la conducta de la persona de detrás (interviniente pre-ejecutivo) y

¹¹⁵² Por todos, FARRÉ TREPAT, «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*», *EPyC*, (13), 1989, pp. 73 ss.; DEMETRIO CRESPO, «Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata», *Derecho Penal y Criminología*, (22-73), 2001, pp. 27 ss.

¹¹⁵³ Lo que también ocurre en casos en los que no existe “instrumentalización” en aras del principio de accesoria en su dimensión cualitativa.

¹¹⁵⁴ JAKOBS, *PG*, 1997, p. 764: “[l]a autoría se deduce, también en la autoría mediata, de la realización del tipo.”

la de delante (interviniente ejecutor), existe una tercera persona instrumentalizada.¹¹⁵⁵ De esta manera, lo que se produce de manera “mediata” es, en específico, el acto de coordinación con el comportamiento del ejecutor responsable a través de la conducta del instrumento. Una vez valorada esta coordinación objetiva como un supuesto de codeincuencia, se deberá proceder a la imputación del correspondiente título de intervención en atención a la magnitud de injusto proyectada por cada uno de los sujetos.

3. En este sentido, una persona puede instrumentalizar a otro coordinándose con el comportamiento autorresponsable de un tercero, mereciendo la calificación de interviniente, y recibir, en un segundo nivel de análisis, un título de intervención que exprese un *quantum* de responsabilidad distinto a la autoría. Así, por ejemplo:

Caso: *A*, el jefe de una banda criminal, amenaza la vida de los familiares de *B* para obligarle a que contrate un asesino para matar a *C*. *B*, actuando en estado de necesidad exculpante, le pide al sicario *D* que mate a *C* a cambio de una remuneración económica.¹¹⁵⁶

Si asumimos que la conducta del jefe criminal es constitutiva de intervención, es posible afirmar que esta ha sido realizada mediatamente a través del comportamiento (irresponsable) de *B*. Por lo tanto, nos encontramos ante un caso de intervención (si se quiere, mediata), pues el hecho típico es producto de una coordinación entre *A* y *D*. En un segundo nivel de análisis, puede decirse que este acontecimiento antijurídico es imputable a *D* a título de autor y a *A* a título de inductor. Al respecto, no sería correcto considerar que existen supuestos de “complicidad en autoría mediata” o “inducción en autoría mediata”. Lo que ocurre, más bien, es que la intervención entendida como acoplamiento coordinado con la conducta de un tercero puede realizarse de “manera mediata” a través de la instrumentalización de un sujeto irresponsable. En suma, esta característica no constituye una frontera entre la autoría y la inducción o, incluso, entre la intervención y la autoría. Por el contrario, supone una fisonomía naturalística que puede presentar cualquier acto de gestión defectuosa de la propia esfera de organización, tanto si se hace de manera “exclusiva” (autoría) o coordinadamente con un tercero (intervención).¹¹⁵⁷

4. Sobre la base de lo dicho hasta ahora, debe plantearse una enmienda a la idea —defendida por prácticamente toda la doctrina— relativa a que el “límite superior” de la inducción está constituido

¹¹⁵⁵ Que no únicamente irresponsable, pues la intervención (= coordinación) también puede realizarse, como decía, con sujetos no culpables.

¹¹⁵⁶ Caso expuesto por HECKE, «Strafbare beihilfe zur anstiftung?», *ZJS*, 2012, p. 487.

¹¹⁵⁷ De modo equivalente, puede ocurrir que dos personas se coordinen a los efectos de instrumentalizar a otro sujeto con el fin de que este último ejecute un hecho delictivo. Por ejemplo: *A* y *B* le comunican a *C* que le matarán en caso de que no entregue un paquete repleto de sustancias estupefacientes a *D*. *C* realiza el “encargo”. Con respecto al acontecimiento antijurídico, tanto *A* como *B* son intervinientes, habiendo efectuado sus distintas aportaciones de manera mediata a través de un tercero irresponsable. Así pues, ocurre que este acto de coordinación tiene por objeto la instrumentalización de dicho sujeto, por lo que ambos deben considerarse (co)autores (mediatos) del suceso delictivo.

por la autoría mediata.¹¹⁵⁸ Con base en esta concepción, se entiende que, en supuestos de aparente “dominación”, deberemos calificar automáticamente como inducción en caso de no poder afirmar que la persona de detrás haya instrumentalizado a la de delante, por haber actuado esta última con plena libertad y con conocimiento del significado de su acción. Este entendimiento mayoritario parte de la idea de que la norma de conducta que se infiere del tipo penal solo puede ser quebrantada por el “autor”. Por lo tanto, si la persona de detrás tiene delante a un autor, en tanto que sujeto capacitado para infringir la norma de la que es destinatario en exclusiva, aquella solo podrá actuar como partícipe.¹¹⁵⁹ Sin embargo, en la medida en que esta entidad deóntica puede ser infringida por todos los intervinientes a través de conductas destinadas a co-configurar el hecho delictivo, la consideración anterior decae. Efectivamente, una cosa es determinar a quien se le imputa el acontecimiento antijurídico y otra bien diferente es analizar el título de intervención que su comportamiento pueda merecer. Así pues, en el caso de que se llegue a la conclusión de que una comunidad de la clase “persona de detrás-persona de delante” constituye un supuesto de intervención delictiva y no de realización mediata del tipo, en ningún caso podremos pasar mecánicamente a considerar al hombre de atrás como instigador. Ciertamente, esta podrá llegar a recibir un título de imputación distinto (complicidad, cooperación necesaria e, incluso, autoría).

5. No obstante, también algún defensor del injusto del interviniente parece abocar a esta conclusión. En este sentido, ROBLES PLANAS sitúa la contraposición entre la inducción y la autoría mediata en el plano de la imputación del correspondiente título de intervención.¹¹⁶⁰ Con ello, la cuestión de la instrumentalización parece dilucidarse de conformidad con la norma de sanción: de existir una usurpación de la decisión del hecho, intervención en forma de autoría mediata; de no existir, intervención en forma de instigación.¹¹⁶¹ En cambio, considero que la identificación de un supuesto de realización mediata del tipo debe efectuarse en un momento previo. Así pues, esta se trata de una forma específica de infringir la norma de conducta, en los casos que interesan, utilizando (que no coordinándose con) un sujeto irresponsable. En tanto que entre el comportamiento de la persona de detrás y el de delante no se produce una situación de *coordinación*, sino de *instrumentalización*, es impropio hablar de un hecho delictivo producto de una pluralidad de intervinientes porque, realmente, en términos objetivos, solo existe uno. A este último, evidentemente, se le imputará el hecho a título de autor, no porque “haya hecho más”, sino porque, directamente, lo “habrá hecho todo”. Por lo tanto, la primera pregunta que uno debe formularse en los supuestos conflictivos tratados al hilo de la equiparación entre autoría mediata e instigación es si estamos ante un supuesto de intervención delictiva (el hecho es producto de una coordinación, por lo que ambos sujetos son

¹¹⁵⁸ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 560 ss.

¹¹⁵⁹ Sin perjuicio de la estructura del “autor tras el autor”.

¹¹⁶⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 270 ss.

¹¹⁶¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 273.

destinatarios de la imputación)¹¹⁶² o ante un caso de simple autoría (el hecho solo se imputa a la persona de detrás por haber instrumentalizado a la de delante). Se trata de un problema de desaprobación de la conducta e imputación del hecho delictivo.¹¹⁶³ Solo después, podrá uno adentrarse a considerar el título de intervención que merece el comportamiento del sujeto.

4.2. Instrumentalización como suplantación de libertad

1. Determinar que un riesgo típico se ha producido de manera “mediata” equivale a afirmar que esta contribución típica es exclusivamente imputable a la esfera de gestión de la persona de detrás (sin perjuicio de la existencia de terceros intervinientes ajenos a la relación instrumentalizador-instrumento).¹¹⁶⁴ De esta manera, la persona de delante se presenta como un mero eslabón de la cadena causal de un peligro configurado previamente en la esfera de organización de otro sujeto. Esto puede ocurrir, básicamente, de tres modos. En primer lugar, cuando entre el hecho delictivo y la conducta antinormativa intercede el comportamiento neutral de un tercero.¹¹⁶⁵ En segundo lugar, cuando se haya creado una situación que obligue al hombre de delante a actuar de manera justificada.¹¹⁶⁶ En tercer lugar, cuando la persona de detrás suplanta la libertad de la de delante, arrogándose su *decisión* o *conocimiento* en lo que concierne a la eventual conducta delictiva.¹¹⁶⁷ Este último caso es el que históricamente ha centralizado la discusión sobre la autoría mediata en conexión con el concepto de “instrumentalización”.¹¹⁶⁸ Asimismo, constituye la estructura más vinculada al fenómeno de la motivación al delito. Por ello, centraré el análisis en estos supuestos.

2. En este sentido, al existir una apropiación de la deliberación sobre el hecho, el peligro desprendido de la conducta del instrumento pertenece, en realidad, a la esfera de organización de la otra persona.

¹¹⁶² Salvo que uno de ellos carezca de culpabilidad.

¹¹⁶³ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, (51), 1998, p. 12.

¹¹⁶⁴ Estoy de acuerdo, entonces, con MAÑALICH, «La estructura de la autoría mediata», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2010, p. 396, cuando afirma que “la imputación del comportamiento del instrumento al autor mediata ha de fundarse en la competencia de éste por el defecto de responsabilidad de aquél.”

¹¹⁶⁵ Téngase en cuenta el siguiente caso: *A* le pide una pistola a *B* para matar a *C*. Este último, propietario de un restaurante que le sirve de tapadera para su principal fuente de ingresos, la venta ilegal de armas, le indica a *D* para que le lleve el arma a *A*, informándole que el paquete que le entrega es la comida pedida por este. *A* mata a *B* con la pistola entregada por *D*. Aquí no es posible afirmar que *B* haya “instrumentalizado” a *D*. Más bien, se ha realizado un acto de gestión defectuoso de su ámbito de organización, en el que se incluye la administración del arma de fuego, transmitiendo la contribución mediante la neutralidad del comportamiento de aquel. En supuestos así, también acontece una “mediación” entre la conducta antinormativa y el hecho típico, pero no con base en un proceso de suplantación de la libertad de la persona de delante. A continuación, me centraré en los casos en los que la mediación se produce a través de la instrumentalización del sujeto. Sin embargo, no puede perderse de vista que la intercesión de un sujeto entre la conducta antinormativa y el resultado (o el hecho típico en supuesto de intervención pre-ejecutiva) también se produce cuando dicho sujeto se comporta de manera neutral.

¹¹⁶⁶ KLESCZEWSKI, «Die Grundformen beteiligungsdogmatischer Systembildung», *FS-Puppe*, 2011, p. 633.

¹¹⁶⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 273: en estos casos, se usurpa “a la de delante la decisión de la producción del delito, ya sea creando especialmente en ella un déficit (engaño, error, manipulación, etc.), ya sea vinculando un déficit preexistente en la persona del instrumento con el hecho en concreto (utilización de menores, incapaces, etc.).”

¹¹⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 560 ss.

En tanto que esta última es “quien decide”, lo que ella efectúa es el impulso de un peligro fáctico identificado en la figura del tercero irresponsable. En consecuencia, en el momento en el que pueda afirmarse que la persona de delante haya apoyado su proceso causal o su omisión en una decisión libre, pese a poder presentar ciertos vicios o sesgos causalmente atribuibles a la de detrás, deberá concluirse que aquella es el producto de un acto de gestión de su propia esfera de organización, salvo que esta constituya una conducta neutral. Como detallaré de inmediato, esta circunstancia obliga a considerar la opción de la intervención delictiva en contra de la realización mediata del tipo. Sea como fuere, este proceso de suplantación de la libertad puede producirse, o bien a través de un acto directo de arrogación de la decisión, o bien por la (pre)existencia de un deber de control de la conducta del tercero irresponsable¹¹⁶⁹ o de compensación de los eventuales déficits cognitivos que la persona de delante pudiera presentar.¹¹⁷⁰ En este sentido, la instrumentalización debe entenderse como un acto de suplantación de la libertad que permite afirmar que la conducta del instrumento pertenece al ámbito de gestión de la persona de detrás. Partiendo de los parámetros que utiliza la doctrina alemana, creo acertado relacionar los casos de instrumentalización con las características cognitivas y volitivas del eventual instrumento.¹¹⁷¹ La suplantación de la decisión sobre el delito podrá efectuarse, o bien en conexión con el conocimiento de la persona de delante respecto del significado jurídico-penal de su comportamiento (*defecto cognitivo*), o bien en relación con su voluntad y capacidad de motivación conforme a la norma (*defecto volitivo*). Siguiendo con los postulados que he indicado con anterioridad, en mi opinión, los defectos plenos con respecto a estos dos aspectos deben llevar a la plena “irresponsabilidad” de la persona de delante. Así pues, en el momento en que, pese al déficit cognitivo o volitivo, el riesgo creado pueda reconducirse a la esfera de libertad del sujeto, la opción de la realización mediata del tipo decae para dar paso a la de la intervención delictiva (pero no automáticamente la inducción).

4.3. La vigencia renovada del “principio de responsabilidad”

1. La equiparación del concepto “instrumentalización” con la idea de “suplantación de libertad” implica considerar que, en aquellos casos en los que la persona de delante sea responsable, aunque de forma disminuida por una circunstancia causalmente conectada con la persona de detrás, deberá estimarse intervención delictiva, en cualquier caso. Esta apreciación coincide de modo relativo con la tesis por la que aboga un sector minoritario de la doctrina, identificada con el “principio de

¹¹⁶⁹ Sobre esto, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 65. El agente que tiene el deber de controlar el ámbito en el que está incluido una persona irresponsable responde de los riesgos que esta pudiera generar. En otros términos, el peligro fácticamente producido por la conducta del irresponsable es, en realidad, un riesgo desarrollado por la persona de detrás, bien por no haberlo evitado (omisión), bien por haberlo provocado (acción) (Por lo tanto, en estos supuestos, la “mediatez” se explica exclusivamente porque entre la esfera de organización de la persona penalmente responsable y el hecho existe un “elemento causal” identificado en el comportamiento del sujeto carente de capacidad de motivación conforme a Derecho.

¹¹⁷⁰ Sobre esto, MURMANN, «La autoría mediata utilizando el error de prohibición del autor principal», *AP*, 1998, pp. 1 ss.

¹¹⁷¹ Por todos, OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 461 s.

responsabilidad”. Según este cuerpo teórico, cuando el hombre de delante se comporta de manera responsable, no es posible considerar la existencia de un proceso de instrumentalización.¹¹⁷² Con respecto a esta idea, GALLAS indica la incompatibilidad de afirmar la existencia de una situación de “dominio” en aquel supuesto en el que el aparentemente “dominado” sigue siendo libre, pues ello equivaldría a valorar contradictoriamente a este último como el producto de un actuar no-libre.¹¹⁷³ En mi opinión, lo que ocurre es que, en el momento en el que el hecho delictivo puede ser reconducido al ámbito de organización de la persona de delante, desaparece la posibilidad de calificar al otro como instrumentalizador.¹¹⁷⁴ En un caso así, la realización típica solo puede ser producto, entonces, de una coordinación objetiva entre dos sujetos de afirmarse que la conducta del de detrás presenta un sentido delictivo de acoplamiento a la de la de delante.

2. Por lo tanto, este “principio de responsabilidad” debe reinterpretarse como la posibilidad de imputar al ámbito de organización del sujeto de delante el hecho delictivo sin perjuicio de la desaprobación que merezca la conducta del de detrás. Consiguientemente, no es solo la aptitud de “disculpar” al (aparente) instrumento lo que permite caracterizar un supuesto de realización mediata del tipo, sino la facultad de canalizar hacia la esfera de libertad del hombre de detrás esta misma irresponsabilidad. En este sentido, esta estructura consiste en una manera de gestionar la propia esfera de organización disimulada tras la figura de quien parece estar haciéndolo (el instrumento).¹¹⁷⁵ Consiguientemente, en el momento en el que puede decirse que la persona de delante también está gestionando su propio ámbito de competencias, el comportamiento de la de detrás deberá valorarse desde los parámetros de la intervención en atención a la conducta de aquel. En otros términos, la desaprobación jurídico-penal de su actuar deberá tener en consideración que entre este y el hecho antijurídico existe un comportamiento (más o menos) responsable de cuya esfera competencial se ha generado una contribución típica. Ilustro la idea con los siguientes ejemplos:

Caso 1: *A* apunta a *B* con una pistola y le dice que, si no mata a *C*, quien se encuentra allí en ese momento, le disparará en la sien. *B* mata a *C*.

Caso 2: *A* crea un error vencible a *B* que provoca que este acabe matando a *C*.

En el primer caso, asumiendo que se trata de un supuesto de instrumentalización, el hecho de injusto es imputable en exclusiva a *A*. De esta manera, el riesgo típico de homicidio ha sido gestionado en

¹¹⁷² GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 99; BLOY, *Die Beiteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 350; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 715; JAKOBS, *PG*, 1997, p. 778; STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, pp. 325 s.; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 13. Este principio no es admitido por la mayor parte de la doctrina, así, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 298; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, pp. 159 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 232 ss.

¹¹⁷³ GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 99.

¹¹⁷⁴ Por lo tanto, es una cuestión vinculada a la existencia de un acto de gestión defectuoso de la propia libertad. Al respecto, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 273.

¹¹⁷⁵ JAKOBS, *PG*, 1997, pp. 763 s.

su ámbito de organización, por lo que *B* solo se ha dedicado a transportar un peligro previamente moldeado como si de una cinta transportadora se tratara. En cambio, en el segundo caso, dado el carácter vencible del error, *B* sigue siendo responsable, de tal manera que el peligro creado sobre *C* es perfectamente reconducible a su esfera de libertad. Aunque se produzca una cierta situación de dominio, incluso si esta última es real y efectiva en el caso concreto, *B* ha realizado una conducta antinormativa y a este le es imputable objetivamente el acontecimiento delictivo.¹¹⁷⁶ La responsabilidad de *A* deberá dilucidarse, entonces, conforme al esquema de la intervención. En consecuencia, será necesario constatar si el hecho de crear un error vencible en un tercero supone o no una contribución con sentido delictivo en el suceso de injusto o si, por el contrario, este es imputable únicamente al otro. El comportamiento del hombre de atrás adquirirá este significado jurídico-penal cuando pueda entenderse como un acto de coordinación con la conducta del tercero autorresponsable, pese a su déficit cognitivo. Lo opuesto, esto es, afirmar una situación de dominio para aplicar la autoría mediata (mejor: “realización mediata del tipo”) supondría una contradicción, en tanto que el acto de realizar mediatamente el riesgo prohibido presupone que la persona de delante no lo está realizando también, lo que no se produce en este caso.

3. Establecido este esquema, faltará, en todo caso, valorar qué título de intervención merece cada una de las conductas implicadas en la configuración del hecho. Y es aquí donde reside la clave para entender el rechazo generalizado al principio de responsabilidad por parte de la doctrina mayoritaria. Ciertamente, esta situación solo se explica porque, desde las premisas más unánimemente compartidas, en estos casos, pareciera que la única forma de calificar como autor a la persona de detrás fuera a través de la autoría mediata.¹¹⁷⁷ Si esta última no fuera aplicable, la única alternativa sería considerar la vía de la inducción. Por esta razón, existe la tendencia en la doctrina de calificar como autoría mediata casos en los que la persona de delante sigue disponiendo de la capacidad de motivarse conforme a la norma. Esto sucede, principalmente, en los supuestos de semiimputabilidad y de creación y aprovechamiento de errores vencibles¹¹⁷⁸ (estos últimos relacionados, también, con la problemática relativa a la participación dolosa en un hecho imprudente).¹¹⁷⁹ Sobre este punto, es pertinente reiterar que la existencia de responsabilidad en la persona de delante implica que su relación

¹¹⁷⁶ JAKOBS, *PG*, 1997, p. 764, en casos de “influencias” que no instrumentalizan, “no se degrada su organización [la de la persona de delante] hasta ser instrumento de un responsable predominante.”

¹¹⁷⁷ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 156: “[e]l «principio de responsabilidad, llevado hasta sus últimas consecuencias debería excluir la autoría mediata cuando el ejecutor actúa con capacidad de culpabilidad disminuida”

¹¹⁷⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, pp. 159 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 219 ss.; DE OLIVEIRA MONTEIRO, *La autoría mediata en delitos imprudentes*, 2013, pp. 514 ss., 542 ss.; HERZBERG, «Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtum», *Jura*, 1990, pp. 22 ss.; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 463 s.

¹¹⁷⁹ La doctrina mayoritaria acepta la estructura de la autoría mediata en estos casos. Entre otros, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, pp. 126 ss.; INGELFINGER, *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, pp. 176 ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 296 ss.

con la persona de detrás deba resolverse conforme a los parámetros de la intervención delictiva.¹¹⁸⁰ Pero ello no obstará a que la magnitud de su injusto presente un *quantum* equiparable a la autoría. En efecto, a diferencia de lo que opina BOLEA BARDON, la plena o disminuida responsabilidad de la persona de delante no impide necesariamente la imputación del hecho típico a título de autor a la de detrás.¹¹⁸¹ De este modo, lo único que implica esta interpretación del “principio de responsabilidad” es la consideración de la intervención delictiva a los efectos de valorar si las distintas contribuciones de los sujetos involucrados se han coordinado o no para dar forma a un hecho delictivo.¹¹⁸² De nuevo, la alternativa a la autoría mediata no es la inducción, sino la intervención delictiva. En caso de validarse esta última, se podrá a entrar a valorar si, dada la magnitud de su injusto con respecto a la configuración del acontecimiento antijurídico, al hombre de detrás se le puede imputar un título de autoría o, por el contrario, de participación.

V. EL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

1. La función del principio de accesoriadad

1. Todas las ideas presentadas hasta este momento implican serias reconsideraciones con respecto al principio de accesoriadad. La más importante es que este no debe entenderse circunscrito a una relación “partícipe-autor”, sino a una de la clase “interviniente-hecho delictivo.”¹¹⁸³ Por lo tanto, el carácter dependiente del injusto de cualquier interviniente debe componerse en atención al acontecimiento antijurídico a cuya configuración dirige este su específica contribución. Ciertamente, este aporte se efectúa en correspondencia con la construcción colectiva de un suceso que el Derecho penal desapueba y prohíbe con respecto, no a un específico círculo de sujetos (autores), sino a cualquier ciudadano capacitado para aportar uno de sus fragmentos significativos. Sin perjuicio de lo anterior, este comportamiento individualmente considerado puede llegar a no expresar *nada* con respecto a la norma de conducta, principalmente, en los casos de contribuciones pre-ejecutivas. En consecuencia, es necesario que este aporte se (des)valore a la vista del proyecto delictivo a cuya

¹¹⁸⁰ De modo inverso, por el contrario, la irresponsabilidad de la persona de delante no supone automáticamente pasar a considerar el caso como uno de realización mediata del tipo, pues la intervención en tanto que coordinación objetiva puede subsistir también en estos supuestos. Incido en la idea *infra* apartado...

¹¹⁸¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 157. El ejemplo más paradigmático: “órdenes” en organizaciones empresariales en las que el subordinado actúa típicamente.

¹¹⁸² Con ello, se supera la objeción dispuesta por MURMANN, *AP*, 1998, p. 5 cuando indica que “no es admisible afirmar como conclusión inmediata una responsabilidad del autor principal en su relación con la víctima, excluyendo de la responsabilidad a título de autor al hombre de atrás en su relación con ella” en tanto que consecuencia clásica del principio de autorresponsabilidad.

¹¹⁸³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 220; EL MISMO, *PC*, (15-30), 2020, p. 1001: “la decisión fundamental gira entorno a la posibilidad de establecer u nexo de imputación entre interviniente e injusto, no entre interviniente y 'autor' (al fin y al cabo otro interviniente).”

construcción se encamina. Solo así es posible asignarle a este un específico significado penal en tanto que forma de intervención (de allí, el carácter colectivo de esta última).

2. Sobre esta premisa, la principal función de la accesoriedad en este contexto es la de servir de apoyo valorativo para alcanzar la conclusión de que el comportamiento objeto del análisis ha adquirido una trascendencia objetiva a modo de porción estructural de un proyecto común, tal y como ocurre con el principio de imputación recíproca en casos de coautoría.¹¹⁸⁴ Solo analizando la conducta de la “persona de detrás” con arreglo al contexto supraindividual en el que se desarrolla, será posible atribuirle a esta un significado delictivo en comunión con el objeto de imputación, esto es, el hecho antijurídico. Así pues, la entrega de un instrumento idóneo para matar a alguien no está intrínsecamente o en sí misma prohibida por la norma que se desprende del art. 138 CP. Por el contrario, lo estará en tanto que pueda decirse que su destino, objetivamente determinado, es el de acoplarse a un proyecto colectivo en cuyo contexto adquirirá el sentido de contribuir al hecho delictivo “homicidio”.¹¹⁸⁵ Solo después, en caso de que esta contribución se plasme definitivamente en este acontecimiento, podrá abordarse la posibilidad de su castigo. De esta idea general se desprende que las implicaciones del principio de accesoriedad alcanzan tanto a la norma de conducta como a la de sanción.

2. Principio de accesoriedad y norma de conducta

2.1. Ideas generales

1. La accesoriedad en el estrato de la norma primaria permite caracterizar la conducta del sujeto como una (futura) parte estructural de una obra colectiva. La conclusión que debe alcanzarse es que el comportamiento se dirige a construir, junto a otros intervinientes, un proyecto delictivo. Asumiendo las palabras de ROBLES PLANAS, “en el plano de la norma de conducta, la esencia de la intervención en el delito está en la *coordinación objetiva* de diversas aportaciones en aras a la realización delictiva” por lo que “lo relevante es si cada aportación individual tiene el significado objetivo de *ensamblarse* con otras como proyecto delictivo común, o bien puede aislarse del resto.”¹¹⁸⁶ Por lo tanto, la *antinormatividad* del comportamiento del interviniente, principalmente, la delimitación de su *conducta prohibida de intervención*, debe basarse en la circunstancia de que dicho actuar ha adquirido el sentido de acoplarse a un (futuro) hecho delictivo cuya ejecución depende de la conducta autorresponsable de

¹¹⁸⁴ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 996; OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 159 s.

¹¹⁸⁵ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 148 ss., al respecto de lo que él denomina el “registro prospectivo” del principio de accesoriedad.

¹¹⁸⁶ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 999. La inexistencia de una “coordinación objetiva” da lugar a los casos de “autoría accesoria” o “autoría paralela”. Sobre esto, ROBLES PLANAS, *InDret*, (2). 2012, p. 4.

un tercero (en los casos de contribuciones pre-ejecutivas).¹¹⁸⁷ Así pues, el consejo técnico que *A* aporta a *B* para canalizar materialmente su intención de matar a *C* supone la realización de un comportamiento antinormativo a los efectos de la intervención delictiva porque constituye una contribución peligrosa dirigida objetivamente a amoldarse en un acontecimiento antijurídico (el peligro de homicidio proyectado sobre *C*). Tanto *A* como *B* se dirigen a configurar el hecho delictivo con sus distintas aportaciones en tanto que recíprocamente conectadas. Por lo tanto, el respectivo significado penal de sus conductas se extrae de su puesta en relación (accesoriedad) con el hecho colectivo que ambas construyen (o están por construir). En definitiva, en el plano de la norma de conducta, el principio de accesoriedad opera a modo de “referencia de (des)valoración”, lo que implica que la relevancia penal del comportamiento (el hecho de que esté o no prohibido) debe analizarse en comunión con el acontecimiento delictivo a cuya elaboración (parcial) se dirige. Sin embargo, afirmar este extremo no implica considerar que la conducta ha adquirido una plena tipicidad, pues esto solo sucederá cuando el aporte prohibido se inserte definitivamente en el hecho delictivo formando con ello una unidad de sentido. En todo caso, esta última apreciación pertenece a la operatividad de la norma de sanción.¹¹⁸⁸

Puede ocurrir que una conducta que, en sí misma, no presenta el sentido de acoplamiento a un hecho delictivo futuro sea aprovechada por un tercero para ejecutar el delito. Al respecto, repárese en el siguiente caso:

Caso: *A* vierte una cantidad insuficiente de veneno en la taza de café de *B* pensándose que constituye una dosis adecuada para provocarle la muerte. *C*, conocedor de este extremo y sin haberlo concertado con anterioridad con *A*, vierte una pequeña cantidad del mismo veneno que, sumada a la cantidad ya existente, da como resultado una dosis suficiente para matar a alguien. *B* bebe de la taza y muere.

La conducta de *A* constituye una tentativa inidónea de homicidio. Pese a que *C* se haya valido de esta para ejecutar el delito, el comportamiento de *A* no estaba destinado objetivamente a amoldarse a un proyecto colectivo. Lo que ocurre es que *C* se ha aprovechado de la existencia de dicha conducta para ejecutar él mismo el hecho, por el que deberá responder como autor de un delito de homicidio consumado.

2. En consecuencia, en este punto es posible reiterar que no es acertado concebir la participación como un “delito autónomo”, en tanto que infracción personal de una norma de conducta propia y distinta. Esta línea de pensamiento desconsidera de entrada el problema de la intervención puesto

¹¹⁸⁷ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 999: “La *accesoriedad* en la norma de conducta no es otra cosa que este fenómeno (objetivo) de *acoplamiento* de conductas que implica poder prohibir una conducta precisamente porque tiene el sentido de *incorporarse* a un proyecto delictivo, esto es, formar parte, junto con otras, de la organización de un delito” (con cursivas en el original).

¹¹⁸⁸ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 999: “Únicamente llegan a ser típicas aquellas conductas que infringen una norma y, por tanto, se hallan normativamente vinculadas a un mismo hecho cuando ese hecho posee unas determinadas propiedades: constituir un injusto típico. Y solo constituyen injustos típicos los hechos que alcanzan un nivel de lesividad determinado: allí donde se inicia la ejecución” (con cursivas en el original).

que niega cualquier tipo de carácter colectivo en caso de la existencia de una pluralidad de agentes en la comisión de un delito: cada sujeto infringe su propia norma (su deber) sin relación alguna con la infracción llevada a cabo por los demás. Sobre esta base, sería absurdo plantearse los problemas más paradigmáticos en el campo de la autoría y la participación como, en lo que aquí concierne, el de la accesoriadad.¹¹⁸⁹ Pese a que esta idea respeta plenamente el principio de autorresponsabilidad, pues cada sujeto responde por su propio injusto, el problema es que la tesis soslaya el carácter grupal del acontecimiento en el que cada una de las distintas conductas se sitúa y en relación con el que adquieren su específico significado delictivo.¹¹⁹⁰ En efecto, afirmar que una persona que entrega un arma de fuego a otra que tiene el propósito declarado de matar infringe una norma en sí mismo sin conexión alguna con el ulterior comportamiento del otro sujeto implica obviar la dimensión colectiva del hecho delictivo. Consiguientemente, se presenta complicado asignarle un significado jurídico-penal a su conducta eludiendo el hecho de que esta se ha realizado en atención al actuar de un tercero autorresponsable. Por lo tanto, cada interviniente infringe individualmente la norma de conducta y realiza su propio injusto. Sin embargo, esta oposición al contenido de la norma debe valorarse con dependencia a un hecho principal.

2.2. La antinormatividad de las contribuciones pre-ejecutivas

1. En el momento en que pueda asignarse este sentido delictivo a la conducta del interviniente, podrá decirse que este ha infringido la norma de conducta a él dirigida. Así pues, quien realiza un comportamiento con el significado de acoplarse o amoldarse a un proyecto colectivo (concomitante o futuro) en atención a la conducta de un tercero responsable, realiza un *comportamiento prohibido y antinormativo*. Esto puede aceptarse con pocos problemas en aquellos casos en los que se da una coexistencia espacio-temporal entre el hecho delictivo y la conducta.¹¹⁹¹ No obstante, la duda se despierta cuando el acontecimiento antijurídico al que sirve el comportamiento y este último se hallan distanciados temporalmente. Se trata del discutido tema del castigo de las conductas de intervención pre-ejecutivas.¹¹⁹² Al respecto, no es lugar aquí para exponer el largo debate que ha generado este problema, sino solo para tomar postura sobre la cuestión. En este sentido, considero que es plenamente viable afirmar que la conducta con sentido delictivo realizada en una fase pre-ejecutiva por parte del interviniente está igual de prohibida como la de aquel que la efectúa en una fase ejecutiva.¹¹⁹³ Y lo está, por cierto, en virtud de la misma norma primaria que infringe el interviniente

¹¹⁸⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 137.

¹¹⁹⁰ Igualmente, PALERMO, *FS-Sancinetti*, 2020, p. 583.

¹¹⁹¹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 129 s.

¹¹⁹² Sobre esto, extendidamente, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 129 ss., 217 ss.

¹¹⁹³ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 998: “[l]o jurídico-penalmente sancionable es más reducido que lo antinormativo.”

ejecutor, esto es, la que se desprende del correspondiente tipo penal.¹¹⁹⁴ Como indica LESCH, “[l]os tipos no describen (...) al autor, sino que simplemente fijan en qué consiste una perturbación social (hecho penal) —que en su caso también puede ser realizado por varios intervinientes.”¹¹⁹⁵

2. De esta manera, debo apartarme de las consideraciones de JAKOBS. Para este autor, lo que infringe el sujeto en estos casos no es una *norma penal*, sino una *incumbencia* [*Obliegenheit*].¹¹⁹⁶ Con esta idea se alcanza la indeseable solución de afirmar que la conducta del interviniente pre-ejecutivo no es antinormativa en un sentido estricto, sino solo contraria a la *incumbencia* que le obliga a no realizar prestaciones vinculadas con la futura realización del tipo, de modo parecido a un *acto preparatorio*.¹¹⁹⁷ Ciertamente, la concepción de JAKOBS, vinculada a la protección de expectativas jurídicas,¹¹⁹⁸ implica aceptar que un delito solo se produce cuando se lesiona la expectativa protegida por la norma (en los casos que interesa, cuando se realiza ejecuta efectivamente el hecho). Esta perspectiva sumamente *ex post* contrasta con la óptica *ex ante* que ha dominado la teoría de las normas gracias, en primer lugar, a BINDING y, en su desarrollo posterior, a KAUFMANN. Por el contrario, entiendo que el interviniente pre-ejecutivo infringe igualmente una norma penal, en concreto, la que le prohíbe llevar a cabo comportamientos capacitados para definir la lesión de la esfera de libertad de la víctima prohibida por el delito en cuestión. Al realizar esta clase de conductas, el sujeto expresa una toma de posición frente al Derecho, quebrantando la entidad deóntica. Consiguientemente, realiza un comportamiento

¹¹⁹⁴ En contra, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 125, 129 ss. A favor, ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 998, n. 18: “[d]el tipo también se derivan esas normas de conducta referidas a las aportaciones pre-ejecutivas, pero añade el requisito de que el hecho entre en estadio ejecutivo para poderlas castigar con pena.” El mismo autor añade en p. 999: “Cuando se inicia la ejecución todas las aportaciones normativamente vinculadas al hecho pasan a ser típicas. No solo es típica la conducta del ejecutor que da inicio a la realización del tipo, sino también las conductas de los sujetos que han obrado con anterioridad posibilitando la ejecución. De ahí que aquí se sostenga repetidamente que el tipo de la Parte Especial no solo comprende las conductas de “autoría”, sino también las de toda intervención penalmente relevante, pues a todas ellas les es posible “imputar objetivamente” el injusto típico que se realiza.” Igualmente, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 137: “[l]as normas de la parte especial han de ser necesariamente entendidas de forma extensiva”, 159 s.: si “los tipos de la parte especial no deciden *per se* la cuota de responsabilidad de los intervinientes, sino sólo los contornos objetivos de la imputación, entonces puede afirmarse sin reparos que también la conducta del cooperador o del inductor están comprendidas en el tipo, si bien no como modalidades o títulos de intervención en el delito, sino en su vertiente de co-creación del riesgo típico.”

¹¹⁹⁵ LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva* (trad. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 1998, p. 64.

¹¹⁹⁶ Entendida como “una entidad deóntica consistente en un mandato o una prohibición de comportamiento menos intenso que un deber (*Pflicht*)” (MONTIEL, «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *InDret*, (4), 2014, p. 3). Véase también, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret*, (1), 2015, pp. 21 s., definiendo la “incumbencia” como una entidad cuya “operatividad adecuada se da en el ámbito de la imputación extraordinaria, en donde vendrían a servir de fundamento para restablecer la imputación provisionalmente interrumpida. Su operatividad, en cambio, no es necesariamente la de atenuar la sanción. Y menos todavía la de fundamentar una consecuencia penal cuando se carece de la base necesaria para atribuir responsabilidad, eludir una laguna legal, o suplir un defecto de la ley. Poseen capacidad explicativa y vienen a satisfacer una no pequeña necesidad: la de describir cómo operan la *actio libera in causa*, la imprudencia, los errores vencibles, la provocación o no evitación de situaciones de inimputabilidad, y por extensión también los casos límite.”

¹¹⁹⁷ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 20: “la conducta del estado previo no es un injusto, pero crea un fundamento para imputar el injusto de la ejecución a quien actúa en el estado previo, también como injusto de dicho sujeto, aun cuando ese injusto sea realizado por medio de mado ajena (...) se ha colocado en la situación en la que no puede ser distanciado del injusto realizado en el futuro, pues ha llevado adelante las preparaciones necesarias para la realización de tal injusto.” Ello, a su parecer, “constituye una infracción de la incumbencia que conduce a la imputación del injusto” (p. 22).

¹¹⁹⁸ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 12 ss.

antinormativo.¹¹⁹⁹ Sin embargo, *antinormatividad* no significa *tipicidad*. Aquí reside el principal punto crítico que puede achacarse a JAKOBS: infracción de la norma y tipicidad no tienen por qué coincidir. En efecto, quien efectúa una contribución pre-ejecutiva prohibida no realiza el tipo,¹²⁰⁰ sino que solo expresa que la norma de conducta desprendida de dicho tipo penal no rige para él mediante el emprendimiento de una conducta dirigida hacia la efectiva realización típica del hecho. Por lo tanto, el tipo penal solo se empieza a producir cuando el acontecimiento al que sirve la contribución del interviniente pre-ejecutivo entra en fase de tentativa a través del inicio de su ejecución. Es en este momento temporal cuando la *antinormatividad* (el quebrantamiento de una norma) se proyecta sobre el hecho delictivo cumplimentando con las exigencias legales (= típicas) para poder imponer una pena. Con ello, acepto las apreciaciones de la denominada “solución global” de la tentativa en caso de autoría mediata compatibilizada con determinados aspectos de la “solución individual” para el ámbito de la intervención delictiva, extremo recientemente remarcado por VACHELLI.¹²⁰¹ Sobre este último particular, sin embargo, deben efectuarse una serie de aclaraciones que desarrollaré *infra*.¹²⁰²

3. Principio de accesoriadad y norma de sanción

3.1. Ideas generales

1. En lo que respecta a la *norma de sanción*, el principio de accesoriadad sirve a los efectos de depurar el campo de las conductas antinormativas para identificar aquellas que realmente merecen y necesitan pena. Más en detalle, la demarcación que produce la norma de sanción del ámbito de lo prohibido por la norma de conducta se efectúa en virtud del principio de lesividad del hecho. En este sentido, solo cuando se inicia la fase ejecutiva del acontecimiento antijurídico, será posible concluir que las contribuciones de los distintos intervinientes (principalmente, aquellas realizadas con anterioridad a la ejecución) han alcanzado una plena tipicidad a los efectos de su castigo (como mínimo, en relación con un delito intentado).¹²⁰³ Ciertamente, pese a que realizar una conducta de intervención antes de la ejecución del proyecto colectivo es objeto de prohibición, por lo que ya constituye *per se* un comportamiento antinormativo, la susceptibilidad de castigarlo con pena depende del inicio de la ejecución. A partir de este momento se expresa la lesividad necesaria para acabar de legitimar el recurso a la sanción penal.¹²⁰⁴ Retomando el caso del consejo técnico expuesto con anterioridad, sin

¹¹⁹⁹ Sobre las implicaciones de esta consideración, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, 2015, p. 328: se podría castigar al inimputable que recobra su estado de imputabilidad antes de la realización del hecho y a quien induce a una persona a realizar un hecho no típico en caso de que, antes de su ejecución, se declarara por Ley su tipicidad.

¹²⁰⁰ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 1001: “lo antinormativo es más amplio que lo típico.”

¹²⁰¹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 246 ss.

¹²⁰² Véase en este mismo capítulo *infra* ap. V.3.2.

¹²⁰³ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 999.

¹²⁰⁴ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, pp. 999 s.

perjuicio de que su aportación constituya un actuar antinormativo en correspondencia con la norma de conducta (= contribución objetivamente dirigida a acoplarse a un proyecto delictivo de configuración del riesgo prohibido por el tipo penal de homicidio), su completa tipicidad solo se alcanzará cuando pueda entenderse que el proyecto colectivo al que sirve, en tanto que hecho delictivo, se ha empezado a ejecutar. Solo así será posible confirmar con plenitud la efectiva relación de sentido entre el comportamiento del interviniente y el acontecimiento antijurídico.¹²⁰⁵

En este punto, puede recuperarse la referencia que he efectuado páginas atrás sobre el “foco de prohibición” que emana de una norma de conducta. En este sentido, del mandato básico desprendido de la norma primaria (p.ej., “no mates”) se desprende un haz que se va individualizando y concretando atendiendo a las respectivas posiciones que puede ocupar un sujeto y las circunstancias que lo rodean. En el específico caso de la intervención pre-ejecutiva, este haz alcanza todas aquellas conductas que pudiera tener la capacidad de coordinarse con otras futuras para realizar el hecho prohibido (las favorecedoras y, todavía está por ver, la motivadoras). Sin embargo, que estos actos estén prohibidos por la misma norma de conducta que prohíbe los actos ejecutivos no significa que ya puedan castigarse. Al respecto, la norma de sanción solo permite imponer pena a aquellos comportamientos que han trascendido en el hecho delictivo: el acto de favorecimiento (en su caso, también el de motivación) deberá “realizarse” en el acontecimiento antijurídico para que se cumplan todos los requisitos típicos y pueda castigarse. Muy excepcionalmente, el Código penal castiga determinadas conductas de intervención pre-ejecutiva que todavía no se han actualizado en la fase ejecutiva. Hago referencia a los actos preparatorios punibles. Estos constituyen determinadas conductas antinormativas de intervención que el Derecho castiga por contemplar en ellas la suficiente gravedad como para poder legitimar ya el recurso a la pena. En este sentido, el art. 17 CP conforma una norma de sanción que individualiza determinados comportamientos incluidos en el “foco de prohibición” de determinadas normas de conducta.

2. Con base en lo dicho, el principio de accesoriedad opera en el ámbito de la norma de sanción a través de los efectos tradicionalmente adscritos a su dimensión cuantitativa (o externa), aunque de una manera reformulada: para poder castigar al interviniente cuya conducta se realiza en una fase pre-ejecutiva (en términos clásicos —e incorrectos—, al partícipe) es necesario que la persona de delante autorresponsable en atención a cuyo comportamiento se efectúa la primera aportación (en términos clásicos —e incorrectos—, el autor) de inicio a la ejecución del hecho delictivo, esto es, que este último “entre” en fase de tentativa. A este respecto, como ha indicado recientemente PALERMO en una revisión crítica de las tesis autonomistas del injusto de la participación, es necesario seguir

¹²⁰⁵ En este sentido, el acontecimiento antijurídico puede concebirse como el “resultado” de las conductas de intervención pre-ejecutivas. Así, ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 999: “[l]a ejecución es, por así decirlo, el 'resultado' de la actuación coordinada de los diversos intervinientes. Unos y otros, con sus respectivas conductas antinormativas, habrán configurado, en mayor o menor medida, esa ejecución. Esto no solo es válido para el interviniente que realiza una contribución de menor importancia (y entonces se le denomina 'cómplice'), sino también para el interviniente que configura la parte más importante del suceso (y entonces se le denomina 'autor'). También en el caso de este último habrá que esperar a que las consecuencias de la infracción de la norma de conducta alcancen un determinado estadio para afirmar que se llega al ámbito de lo punible.”

defendiendo el principio de accesoria en su dimensión cuantitativa o externa. Lo contrario, según el autor, “conduce, inevitablemente, a un debilitamiento de esta garantía, pues al renunciar a la ejecución del hecho principal como criterio vinculante, se caracteriza como 'perturbación social' la mera sugerencia psíquica o el favorecimiento a un tercero para la comisión de un futuro hecho delictivo que ni siquiera es necesario que acontezca.”¹²⁰⁶ En consecuencia, solo cuando se inicie la ejecución del hecho se podrá imponer una pena a los distintos intervinientes (en caso de que el tipo penal en cuestión admita el castigo por el delito intentado: estaremos ante un caso de “intervención en una tentativa de delito”). La conducta antinormativa del interviniente quedará reflejada en el acontecimiento antijurídico cuando este entre en su correspondiente fase de tentativa a modo de requisito de la norma de sanción.

3.2. Tentativa, desistimiento y renuncia

1. De este último apartado se infiere que en el ámbito de la intervención delictiva (principalmente, en la pre-ejecutiva) coexisten dos momentos temporales decisivos. Por un lado, el momento de la realización del quebrantamiento de la norma de conducta por parte del interviniente. Por el otro, el inicio de la ejecución del hecho delictivo a cuya configuración se dirige la aportación de este mismo agente. Esta dualidad debe relacionarse con la mención que he efectuado páginas atrás sobre la “solución global”¹²⁰⁷ y la “solución individual”¹²⁰⁸ de la autoría mediata y su traslado al ámbito de la intervención delictiva. A este respecto, siguiendo a VACHELLI, “en todos los casos [de intervención] la norma de comportamiento se infringe cuando el agente individualmente pierde la posibilidad de revocar de forma segura su aportación, motivación, provocación de situación de inimputabilidad o influencia sobre el instrumento.”¹²⁰⁹ Sin embargo, “esta afirmación en el nivel de la norma primaria no implica automáticamente que se denote la aplicación de una pena en el nivel de la norma secundaria” pues “[e]n los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo ha de esperarse hasta que el ejecutor dé inicio al hecho delictivo.”¹²¹⁰ Por medio de esta combinación se evita, según el autor citado, “caer en la trampa de confundir lo individual de la tentativa acabada de intervención con lo global del presupuesto de aplicación de la norma de sanción para todo el colectivo.”¹²¹¹ Ello deriva a la siguiente conclusión: en el estrato de la norma de conducta “siempre deberá estarse a la solución

¹²⁰⁶ PALERMO, *FS-Sancinetti*, 2020, p. 583.

¹²⁰⁷ Según la cual, la tentativa del autor mediato se inicia cuando la persona de delante (instrumento) inicia la ejecución del hecho. Por todos, ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 513 s.; FARRÉ TREPAT, *EPyC*, (13), 1989, pp. 73 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Derecho Penal y Criminología*, (22-73), 2001, pp. 39 ss.

¹²⁰⁸ Según la cual, la tentativa del autor mediato se inicia cuando la persona de detrás influye al instrumento. En su versión modificada, no es suficiente con que constate esta influencia, pues será necesario que el autor mediato pierda el control sobre el instrumento. Por todos, ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 514 s.; FARRÉ TREPAT, *EPyC*, (13), 1989, pp. 73 ss.; DEMETRIO CRESPO, *Derecho Penal y Criminología*, (22-73), 2001, pp. 35 ss.

¹²⁰⁹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 246.

¹²¹⁰ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 246.

¹²¹¹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 249.

individual” pues “[l]a relación del agente con la norma de comportamiento siempre es personal y bilateral: el paso del ámbito interno de los actos preparatorios a la externalización culpable de la infracción de la norma lo decide el ciudadano de manera individual.”¹²¹² En cambio, en el nivel de la norma de sanción es cuando cabe aplicar los presupuestos de la denominada “solución global”, lo que ocurrirá “cuando alguno de los agentes empuja el proyecto delictivo al estadio de la tentativa punible.”¹²¹³

2. En suma, todo interviniente pre-ejecutivo, al quebrantar la norma de conducta, efectúa una conducta antinormativa. Así, lo que prohíben la mayoría de las normas primarias colegidas de los tipos penales es la realización de una conducta capacitada para definir un riesgo cualitativo-cuantitativo y —aunque está por ver— su motivación con respecto a la esfera de libertad de un tercero.¹²¹⁴ Quien realiza dicho comportamiento, sea en un momento concomitante a la ejecución, sea en un momento previo, realiza una conducta antinormativa (*su* propia “tentativa de intervención” en tanto que destinatario en concreto de una norma primaria). Sin embargo, esta antinormatividad no implica que el comportamiento sea típico en tanto que conectado con el acontecimiento antijurídico al que pretende co-configurar. Así pues, solo cuando su aportación se integre en el suceso delictivo podrá decirse que su conducta ha alcanzado una plena tipicidad como exigencia de la norma de sanción. Consiguientemente, será en este momento cuando pueda afirmarse que el hecho delictivo (el riesgo prohibido por el tipo penal frente a cualquier destinatario) al que sirve dicha contribución ha entrado en fase de tentativa. En otras palabras, “tentativa” en el estrato de la norma primaria equivale a decir que el comportamiento del interviniente constituye un actuar peligroso y antijurídico, pero no necesariamente punible,¹²¹⁵ pues, “tentativa” en el ámbito de la norma de sanción implica afirmar que el acontecimiento colectivo ha “empezado andar” proyectando todas las distintas contribuciones que en momentos previos o concomitantes pudieran estar destinadas a moldearlo.¹²¹⁶

3. Sobre estas consideraciones, ya puede abordarse el fenómeno del desistimiento en el ámbito de la intervención delictiva. Basten ahora unas mínimas apreciaciones generales antes de plantear los supuestos más problemáticos dado el objeto del presente estudio, los de intervenciones pre-ejecutivas. Así pues, la institución del desistimiento suele conceptuarse mayoritariamente como un comportamiento que expresa un “retorno a la legalidad” [*Rückkehr in die Legalität*].¹²¹⁷ Los problemas

¹²¹² VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 249, lo que respetaría el principio de culpabilidad y el principio de coincidencia.

¹²¹³ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 249, en aras de proteger el principio del hecho y el principio de autorresponsabilidad “en tanto no se castigarán conductas que todavía se encuentren lejos de un peligro inmediato para la posición jurídica, ni tampoco se sancionarán conductas fragmentadas sobre la que aún no se termina de definir el alcance de su significado.”

¹²¹⁴ Delitos especiales...

¹²¹⁵ De la que se derivarían ciertos deberes de tolerancia, pero no constituiría una “agresión actual” a los efectos de la legítima defensa. Sobre esto, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 239 ss.

¹²¹⁶ Lo que ya constituiría la “agresión actual” para poder traer a colación la legítima defensa.

¹²¹⁷ CORNELIUS, «§ 24», *BeckOK StGB*, 51ª ed., 2021, nms. 2 s. Es la idea abstracta más sostenida por la doctrina mayoritaria que, sin embargo, presenta divergencias en lo que al fundamento de dicho desistimiento se refiere.

surgen a la hora de atribuirle una naturaleza jurídica al instituto y de conectarlo con la operatividad, o bien de la norma de conducta, o bien de la norma de sanción.¹²¹⁸ Sin entrar a discutir las múltiples opciones dispuestas por la doctrina, entiendo que el desistimiento debe vincularse con la norma secundaria. En este sentido, aceptando la consideración de ROSTALSKI, no considero que esta institución pertenezca, a modo de circunstancia negativa, a la propia definición del injusto como infracción de una norma de conducta.¹²¹⁹ Así pues, cuando un sujeto pierde el control sobre el riesgo vertido es cuando puede afirmarse que este ha quebrantado la norma primaria: como indica JAKOBS, pero en otras palabras, “lo hecho, hecho está”,¹²²⁰ por lo que a partir de este preciso momento, toda posibilidad de desistimiento debe vincularse a la operatividad de la norma de sanción.¹²²¹ El injusto penal, en tanto que toma de posición frente al Derecho, quedará definitivamente insertado en el mundo, lo que no obstará a dejarlo sin castigo en caso de que la persona que lo haya realizado efectúe una conducta vinculada al desistimiento.

Esto último significa que el Derecho evalúa positivamente los actos de desistimiento, lo que conlleva a la consideración de que el agente que los realiza deja de ser un sujeto necesitado de pena. De ahí la vinculación de esta institución con la norma de sanción. Sin embargo, esto no implica negar que un injusto pueda llegar a eliminarse antes de que el sujeto que lo efectúa pierda el control sobre el peligro desarrollado. Efectivamente, de nuevo con JAKOBS, un agente puede modificar el significado de su conducta, manifestando con ello que esta no supone, en realidad, el quebrantamiento de una norma.¹²²² De este modo, es posible suprimir aquellos actos que ya empezaban a denotar un cierto carácter de injusto pero que todavía era posible reformular con tal de extraer de ellos todo posible significado delictivo.¹²²³ Así pues, la (por otro lado, metafórica) “vida” de un ilícito debe caracterizarse en términos más flexibles, pues este no supone una mera opción binaria (sí/no). Por el contrario, desde una perspectiva más orgánica, un injusto debe definirse como una entidad que se inicia, pero puede reformularse y, mientras no haya quedado definitivamente insertada en el mundo, suprimirse. Hasta este momento, estos “desistimientos” deben vincularse con la norma de conducta y, en realidad, constituyen reformulaciones del significado del comportamiento que permiten desvincularlo de un eventual carácter de injusto. Pero, una vez el peligro se haya desprendido del ámbito de control del sujeto, por lo que el ilícito ya haya quedado plasmado de modo concluyente en tanto que comunicación defectuosa con el Derecho, todo ulterior “desistimiento” no podrá reformular su significado delictivo, sino que solo evitará que se lo castigue con pena desde la perspectiva de la norma de sanción.

¹²¹⁸ Esto, como mínimo desde una perspectiva normológica. Históricamente, los problemas se han vinculado a la determinación de su naturaleza jurídica en conjunción con la razón de su existencia. De allí las distintas teorías armadas para justificar esta institución (p.ej., la del “puente de planta”, la teoría premial, entre muchas otras.)

¹²¹⁹ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im Gesamten Strafrechtssystem einheitlichen Normativ-Funktionalen Begriffs der Tat*, 2019, pp. 349 ss.

¹²²⁰ JAKOBS, «El desistimiento como modificación del hecho», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1999, pp. 325 s.

¹²²¹ ROSTALSKI, *Der Tatbegriff im Strafrecht*, 2019, pp. 349 ss. Igualmente, WEGE, *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*, 2011, pp. 84 ss.

¹²²² JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1999, p. 326.

¹²²³ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1999, p. 327.

4. En lo que respecta al particular de la intervención pre-ejecutiva, asumo plenamente la tesis proyectada por VACHELLI, quien considera que debe distinguirse entre el *deber de renunciar* y el *deber de desistir*.¹²²⁴ De este modo, una vez realizada la conducta antinormativa y hasta el inicio de la ejecución del hecho delictivo por parte de la persona de delante, el interviniente pre-ejecutivo tiene el deber de retirar su aporte del curso de riesgo dirigido hacia la fase ejecutiva.¹²²⁵ Por ejemplo, quien entrega a alguien una pistola tendría el deber de deshabilitarla o esconderla. Así, mientras la aportación no quede reflejada en el acontecimiento de injusto, a este interviniente le bastará con “retirarla” del curso peligroso desprendido de su esfera de competencias con tal de “desistir” (en realidad, renunciar) de su propia tentativa de intervención.¹²²⁶ Pero, una vez iniciada la tentativa del hecho típico (su ejecución), este deber de renuncia muta en un deber de desistimiento vinculado a la obligación, no de retirar la concreta aportación, sino de evitar el éxito de todo el suceso.¹²²⁷ Ciertamente, con la proyección de la contribución en el acontecimiento se confirma que esta es un fragmento estructural de un suceso delictivo que, en aplicación del principio de accesoriidad, pertenece en su plenitud al interviniente. Esta relación de pertenencia obliga al agente a evitar la totalidad del suceder típico y no solo la viabilidad del fragmento aportado, pues este último no es más que la evidencia objetiva de su participación en todo el hecho.

4. La denominada dimensión “cualitativa” del principio de accesoriidad

1. En palabras de ROBLES PLANAS, la relación entre interviniente y hecho “es de carácter objetivo-normativo y por eso la accesoriidad se refiere solo a la parte objetiva del injusto del hecho. La parte subjetiva es de cada interviniente: ni se comunica, ni se requiere para poder castigar a los demás.”¹²²⁸ Así pues, las ideas esgrimidas para excluir el dolo y la imprudencia de la estructuración de la intervención delictiva también pueden servir para abogar por un principio de accesoriidad limitada a la parte objetiva del hecho. No desatiendo, sin embargo, que existe una corriente doctrinal moderna que defiende la necesidad de acoger una accesoriidad máxima, por lo que requerida también de la culpabilidad de los distintos codelincuentes.

2. El propio VACHELLI, seguidor, como yo mismo, del planteamiento de ROBLES PLANAS, apoya este mismo camino. Según este autor, el principio de accesoriidad presentaría una doble dimensión (*prospectiva* en el ámbito de la norma de conducta y *retrospectiva* en el de la norma de sanción), lo que implicaría una dualidad de efectos para la dimensión interna o cualitativa de la accesoriidad.¹²²⁹ En

¹²²⁴ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 138 ss.

¹²²⁵ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 175.

¹²²⁶ Este momento se identificaría con el “resultado de la tentativa”. Sobre esto, VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 250 ss.

¹²²⁷ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 174.

¹²²⁸ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 1001.

¹²²⁹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 310 ss.

este sentido, en opinión de VACHELLI, en el momento de asignar al comportamiento un significado delictivo de acoplamiento futuro a un proyecto colectivo (perspectiva prospectiva), la accesoriadad puede operar de forma limitada. En efecto, de lo que se trata en este nivel es de atribuir un significado objetivo a la conducta en comunión con un análisis (igual de) objetivo del proyecto delictivo en el que aquella está destinada a insertarse.¹²³⁰ En cambio, desde una perspectiva retrospectiva, a saber, en el momento de imputar el hecho a los distintos codelincentes, la accesoriadad debe establecerse en términos máximos, requiriendo de la culpabilidad de todos ellos.¹²³¹ Este último requisito debe interpretarse en el sentido que solo la presencia de culpabilidad permite, en consideración de VACHELLI, entender que el hecho constituye una expresión colectiva de sentido, por lo que “[n]o basta con compartir el lado objetivo del hecho, sino que se hace imprescindible además compartir el hecho en tanto comunicación hostil al modelo de conducta institucionalizado.”¹²³² Consiguientemente, “en el nivel de la norma de sanción solo se revelan merecedoras de pena aquellas conductas que significan tomar parte en un proyecto que tiene el significado de cuestionamiento de la norma con división de tareas como unidad de sentido”,¹²³³ por lo que los sujetos que carecen de culpabilidad no pueden señalarse como partes integrantes del colectivo, esto es, no se les debe imputar el hecho.¹²³⁴

3. No puedo estar de acuerdo con las ideas de este autor. En este sentido y siguiendo los postulados vertidos con anterioridad para el caso del tipo subjetivo, soy partidario de una accesoriadad limitada a la dimensión objetiva, pues esta es la que permite considerar que los distintos comportamientos están integrados en un campo de coordinación colectiva. Ciertamente, quien expresa una contradicción personal con la norma es cada uno de los respectivos codelincentes. El hecho, en todo caso, es expresión de una *coordinación objetiva* entre múltiples individuos que, de darse el caso (todos los sujetos tienen capacidad de culpabilidad) puede convertirse en una comunicación hostil frente al Derecho de forma mancomunada o, de no darse, constituir el marco en el que las distintas comunicaciones hostiles de los capaces de culpabilidad se desenvuelven. De este modo, considero excesivo exigir que el acontecimiento sea expresión de una toma de posición colectiva frente al Ordenamiento. Basta con que este sea expresión de una coordinación objetivamente considerada que implique, por un lado, la necesidad de valorar la conducta de cada uno de estos agentes desde una perspectiva colectiva, acentuando que esta no constituye un comportamiento aislado, sino

¹²³⁰ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 312 s.

¹²³¹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 314 ss. Ello da lugar a lo que el autor califica como el “doble registro de la accesoriadad interna” (pp. 310 ss.).

¹²³² VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 314

¹²³³ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 315.

¹²³⁴ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 315. indicando en p. 311 que, en el ámbito de la norma de sanción, “ya no se trata de aseguramiento ante peligros, sino de atribuir responsabilidades” por lo que la “accesoriadad opera como fundamento de la imputación. Esto es, una regla que posibilita determinar cuándo el partícipe se ha expresado en el colectivo.

recíprocamente conectado con otros. Y, por el otro, el hecho de graduar la importancia de cada una de estas conductas en la construcción (objetivo-)colectiva del suceder típico.

4. De lo contrario, casos de *coordinación* se convertirían *ipso facto* en supuestos de *instrumentalización*, generando unos marcos de merecimiento y necesidad de pena que considero impropios. Así pues, imagínese el siguiente supuesto de hecho:

Caso: *A* entrega una pistola a *B*, persona esquizofrénica, que le ha dicho que quiere matar a su vecino *C*, pues considera que es un agente especial que el Gobierno ha enviado para asesinarle. *B* mata a *C* con la pistola entregada por *A*.

De plantearse la opción de VACHELLI, el hecho delictivo no sería aquí una expresión mancomunada de sentido, sino el producto del comportamiento unilateral del único sujeto capaz de expresarse ante la norma: el agente responsable que entrega el arma lesiva. Consiguientemente, o bien se le debería imputar una tentativa de participación (en todo caso, impune), o reconsiderar el caso y entender la existencia de un aprovechamiento de la causa de inimputabilidad, por lo tanto, una autoría mediata. Dudo que ambas soluciones permitan captar el desvalor del comportamiento del agente. En cambio, de partirse de la teoría aquí defendida, al sujeto se le debería imputar el acontecer delictivo por su concreta aportación que bien podría merecer la calificación de complicidad o cooperación necesaria. Ciertamente, que un inimputable no responda por no infringir la norma de conducta no significa que no pueda marcar la lesividad del hecho dando inicio a la tentativa. En este sentido, un sujeto carente de culpabilidad puede actualizar la infracción de la norma de conducta de la persona de detrás (sí culpable) en el acontecimiento delictivo.

5. En el caso anterior, está claro que la persona irresponsable no habrá infringido norma alguna ni se le podrá imputar el hecho, pero esto no impedirá considerar que habrá “intervenido” con su comportamiento en la co-configuración del acontecimiento antijurídico. Al otro sujeto — imaginemos— plenamente responsable, se le imputará el hecho típico por su concreta aportación, no por haber instrumentalizado al hombre de delante. Ciertamente, si consideramos que *A* no ha instrumentalizado a *B*, pues no ha “decidido” por él ni tiene el deber de evitar su comportamiento, a este se le imputará la totalidad del hecho por su específica contribución: la entrega del arma de fuego. En términos objetivos, se ha producido una coordinación, una comunidad delictiva, de la que ha surgido el peligro conjugado de homicidio que ha recaído sobre *C*. En ningún caso puede considerarse que el riesgo ínsito a la ejecución de la muerte (el comportamiento de *B*) haya emergido exclusivamente del ámbito de organización de *A*, por lo que no existe atisbo de mediación o instrumentalización alguna. Nuevamente, *coordinación* (intervención) no equivale a *instrumentalización* (realización mediata del tipo). En este último caso, el hecho se imputará siempre a título de autor salvo que existan terceros intervinientes allende de la comunidad “instrumentalizador-instrumento”

que impliquen una ponderación diferente. En el primero, este balance relativo al “peso de la intervención” constituye una exigencia de la norma de sanción.

6. Siguiendo con esta última consideración, a la hora de atribuir el correspondiente título de intervención, se podría caer en la tentación de calificar la conducta de *A* con la etiqueta de autor, por bien que es la única persona motivable y capaz de las que han co-configurado el acontecimiento antijurídico.¹²³⁵ Sin embargo, si la accesoriadad se aprecia con respecto al hecho y se considera que la norma secundaria también contempla el comportamiento desplegado por este sujeto, es plenamente razonable imputar a *A* un título de intervención acorde con la magnitud que presenta su injusto culpable: en lugar de autoría, complicidad o cooperación necesaria. A modo de reiteración, el principio de accesoriadad en su dimensión cualitativa debe ceñirse únicamente al lado objetivo del hecho. Por lo tanto, es posible hablar de intervención delictiva en caso de que uno de los codelincuentes carezca de culpabilidad. Si, en términos objetivos, la contribución de la persona de detrás puede señalarse como un acto de ensamblaje con la conducta de la persona de delante, aunque esta sea irresponsable, podrá decirse que el hecho típico es el producto co-configurado de dos aportes de intervención. Esta idea solo encuentra su excepción en el caso en el que el hombre de atrás, en lugar de amoldarse, instrumentalice al de delante en los términos indicados con anterioridad.

VI. CONCLUSIONES: MOTIVACIÓN Y HECHO DELICTIVO

1. Intervención y motivación

1. En casos de codelincuencia, el hecho delictivo debe considerarse una construcción mancomunada. En el marco de esta última, todas las infracciones individuales y personales de la norma que se desprende del tipo de la Parte Especial adquieren un sentido colectivo, en tanto que fragmentos de un proyecto grupal objetivamente considerado. La adquisición de esta dimensión de significado se conseguirá cuando la conducta del sujeto se amolde o acople con un sentido inequívocamente delictivo al acontecimiento antijurídico. En este contexto, el concepto *coordinación* resulta capital: intervenga en un delito quien, en términos objetivos, se coordina con las conductas de los demás agentes intervinientes a los efectos moldear el peligro prohibido por la norma. Al hacerlo, el sujeto realiza una conducta antinormativa de intervención. En el momento en el que se inicie la ejecución del hecho, podrá decirse que el sentido delictivo del comportamiento del agente habrá quedado insertado definitivamente en el acontecer antijurídico. Sobre esta premisa, la accesoriadad no debe predicarse con respecto a la figura del “autor”, sino con respecto al “hecho”. Por un lado, en tanto que referencia de desaprobación y atribución de un sentido colectivo al actuar del agente (norma de conducta). Por el otro, en tanto que manera de entender que la contribución del interviniente se ha

¹²³⁵ P.ej., ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 1001.

actualizado típicamente en el hecho (norma de sanción). Solo después de efectuar estas consideraciones, se podrá plantear, como problema de determinación de la pena, la tipología de la sanción que merece y necesita la conducta del interviniente. Por lo tanto, la clasificación del comportamiento en un título específico de intervención (autoría o participación), en tanto que graduación cuantitativa de su injusto con respecto al proyecto colectivo que lo dota de sentido, es una operación secundaria y posterior a la averiguación *in abstracto* de la conexión de significado del actuar del sujeto con el hecho.

2. Con estas ideas ya se pueden vislumbrar ciertos efectos en el ámbito de la incriminación del fenómeno de la motivación al delito como forma de intervención. En este sentido, considero que este sistema de autoría y participación permite superar la idea, expresada por HEGHMANNNS, de que “[e]l hecho es una obra del autor, y solo por su resolución al hecho es responsable el inductor.”¹²³⁶ Por el contrario, la responsabilidad jurídico-penal de un eventual interviniente motivador (que no inductor), de ser posible, debe estructurarse a través de su contribución con significado delictivo en la conjunta elaboración del acontecimiento antijurídico, no solo por provocar un resultado psíquico en la mente del receptor del influjo desconectado del hecho delictivo.¹²³⁷ Por lo tanto, debe poder decirse que este último también es una obra del (todavía presunto) interviniente por aportación de motivos. En el contexto de este proceso de análisis, de configuración de la antinormatividad de su conducta, el contenido de esta no debe determinarse, entiendo, en relación con el hipotético resultado mental que aquella pudiera provocar. En un sentido opuesto, el comportamiento motivador debe conectarse directamente, en tanto que parcela estructural de este, con el hecho ejecutado en su dimensión más fáctica por la persona de delante. De lo que se trata es de comprobar en qué medida la motivación emitida por el interviniente puede formar parte del acontecimiento delictivo, de la obra colectiva, a modo de segmento del riesgo prohibido por el tipo de la Parte Especial.¹²³⁸ En definitiva, para castigar a esta clase de intervinientes, debe ser posible afirmar que *la motivación conforma un fragmento del hecho delictivo* y es susceptible a *un reparto de tareas*. Solo después, podrá plantearse la clase de sanción que merece la conducta motivadora conectada con el hecho delictivo, si bien una en forma de autoría, si bien una en forma de participación.

¹²³⁶ HEGHMANNNS, *GA*, 2000, p. 482.

¹²³⁷ Ciertamente, la existencia de un resultado psíquico (determinación o refuerzo de la resolución delictiva) no implica la existencia del hecho antijurídico (inicio de la tentativa de delito).

¹²³⁸ En otras palabras, la pregunta es si el hecho de haber prometido una remuneración económica a un sujeto para que acabe con la vida de otro supone la (co)realización de un homicidio en caso que se acabara ejecutando.

2. La fragmentación del hecho antijurídico: “contribuciones materiales” y “contribuciones motivadoras”

1. Un suceso delictivo puede fragmentarse en dos grandes componentes, los “motivadores” y los “materiales”. Sobre esta premisa, cabe recuperar la distinción entre el *fundamento* y la *extensión* de la prohibición de intervenir en un delito. Así pues, es necesario preguntarse si el fundamento de esta interdicción puede extenderse hacia los comportamientos motivadores. En este sentido, al interviniente se le debe castigar por co-configurar el hecho delictivo a través de una aportación jurídico-penalmente relevante desde el prisma de la teoría de la conducta típicamente desaprobada (*antinormatividad* - norma de conducta). Esta última, a su vez, debe mantener una relación de sentido con la ejecución del acontecimiento que permita legitimar de manera definitiva el recurso a la pena (*plena tipicidad* - norma de sanción). La combinación de ambos polos constituye el *genotipo* más básico de la intervención delictiva, esto es, su característica estructural más esencial. Esto no impide, sin embargo, que esta pueda ser fragmentada en dos manifestaciones concretas que tienen en cuenta el sentido *ex ante* del comportamiento con respecto a la co-configuración del suceso delictivo. De esta manera, considero que la construcción colectiva de un hecho puede llevarse a cabo de dos maneras distintas: por un lado, mediante la *intervención material*, por el otro, por medio de la *intervención motivacional*.

Dicho esto y antes de pasar a detallar estas dos estructuras, uno podría cuestionarse legítimamente el sentido de preguntarse por una determinada forma de intervención cuando el genotipo más básico de esta ya ha sido identificado (= coordinación objetivamente dirigida a la realización colectiva de un acontecimiento antijurídico).¹²³⁹ Pese a esta duda, es difícil negar que la creación de este riesgo dirigido a la futura co-configuración de un hecho delictivo puede presentar una variada tipología de formas. Como indica FRISCH, “[e]l sentido de la formación de grupos [de intervención delictiva] (...) es aprovechar la plasticidad de determinados tipos de casos fenomenológicos y la solución normativa vinculada a ciertos ámbitos nucleares para *captar la materia* y en el sentido de una primera *preestructuración* de las soluciones normativas.”¹²⁴⁰ Para el autor, estas tipologías “[n]o sólo sirven (...) para captar gráficamente la materia, sino que también presentan cierto interés desde el punto de vista normativo, en la medida en que la plasmación de los correspondientes grupos de casos en tipos ideales al mismo tiempo proporciona *modelos estructurales de muestra* de limitaciones de la libertad de acción motivada por la protección de bienes jurídicos y de ámbitos de responsabilidad relativos a la protección de bienes jurídicos.”¹²⁴¹ En este sentido, el coordinarse objetivamente con un tercero nos ofrece el fundamento preciso para desaprobación una conducta de intervención. No obstante, la extensión de esta prohibición presupone, a mi parecer, un tratamiento diferenciado en los casos de intervención material y

¹²³⁹ Entiéndase este cuestionamiento con respecto al primer nivel de análisis de la intervención delictiva (la configuración de la conducta prohibida de intervención), en el que no deben efectuarse todavía graduaciones cuantitativas entre los distintos codelincuentes.

¹²⁴⁰ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 103 (con cursivas en el original).

¹²⁴¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004, p. 101 (con cursivas en el original).

motivacional, respectivamente. En efecto, considero que la identificación de la específica conducta prohibida de intervención, la cual conlleva preguntarse acerca de la restricción de la libertad con respecto a un determinado tipo de comportamiento, difiere en ambas estructuras e implica problemas distintos. Sea como fuere, es preciso abundar más en la caracterización y el sentido de esta división.

2. La contraposición entre estas dos clases de intervención debe relacionarse con el carácter “divisible” de un acontecimiento antijurídico. Ciertamente, las aportaciones de los diferentes codelincuentes en un delito pueden estar destinadas objetivamente a levantar partes diferenciadas del hecho delictivo, de tal manera que este último puede fragmentarse entre diversas “funciones”. Esta susceptibilidad a la “participación” que presenta el suceso y, por ende, la intervención delictiva, puede relacionarse con la sugerente traslación al ámbito del Derecho penal de las causas aristotélicas llevada a cabo por JOERDEN. Este autor alemán entiende que un hecho realizado por un único autor individual puede desgranarse en cuatro sustantividades propias que, igualmente, responden a cuatro preguntas diferentes: *qué* [*Was*], *por qué* [*Warum*] *cómo* [*Wie*] y *con qué* [*Womit*] se produjo el evento. Así pues, si *A* mata a *B* sin la “participación” de otros sujetos, *A* es “portador” de todas las cuatro “causas” que ARISTÓTELES entendía que conformaban cualquier suceso.¹²⁴² *A* ha realizado físicamente el acontecimiento, dando respuesta a la pregunta *qué* [*Was*], lo que permite identificarlo como la *causa efficiens*.¹²⁴³ Este hecho lo ha realizado con base en una determinada finalidad, razón o motivo, lo que posibilita señalarlo como la *causa finalis* que contesta a la cuestión *por qué* [*Warum*].¹²⁴⁴ Asimismo, la muerte de *B* es consecuencia de un plan más o menos preformado por *A*, de tal manera que este último ha desempeñado el papel de *causa formalis* en relación al *cómo* [*Wie*] del hecho.¹²⁴⁵ Finalmente, *A* habrá utilizado algún instrumento o su propio cuerpo con tal de alcanzar el resultado lesivo, con lo que también responde al *con qué* [*Womit*] a modo de *causa materialis*.¹²⁴⁶

4. Para JOERDEN, en supuestos de codelinquencia, estas cuatro causas son susceptibles de un proceso ideal de “delegación” en tanto que “roles” del acontecimiento delictivo que el autor puede transferir

¹²⁴² ARISTÓTELES, *Física* (trad. Guillermo R. de Echandía), 1995, pp. 54 ss. (194b 20-35, 195): “[e]n este sentido se dice que es causa (1) aquel constitutivo interno de lo que algo está hecho¹³⁴, como por ejemplo, el bronce respecto de la estatua o la plata respecto de la copa, 25 y los géneros del bronce o de la plata. En otro sentido (2) es la forma o el modelo, esto es, la definición de la esencia¹³⁵ y sus géneros (como la causa de una octava es la relación del dos al uno, y en general el número), y las partes de la definición. En otro sentido (3) es el principio primero de donde 30 proviene el cambio 136 o el reposo, como el que quiere algo es causa, como es también causa el padre respecto de su hijo, y en general el que hace algo respecto de lo hecho, y lo que hace cambiar algo respecto de lo cambiado. Y en otro sentido (4) causa es el fin¹³⁷, esto es, aquello para lo cual es algo, por ejemplo, el pasear respecto de la salud. Pues ¿por qué paseamos? A lo que respondemos: para estar sanos, y al decir esto creemos haber indicado la 35 causa. Y también cualquier cosa que, siendo movida por otra cosa, llega a ser un medio respecto del fin, como el 195» adelgazar, la purgación, los fármacos y los instrumentos quirúrgicos llegan a ser medios con respecto a la salud. Todas estas cosas son para un fin, y se diferencian entre sí en que unas son actividades y otros instrumentos.”; EL MISMO, *Metafísica* (trad. Tomás Calvo Martínez), 2014, pp. 83 s. (983a 25, 983b). Todas ellas (en terminología griega transcrita al alfabeto latino, *hyle*, *éidos*, *kinoun* y *télos*) constituyen formas de responder a la pregunta “¿por qué?”.

¹²⁴³ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, pp. 272 s.

¹²⁴⁴ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 273.

¹²⁴⁵ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 273.

¹²⁴⁶ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 273.

a otros sujetos.¹²⁴⁷ Evidentemente, con esta premisa se evidencia que el hecho antijurídico pertenece al delegante quien, debido a la divisibilidad de sus distintas funcionalidades, las puede ceder a terceros. Estos últimos pasan automáticamente a considerarse partícipes siempre y cuando aquel mantenga para sí la *causa efficiens*, elemento básico, según JOERDEN, para señalar a un sujeto como autor.¹²⁴⁸ Sea como fuere, la idea permite dar cuenta del carácter “fragmentario” de un hecho delictivo. En este sentido, en caso que la “función” delegada sea la *causa finalis* (el motivo o la razón sobre la que el autor fundamenta su injusto en tanto que “objetivo”), estaremos ante un caso de *inducción*.¹²⁴⁹ Por su parte, si la delegación tiene por objeto la *causa formalis*, el delegado participará en el delito a modo de *cooperador intelectual* (aportación de consejos técnicos), y en caso de que lo sea la *causa materialis*, lo hará en calidad de *cómplice físico*.¹²⁵⁰ En suma, la realización colectiva de un acontecimiento antijurídico en el contexto de un proceso de delegación de sus distintas sustantividades o “roles” da lugar a la siguiente esquemática: *causa efficiens* - autor; *causa finalis* - inductor; *causa formalis* - cómplice psíquico por apoyo intelectual; *causa materialis* - cómplice físico.

5. Con la exposición de esta sistemática no quiero decir que acepte un concepto de causalidad *à la Aristóteles*, ni que conciba la codelinuencia de la manera cómo lo hace JOERDEN. Ya he indicado que, por el momento, no se trata de configurar las características que deben concurrir para con la complicidad, la inducción o la autoría, sino de estructurar un contexto de relevancia penal en el que subsumir la motivación al delito. Nos encontramos, de nuevo, con un problema primario de desaprobación de la conducta. Sin embargo, esta fragmentación del hecho delictivo permite dar cuenta de una manera ejemplar que todo acontecimiento antijurídico es susceptible a una segmentación con la que se evidencia que está formado por distintas parcelas funcionales. Y esto, pese a que aquel suponga una unidad de sentido desde una perspectiva normativo-abstracta. Mientras que JOERDEN considera —a mi parecer, con un cierto sesgo naturalístico— que estas parcelas son cuatro (la ejecución del hecho, sus motivos, los elementos intelectuales y los físicos), yo considero que son dos: (i) aquellas que moldean la *identidad típica* del hecho y (ii) las que hacen lo propio con su *motivación*.

6. En esta línea, la *causa efficiens*, la *formalis* y la *materialis* pueden unificarse en una misma fracción funcional en tanto que componentes del hecho que permiten “dar cuenta” de su existencia. Tanto los elementos intelectivos, los físico-instrumentales, como los actos de ejecución, en términos

¹²⁴⁷ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 274.

¹²⁴⁸ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 275. Justamente por eso, en caso que el homicidio realizado por A se haga “a expensas” de B, en tanto que sujeto al que A se somete, B pasará a considerarse autor (p. 274, también en p. 275: “[s]i otra persona participa en la *causa efficiens*, entonces puede ser considerada —bajo ciertas condiciones— autor del delito”, relacionándolo, en lo que alcanzo, con supuestos de autoría mediata.

¹²⁴⁹ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 275.

¹²⁵⁰ JOERDEN, *Logik im Rechts*, 2ª ed., 2010, p. 275, distinguiendo entre “dar consejos sobre la mejor y más sencilla manera de realizar un acto” (*complicidad psíquica por asistencia intelectual en su sentido clásico*) y la proporción de “instrumentos del delito” o facilitación de la “comisión del delito por los medios adecuados” (*complicidad física*).

conceptuales y más allá de su fisonomía naturalística, son los que permiten identificar espacio-temporalmente el acontecimiento delictivo como tal. En cambio, quien motiva a otro para que realice un injusto, no está aportando *prima facie* un elemento definidor de este mismo ilícito que permita reconocerlo. Por el contrario, solamente parece detonar la estimulación necesaria o suficiente para que este exista. Por lo tanto, a lo que responde un interviniente en estos casos es al interrogante con el que se cuestiona la razón, el motivo o la causa de un determinado suceso cuya manifestación en un plano externo da cuenta de su identidad (*causa finalis*). En suma, mientras que hay intervinientes que desarrollan la dimensión de peligro definida por el tipo penal (*lado objetivo* o *dimensión externa* del suceso), hay otros que “participan” en el hecho definiéndolo internamente, es decir, aportando las bases para “justificar”, entre todos o algunos intervinientes, la existencia del acontecimiento antijurídico (*lado subjetivo* o, mejor, *dimensión interna* del suceso).¹²⁵¹

7. Repárese en que esta “externalidad” o “internalidad” no está basada en una cuestión física o naturalística dado el carácter más o menos “visible” o “tangible” de la contribución.¹²⁵² Por el contrario, su justificación reside en la idea de que una cosa es el peligro objetivo *per se* prohibido por el tipo de la Parte Especial y otra la cimentación de la estimulación para que dicho peligro se desarrolle. Así pues, el *interviniente material* contribuiría en el delito construyendo el riesgo propio del suceso, entendido como el conjunto de elementos que permiten definir su dimensión externa en tanto que riesgo cuantificable y cualitativamente desaprobado de lesión o puesta en peligro de la posición jurídica protegida por el tipo penal.¹²⁵³ En cambio, el *interviniente motivador* aportaría las *razones* o los *motivos* para que estas contribuciones que definen el peligro privativo del delito se efectuaran.¹²⁵⁴ Si trasladamos esta bipartición al hecho delictivo, se constata que este último está formado (i) por el conjunto de elementos peligrosos que modelan su *identidad típica* (el riesgo medible y valorable con respecto al interés jurídico protegido) y (ii) por aquellos otros que *promocionan* su existencia (en otras palabras, el conglomerado de factores internos a partir de los que se desarrolla, en cuanto *estimulada*,

¹²⁵¹ Parecida, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149, pero relacionando con la resolución delictiva del autor: habría partícipes que contribuirían en su “lado objetivo” (cómplices físicos y psíquicos por aportación de consejos), mientras que otros contribuirían en su “lado subjetivo” (inductores y cómplices psíquicos por refuerzo de la resolución). Para ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 270 ss., la intervención puede dividirse (ya en un primer nivel de análisis y a los efectos de concretar la conducta prohibida de intervención) en tres niveles: (i) las que realizan directamente el tipo, (ii) las que definen el hecho y (iii) las que contribuyen en la fase de decisión de producción del delito. A mi parecer, los grupos (i) y (ii) pueden agruparse en una misma categoría: tanto quien realiza directamente el tipo como quien contribuye a construirlo, definen la identidad del hecho.

¹²⁵² Los que no llevaría, de nuevo, a la contraposición entre “contribuciones psíquicas” y “contribuciones físicas”.

¹²⁵³ Entiéndase por “contribución material” como una aportación que favorece la construcción del hecho (con independencia de su importancia cuantitativa), no al “autor” del delito. Así pues, extendiendo el concepto para captar todos aquellos comportamientos que depositan fragmentos relevantes del hecho delictivo y que, en un segundo nivel de análisis, pueden merecer la pena del autor o la del partícipe, según corresponda.

¹²⁵⁴ En este punto se hace necesario introducir una nota aclaratoria sobre el uso de los términos “motivación” y “motivador”. Al respecto, utilizaré la palabra “intervención motivacional” para referirme en general a la estructura que permite desaprobado un comportamiento como forma de intervención por el hecho de motivar a alguien a realizar una parte de un hecho delictivo. En cambio, utilizaré la expresión “interviniente motivador” para referirme en concreto al sujeto-codelincuente, pues es el agente que, efectivamente, motiva.

esa identidad típica). De momento, bajo este grupo, puede reunirse todo aquel conjunto de estímulos que constituyen precondiciones internas de la existencia del hecho, por lo que vinculados a su “prehistoria” motivacional.

8. Esta clasificación no pretende constituir una graduación cuantitativa de las distintas formas de intervención delictiva. Cabe recordar que todavía nos encontramos en el primer nivel de análisis: el que corresponde a la extensión de la prohibición de intervenir en un hecho delictivo.¹²⁵⁵ Sin embargo, como he indicado al inicio de este apartado, este cuestionamiento general presenta particularidades propias en cada una de estas dos formas ideales de intervención. Ciertamente, es evidente que la *identidad típica* del hecho puede ser objeto de un reparto de tareas y, en consecuencia, dar lugar a intervención delictiva. Así pues, el riesgo cuantitativo-cualitativo prohibido por el tipo es susceptible a una fragmentación coordinada entre las contribuciones de múltiples sujetos. Cada uno de ellos puede dibujar o esbozar una parte de la definición del acontecimiento antijurídico. La relevancia penal de la aportación material aparecerá cuando esta supere un umbral de tolerancia identificado en los clásicos estándares del riesgo permitido y la adecuación social. En este sentido, interviene en el hecho quien realiza actos con los que se evidencia la *identidad típica* del acontecimiento antijurídico. Esta última debe reconocerse en el riesgo cuantitativo-cualitativo para con la posición jurídica defendida por el tipo. Lo importante es que, a la vista del riesgo material prohibido por la norma de conducta, el comportamiento de dicho sujeto pueda objetivarse en el acontecimiento antijurídico en tanto que parcela estructural y constituyente del peligro en este contenido como consecuencia de la infracción de un *deber negativo*. Al respecto, integrarían esta clase de intervención, todas aquellas acciones u omisiones que conculcaran del principio *neminem laedere* (no dañes a los demás) en la medida en que supusieran un ejercicio defectuoso de la libertad en tanto que manifestación de un acto de gestión de la propia esfera de organización invasivo con respecto a las esferas de libertad de terceros.

Así pues, son paradigma de la *intervención material* (i) los comportamientos que contribuyen típicamente en la fase ejecutiva, (ii) los que la favorecen en un momento anterior o concomitante, (iii) las omisiones que infringen deberes negativos, (iv) las conductas que propician puestas en peligro inconscientes por parte de la víctima o (v) los actos que favorecen el hecho en su fase de ideación. En definitiva, lo son todos aquellos comportamientos de los que pueda inferirse un acto de organización defectuoso *cuantitativa* (riesgo de lesión o peligro potencial) y *cualitativamente* (riesgo no permitido e inadecuado socialmente) desaprobado desde la perspectiva teleológica del tipo penal que corresponda. De todos ellos puede decirse que contribuyen a configurar el riesgo privativo prohibido por la norma de conducta, a saber, el concreto estado de cosas jurídico-penalmente peligroso para con la posición o

¹²⁵⁵ No es la única clasificación que se efectúa en este nivel. Un ejemplo paradigmático de ello es la contraposición, antes referida, entre “intervención pre-ejecutiva” e “intervención ejecutiva”: dadas sus características específicas, la primera presenta una serie de problemas que deben resolverse de forma particular ya en el primer nivel de análisis y antes de discernir si a la conducta le corresponde un título de autoría o uno de participación.

interés jurídico protegido. Por lo tanto, su objetivación en un plano ejecutivo da cuenta de la *identidad típica* del acontecimiento antijurídico.

En cambio, mayores dudas despierta el cuestionarse si la *motivación* “del hecho” puede ser igualmente objeto de un reparto de tareas. En otras palabras, la cuestión capital es si se puede intervenir en un hecho delictivo (= co-configurarlo) *motivando* a otros a aportar otra clase de contribuciones (materiales o, igualmente, motivadoras). Al centrar de esta manera el análisis, se permite concretar mejor la pregunta acerca de la extensión de la prohibición de intervenir en un delito. En el siguiente apartado, voy a dar una respuesta a esta cuestión central.

CAPÍTULO V

FUNDAMENTOS DE LA DESAPROBACIÓN DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo voy a presentar los presupuestos básicos para desaprobar un comportamiento motivador como forma de intervención delictiva. En primer lugar, presentaré la secuencia metodológica que debe seguirse para justificar su desaprobación (ap. II). Seguidamente, estableceré cuáles son los aspectos sobre los que debe caracterizarse la motivación a cometer un delito (ap. III). En tercer lugar, expondré la premisa sobre la que se asienta este trabajo, a saber, que la incriminación de este “fenómeno” debe vincularse con el pensamiento de la corrupción, aunque actualizado en un contexto contemporáneo (ap. IV). A continuación, detallaré cuál estimo que es la vía para castigar esta clase de comportamientos. Esta solución debe partir de la desaprobación general que merece la motivación al delito en un ordenamiento jurídico como el español para luego ceñirla al ámbito de la intervención delictiva. En este sentido, entiendo que la motivación al delito puede presentar relevancia penal por constituir, en determinados supuestos, una injerencia comunicativa en el mensaje que la norma de conducta dicta a sus destinatarios (ap. V). Finalmente, relacionaré este concepto de motivación penalmente relevante con la estructura de la intervención delictiva. En mi opinión, la concreción de esta idea general acerca de la motivación penalmente relevante en el campo de la codelincuencia permite definir la intervención motivacional como aquella por la que se entregan razones contra-normativas opuestas a las que apuntalan la vigencia de la norma de conducta y capacitadas para conformar el estatus deóntico del acontecimiento delictivo (ap. VI).

II. SECUENCIA METODOLÓGICA

1. La posibilidad de validar una intervención motivacional debe tener en cuenta dos extremos. Por un lado, la relevancia jurídico-penal que puede atribuirse a la motivación al delito. Por el otro, hasta qué punto esta relevancia puede servir de base para considerar al agente motivador como interviniente en el hecho delictivo posteriormente ejecutado por el sujeto motivado. Ciertamente, en tanto que en este trabajo se parte del genotipo (la motivación) y no del fenotipo (una forma de participación específica), es necesario plantearse ordenadamente estas dos cuestiones. Solo si desde las premisas que configuran el Derecho penal puede atribuirse legítimamente una desaprobación a esta base genotípica, se podrá pasar a contemplar su caracterización como forma de intervención delictiva. Y

una cosa no necesariamente debe llevar a la otra. Que pueda existir un fundamento para prohibir el hecho de motivar a otros a cometer delitos no significa que esta prohibición pueda conjugarse estructuralmente con los principios que informan el sistema de intervención que defiende en este trabajo.

2. Estas consideraciones pueden proyectarse sobre un tríptico metodológico formado por la siguiente sucesión: *telos* – concepto – precepto.¹²⁵⁶ En primer lugar, desde una perspectiva teleológica, es necesario plantearse si el fenómeno objeto de este trabajo presenta algún tipo de relevancia penal. Esta consideración debe trazarse a partir de las premisas axiológicas y valorativas del sistema penal analizadas desde la óptica del método dogmático (en su dimensión de sistematización axiológica).¹²⁵⁷ En segundo lugar, es necesario desarrollar conceptualmente la motivación al delito penalmente relevante. A través del despliegue de este concepto, debe comprobarse si esta relevancia puede incluirse en la institución preexistente de la intervención delictiva. En otras palabras, es preciso plantearse si se puede intervenir en un delito a través de la clase de motivación que considero susceptible de desaprobación jurídico-penal. Ciertamente, una cosa es que pueda afirmarse que la motivación al delito merece pena sobre la base de los principios dogmáticos fundamentales. Otra bien diferente es que esta debida desaprobación encuentre una traducción en forma de intervención delictiva. Esta salvedad abre la puerta a preguntarse, finalmente, si la norma de conducta que se infiere de cualquier tipo penal se extiende hasta esta clase de conductas y si estas son susceptibles a una cuantificación relativa con base en los criterios de determinación de la pena inferidos de los arts. 28 y 29 CP. Así pues, una vez haya indicado por qué debe castigarse la motivación al delito, faltará por comprobar la virtualidad de encuadrar la siguiente concepción teleológica en el concepto de intervención, por un lado, y en un programa de aplicación *de lege lata* de la ley penal, por el otro.¹²⁵⁸ De no ser así, dichas consideraciones deberán quedar integradas en un proyecto *de lege ferenda*.

¹²⁵⁶ Las siguientes reflexiones se basan en una intervención del Prof. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ en un seminario del Área de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra. Véase también, ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2015, pp. 3 ss.

¹²⁵⁷ Como indica ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2015, pp. 12 s.: “junto a la sistematización lógico-estructural del material relevante, se trata también en la dogmática jurídico-penal de la elaboración de conceptos operativos —categorías— que sean portadores de *valoraciones fundamentales*. De este modo, junto a la dimensión analítica cabría destacar la dimensión ético-normativa de la dogmática, dado que, en última instancia, la gran pregunta que esta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la *correcta* atribución de responsabilidad.”

¹²⁵⁸ En este sentido, indica ROBLES PLANAS, en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2015, pp. 7 s. que “la tensión entre dogmática y ley (...) debe relativizarse en tanto se reconozca que la dogmática jurídico-penal, al interpretar, está, en realidad, definiendo el campo semántico de los conceptos jurídicos, esto es, *fijando* el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico-penales. Se trata entonces, más que de interpretación en sentido estricto, de *argumentación dogmática*. En esa medida la ley casi nunca aparece *primariamente* como 'la solución' del caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión. Que tras ello sea imprescindible la vinculación con la letra de la ley, si es que la solución dogmática quiere producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad, es algo que queda fuera de toda duda”

III. LA MOTIVACIÓN AL DELITO

1. Caracterización básica

1. A lo largo de este trabajo de investigación he hecho referencia a la intervención motivacional. Falta por analizar si, más allá de su posibilidad nominal,¹²⁵⁹ se puede hablar de esta en términos estrictamente jurídico-penales. Sin embargo, plantearse si es posible intervenir delictivamente motivando a otros implica, como comentaba en el anterior apartado, cuestionarse qué relevancia penal *in abstracto* puede atribuirse a este fenómeno. Y ello, a su vez, origina las siguientes preguntas: ¿qué caracteriza el hecho de motivar a otros a cometer un delito? ¿Cuáles son sus singularidades básicas desde el prisma del Derecho penal? En efecto, en las páginas anteriores he hecho referencia al fenómeno de la motivación al delito desde una óptica muy intuitiva: motiva al delito quien estimula a otro a realizar un acto con relevancia penal. Solo en el tercer capítulo repasaba las posibles definiciones más concretas que pudiera brindarnos al efecto la psicología social. Al descartarlas como soporte básico por las razones aducidas en su lugar, pareciera que el presente trabajo se quedaba huérfano de un concepto de motivación sobre el que articular las respuestas a las preguntas planteadas. Ciertamente, resultaría imposible contestar sobre el fundamento y extensión de la restricción de motivar a otros sin antes aportar una definición de este fenómeno.

2. Con tal de compensar este déficit, voy a presentar a continuación el concepto de motivación al delito que defiendo en este trabajo. A través de este, se podrá abordar también la posibilidad de caracterizar una hipotética intervención motivacional. Tomando en consideración este objetivo, en mi opinión, un sujeto motiva a otro a cometer un delito cuando se conjugan dos atributos fundamentales. En primer lugar, en tanto que transacción interpersonal, un *mensaje comunicativo* expelido por un emisor (*agente motivador*) en dirección a un receptor (*agente motivado*). En segundo lugar, este soporte comunicativo debe incluir un *componente motivador*. Considero que la primera característica puede establecerse de conformidad con la teoría de los “actos de habla” (ap. 2). Por su lado, la segunda debe fundamentarse en un concepto de motivación funcional y propio para el Derecho penal. A mi juicio, como regla general, este coincide con una postulación clásica de la filosofía de la acción, a saber, el ofrecimiento de “razones” para realizar un determinado comportamiento (ap. 2.4). Del contacto entre estos dos polos se extraerá un concepto penal de motivación al delito y una base estructural para articular el fundamento de su desaprobación y su vinculación con el marco sistemático-conceptual de la intervención delictiva.

¹²⁵⁹ Y “fáctica”, pues está claro que, con independencia de cualquier valoración jurídico-penal, la construcción de un determinado evento como el producto de múltiples aportaciones puede incluir aquellas contribuciones que han motivado a la culminación de dicho evento.

2. El elemento comunicativo: los “actos de habla”

1. En tanto que conducta expresada a través de un soporte comunicativo, la motivación al delito puede relacionarse con lo que alguna voz doctrinal ha denominado con el término “*delitos de habla*.”¹²⁶⁰ Bajo este epíteto, se reúnen aquellos comportamientos que pueden fiscalizarse por medio de la teoría analítica de los actos de habla, uno de los pilares fundamentales de la moderna filosofía del lenguaje y a la que ya se ha hecho referencia en alguna parte del trabajo.¹²⁶¹ Aunque no es lugar para exponer en detalle un cuerpo teórico que ha sido explicado pormenorizadamente en otros foros de nuestra disciplina,¹²⁶² sirva el siguiente esbozo para situar al lector. En esta medida, desde las investigaciones de AUSTIN y el desarrollo posterior planteado por SEARLE,¹²⁶³ la filosofía analítica ha pasado a considerar el lenguaje como una forma más del actuar humano. Todo ello, en un proceso de institucionalización (subsunción en unas determinadas reglas y convenciones sociales) de simples hechos brutos.¹²⁶⁴ De esta manera, cuando un agente “habla”, no solo emite una concatenación de sonidos agrupados en un específico sentido lingüístico, sino que, dependiendo del contexto convencional, se comporta de una determinada manera. Sobre esta premisa, se entiende que un enunciado desarrolla tres clases de actos diferentes, a saber, (i) el acto locucionario, (ii) el acto ilocucionario y (iii) el acto perlocucionario.

2. Por *acto locucionario* se entiende el soporte bruto por medio del cual se anuncia un determinado contenido comunicativo. Este apoyo lingüístico se caracteriza por una condición fonética, en tanto que emisión de sonidos; fática, por lo que subsumibles en una específica estructura léxico-gramatical; y aquella característica de la que se desprende un significado propio sobre la base de las reglas que informan dicha estructura.¹²⁶⁵ Sin embargo, con este tipo de acto de habla todavía no se alcanza un hecho institucional completo, por lo que es necesario que un sistema de convenciones e instituciones sociales vistan al hecho bruto de una dimensión de significado. Entonces, en este proceso de institucionalización, la concatenación fonético-gramatical adquiere la condición de *acto ilocucionario*. Con este término se identifica el específico comportamiento que lleva a cabo el hablante al decir sus palabras.¹²⁶⁶ Por poner un ejemplo, un acto locucionario del tipo “yo de ti le daría una paliza a este chico”, según el tipo de convenciones en las que se ha visto contextualizado, puede tomar la forma

¹²⁶⁰ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras*, 2004, pp. 41 ss. Remarcan la alta vinculación de la incitación al delito con el lenguaje y su significado, SOLAN/TIERSMA, *Speaking of crime. The Language of Criminal Justice*, 2005, pp. 179, 180, relacionándolo con lo que ellos denominan “delitos de lenguaje” [*Crimes of language*].

¹²⁶¹ Véase *supra* Capítulo II, ap. II.

¹²⁶² Para un desarrollo sucinto, véase RUIZ ANTÓN, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras» *ADPCP*, (51), 1998, pp. 5 ss.

¹²⁶³ AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras. Palabras y acciones*, 2018, pp. 45 ss.; SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luís M. Valdés Villanueva), 9ª ed., 2017, pp. 73 ss.

¹²⁶⁴ SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luís M. Valdés Villanueva), 9ª ed., 2017, pp. 68 ss.

¹²⁶⁵ AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras. Palabras y acciones*, 2018, pp. 136 ss.

¹²⁶⁶ SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luís M. Valdés Villanueva), 9ª ed., 2017, pp. 37 ss.

de orden, consejo o amenaza a modo de *fuerza ilocucionaria* concreta que caracteriza al hecho bruto como un determinado comportamiento. Dicha fuerza necesita de una aprehensión y de un reconocimiento por parte del oyente que, de ser satisfactorios, da lugar finalmente al efecto pretendido en forma de *acto perlocucionario*.¹²⁶⁷ En el ejemplo indicado, este podría consistir en la efectiva realización de un delito de lesiones sobre la persona referida.¹²⁶⁸

Con base en esta consideración, del proceso de institucionalización se podrán extraer hasta cuatro tipos distintos de actos de habla: (i) los *veredictivos* o *asertivos*, consistentes en la entrega de una decisión personal (p.ej., opinar, resolver un problema, negar, afirmar); (ii) los *ejecutivos* o *directivos*, con los que se decide a favor o en contra de un determinado curso de acción y tratan que el oyente lo realice (p.ej., ordenar, destituir); (iii) los *compromisorios* o *comisivos*, donde se asume un compromiso u obligación personal (p.ej., prometer); y (iv) los *expresivos*, a través de los que se expresa un determinado estado psicológico (p.ej., quejarse).¹²⁶⁹

3. Con esto claro, la dimensión comunicativa de la motivación al delito puede reconfigurarse como sigue: el agente motivador emite una concatenación de actos fónicos con significado propio (*acto locucionario*)¹²⁷⁰ que adquieren el sentido de una determinada conducta (*acto ilocucionario*) con base en las reglas y convenciones que rigen la relación comunicativa entre emisor y oyente (amenaza, consejo, promesa, orden, etc.). Por medio de la fuerza ilocucionaria de este acto de habla, la persona de detrás se dirige a producir un determinado efecto conectado con el comportamiento de la persona de delante, básicamente, la realización de un hecho antijurídico (*acto perlocucionario*). Así pues, toda transacción motivadora se caracteriza por asentarse en un específico acto de habla, lo que configura su carácter comunicativo. Sin embargo, con esta apreciación todavía no se da respuesta, ni a qué significa motivar a una persona para que cometa un delito, ni si hacerlo es penalmente relevante o no, ni con qué actos de habla en concreto se puede llevar a cabo tal objetivo.

4. Al respecto de este último punto, las consideraciones vertidas por REDMANN pueden resultar de utilidad, pues este autor ha sido el que más énfasis ha puesto en remarcar la relación de la inducción con la teoría de los actos de habla. De esta forma, su trabajo presenta un análisis lingüístico completo del término “determinar”.¹²⁷¹ En dicha investigación, REDMANN concluye que esta forma de participación, en tanto que *determinación* de un comportamiento delictivo ajeno, solo puede realizarse

¹²⁶⁷ SEARLE, *Actos de habla* (trad. Luis M. Valdés Villanueva), 9ª ed., 2017, p. 39.

¹²⁶⁸ Como indican POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, *Cometer delitos con palabras*, 2004, p. 91: “la emisión de un enunciado lingüístico (acto locucionario) determina la realización de uno o varios actos ilocucionarios (intimidar, amenazar, coaccionar, etc.), y hace que se desprendan —o puedan desprenderse— ulteriores actos perlocucionarios que pueden ser de carácter delictivo.”

¹²⁶⁹ Puede encontrarse un resumen de otras clasificaciones en SADOCK, «Speech Acts», en HORN/WARD (eds), *The Handbook of Pragmatics*, 2006, p. 64.

¹²⁷⁰ Sobre el valor del “silencio” como acto de habla, por todos, POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, «Silencio delictivo. La comisión de delitos mediante el silencio», *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 787.

¹²⁷¹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 98 ss.

por medio de una clase de acto de habla: el *directivo* o *ejecutivo*.¹²⁷² Para alcanzar esta conclusión, el autor citado centraliza su estudio en las tres características básicas que permiten clasificar los distintos actos de habla: (i) el contenido proposicional o dirección de ajuste, (ii) el estado psíquico expresado y (iii) la forma ilocucionaria. Estos tres aspectos son seguidamente relacionados con el contenido prescriptivo del § 26 StGB. Con base en estos dos parámetros, el autor alemán considera que, atendiendo primeramente al contenido proposicional de la aserción contenida en este precepto legal, solo es posible conectar la inducción con un acto de habla, o bien directivo, o bien comisivo, pues estos dos son los únicos que establecen una relación de “mundo a palabra”.¹²⁷³ Por lo que respecta al estado psíquico manifestado, nos recuerda el autor que, mientras que los actos directivos expresan un deseo, los comisivos hacen lo suyo con una intención. Teniendo en cuenta que el inductor “también tiene la expectativa sobre la realización del comportamiento deseado”,¹²⁷⁴ de tal manera que “no puede estar seguro en el momento de su intervención que el ejecutor cometerá el hecho”, entonces, el tipo de acto de habla exigido por la ley (entiéndase, el § 26 StGB) solo puede resultar un acto ilocucionario directivo.¹²⁷⁵

Estas conclusiones adolecen de un defecto metodológico previo. Ciertamente, REDMANN efectúa un análisis de la expresión “determinar”, esto es, únicamente vinculado a la instigación.¹²⁷⁶ Como he remarcado a lo largo de este trabajo, esta última no es sino una de las múltiples manifestaciones fenotípicas a través de las que puede expresarse el genotipo “motivación”. De lo que se trata en este trabajo es de esclarecer la posibilidad de atribuir relevancia penal como forma de intervención a un comportamiento con una dimensión motivacional. El hecho de ceñirse solo a la inducción supone descartar otras maneras de motivar a otro alejadas de la idea de la “determinación” o la “creación de la resolución delictiva”. Así, este trabajo no se centra en el descifrado semántico de los verbos positivados en el Código penal, sino en la búsqueda de una base de incriminación intersistemáticamente legítima para una serie de comportamientos que trascienden las limitaciones lingüísticas inferidas de la legislación (que, en todo caso, deberán tenerse en cuenta a la hora de atribuir el correspondiente título de intervención).

5. Aunque pudiera prescindirse de la incompatibilidad metodológica que comento en este *excursus*, todavía es pronto para discernir si la motivación al delito solo puede proyectarse a través de un acto de habla directivo. Ciertamente, si, desde una perspectiva estrictamente intuitiva, esta se define como una manera de estimular un comportamiento delictivo ajeno, también otros tipos de actos de habla pueden producir este efecto. Piénsese, a estos efectos, en la transmisión de una simple información

¹²⁷² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 100.

¹²⁷³ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 99.

¹²⁷⁴ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 99.

¹²⁷⁵ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 100.

¹²⁷⁶ De allí que el autor dedique una parte de su libro a contraponer el término „bestimmen“ a „auffordern“ (REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 188 ss). Desde la óptica de este trabajo, ambos términos son manifestaciones de un mismo genotipo: la motivación al delito.

sin que exista un componente directivo (por ejemplo, *A* le dice a *B* que *C*, quien se encuentra allí en esos momentos, es el asesino de su hijo; *B* mata a *C*). Sobre este punto, existe una cierta tendencia en la doctrina a caracterizar el componente motivador de un determinado comportamiento por el tipo de acto de habla que este ha manifestado. Por ejemplo, en el ámbito de la inducción, la doctrina se pregunta si una orden,¹²⁷⁷ un consejo,¹²⁷⁸ o una información¹²⁷⁹ pueden presentar relevancia jurídico-penal como formas de creación de una resolución delictiva. En el contexto de la complicidad psíquica, esta pregunta se proyecta, principalmente, sobre las promesas.¹²⁸⁰ Sin embargo, en este nivel de análisis, la doctrina parece confundir aquello que distingue el hecho de motivar a otro con la *específica forma comunicativa* a través de la que este fenómeno puede expresarse. Así pues, acogiendo la idea esbozada por SCHÜTZ a finales del siglo XIX, lo importante para la configuración de un marco de relevancia penal en el que identificar una eventual intervención motivacional (y, previamente, la relevancia de la motivación al delito) no es la forma comunicativa que esta última pudiera tomar (mandato, consejo, persuasión, promesa, orden, amenaza, etc.),¹²⁸¹ sino su contenido material.¹²⁸² Entonces, será la base substantiva sobre la cual se erija el marco de desaprobación de estos casos la que condicione el concreto acto de habla que deberá manifestar el comportamiento motivador para presentar relevancia penal, pero no al revés. Por lo tanto, la cuestión no es si el Derecho penal prohíbe aconsejar, ordenar, informar o prometer, como posibles “formas de motivar”, sino si la motivación al delito —embrión de estas concretas expresiones comunicativas— merece pena o no. Solo una vez se haya contestado a esta pregunta podrá observarse si, en su caso, el espacio de relevancia penal condiciona o no que la motivación deba expresarse a través de un específico acto de habla como, por ejemplo y en opinión de algunos autores además de REDMANN, uno de tipo directivo.¹²⁸³ En consecuencia, es necesario, antes de nada, exponer el componente motivador que debe presentar cualquier conducta para poder subsumirse en el concepto de “motivación al delito”.

3. El elemento motivador: las “razones para la acción” y un concepto funcional de motivación

1. La doctrina mayoritaria parece asentar sus conclusiones respecto a la participación psíquica con base en un concepto de motivación naturalístico. Este último estaría compuesto por una suerte de

¹²⁷⁷ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 531 ss.

¹²⁷⁸ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 175 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 542 ss. REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 128 s.; AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 149 s., 196 s.

¹²⁷⁹ Básicamente, con respecto a los supuestos de “creación de situaciones estimulantes”.

¹²⁸⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 325 ss.

¹²⁸¹ En terminología moderna, el concreto acto de habla frente al que nos encontramos.

¹²⁸² SCHÜTZ, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1874, p. 152, n. 6.

¹²⁸³ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 s.; JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 122.

reacciones probabilísticas a determinados estímulos externos provenientes de la conducta de un tercero. En el capítulo III me he dedicado a criticar esta concepción, vinculada a la causalidad psíquica. La conclusión que extraía es que, en lo que concierne a la configuración de un concepto de motivación, el Derecho penal debe atender a su función como mecanismo de atribución de responsabilidad. Por ello, no necesariamente debe quedar atado a las conclusiones presuntamente fácticas a las que arriban otras disciplinas científicas. Al respecto, como expresa OLMEDO CARDENETE, “la construcción de un concepto de motivación (...) no se basa ni mucho menos en posibles criterios ontológicos que traten de ser expresión de un 'verdadero' proceso psicológico de movilización de la conducta humana (...); son circunstancias de naturaleza normativa las que a ello obligan.”¹²⁸⁴ En esta línea, es necesario arrojar luz a un concepto *normativo* de motivación, esto es, *funcional* con respecto al objetivo de la incriminación de cualquier tipo de conducta desde la óptica del Derecho penal. Este último debe resaltar que el comportamiento del sujeto motivado no supone una mera reacción habida cuenta de ciertos *inputs* volitivos; en su contra, que este consiste en un juicio autoconsciente en el que se han sopesado las razones entregadas por la persona de detrás.¹²⁸⁵ A mi parecer, la asunción del principio de autorresponsabilidad como premisa (material y metodológica) esencial conlleva esta última conclusión.¹²⁸⁶

2. Sobre esta base, es evidente que en las siguientes páginas voy a relatar una concepción altamente reduccionista y antipsicologista que desatiende en gran medida el grueso de estímulos que pueden llevar a alguien a tomar un determinado curso de acción. El miedo, el sufrimiento, la envidia, la avaricia, el odio, entre múltiples otros factores internos, pueden convertirse perfectamente en motivos de la acción de una persona. No obstante, desde la perspectiva de un penalista, considero más prudente reducir el campo de elementos a tener en cuenta en el análisis de relevancia jurídico-penal. Esta pretensión me lleva a centrarme, justamente, en las *razones para la acción* en tanto que proposiciones, en parte desvinculadas del mundo empírico, que no pretenden aludir a un genuino proceso psicológico real.¹²⁸⁷ Al contrario, la aspiración es estructurar un sistema que logre categorizar y filtrar la “realidad psíquica” para disponer de un soporte que facilite el proceso de imputación de responsabilidad en caso de actos motivadores. Más adelante, volveré a esta cuestión para observar si esta premisa inicial puede “abrirse” a otros procesos psíquicos (básicamente, aquellos relacionados con las pasiones y las emociones del sujeto y aquellos que se realizan en contextos masivos) con tal

¹²⁸⁴ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 151. Aunque el mismo autor acaba basando este “concepto normativo” de motivación en los “pronósticos de probabilidad” que, emulando a las ciencias psicológicas, pudiera elaborar el intérprete con base en lo que, en definitiva, constituyen sus propias intuiciones.

¹²⁸⁵ Las siguientes páginas presentan un concepto de motivación basado en el desarrollo de las premisas críticas dispuestas *supra* Capítulo III, aps. V.2 y VI.

¹²⁸⁶ Sin perjuicio, claro está, de las posibles relativizaciones que este pudiera sufrir en aquellos casos en los que el acto incitador se dirige a un agente en una situación de anormalidad motivacional o estructuralmente débil y aquellos en los que la motivación se efectúa en un “contexto masivo”, esto es, dirigida a un grupo indeterminado de personas a través de un medio público.

¹²⁸⁷ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 358.

de perfilar una imagen más acoplable a la “realidad” de los contactos mentales. Sea como fuere, todo esto no significa que por motivación deba entenderse algo completamente desvinculado de la realidad empírica. Esta última condiciona y establece ciertos límites a las valoraciones normativas que pudieran articularse. Consiguientemente, un concepto penal de motivación debe aludir a un proceso psíquico real, pero normativizado, esto es, observado funcionalmente con base en las finalidades de este sistema jurídico.

3. Así pues, con base en las ideas vertidas en el tercer capítulo, considero que por “motivación” debe entenderse, en términos jurídico-penales, una transacción interpersonal en la que un sujeto (persona de detrás) da a otro (persona de delante) una *razón para realizar un delito*. Esta idea puede subsumirse, tal y como expuso KORIATH en su momento, en el “mecanismo de hacer que alguien haga algo” [*Jemand-dazu-bringen-etwas-zu-tun-Mechanismus*].¹²⁸⁸ Así pues, en el contexto de una interacción entre dos o más personas, la *razón* [*Grund*] debe contraponerse al constructo *dar una razón* [*Begründung*]. De esta manera, siguiendo a IORIO, “[u]na persona da razones para una acción (...) mostrando sus ventajas en comparación con cursos de acción alternativos.”¹²⁸⁹ Sin perjuicio del desarrollo ulterior que pudiera merecer la siguiente clasificación, estas razones pueden ser, o bien de tipo *prudencial* (optar por un curso de acción x optimiza los recursos del sujeto), o bien de tipo *moral* (optar por un curso de acción x constituye, desde un determinado marco de valores, una opción correcta o buena para el sujeto).¹²⁹⁰ En suma, motiva a otro quien da una razón (prudencial o moral) [*reason-giver*]¹²⁹¹ adecuada para guiar a un receptor hacia la toma de una determinada decisión. En caso de que dicho sujeto [*reason-receiver*]¹²⁹² actúe de la manera proyectada, en principio, podrá decirse que lo hizo “motivado” por la razón dada.

Esta última afirmación está vinculada al histórico debate que mantienen los partidarios de las posturas *internalistas* y *externalistas*.¹²⁹³ Para los primeros, relacionados con determinadas tesis kantianas, las razones motivan la acción moral del sujeto; mientras que, para los segundos, no, en tanto que la motivación está provocada por causas extrínsecas a las razones, tales como las emociones, los sentimientos o los deseos. Una disección pormenorizada de la discusión generada a raíz de esta

¹²⁸⁸ KORIATH, *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, 1988, p. 210. La idea es de VON WRIGHT, *Explicación y comprensión* (trad. Vega Reñón), 1987, pp. 173 ss.

¹²⁸⁹ IORIO, en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, 2015, p. 70. De la misma manera, ENOCH, «Reason giving and the Law», en GREEN/LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, t. 1, 2011, p. 3; EL MISMO, «Giving Practical Reasons», *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, pp. 1 ss.

¹²⁹⁰ Sobre esto, BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho*, 1991, pp. 105 ss., 152 ss.; GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 358 s.

¹²⁹¹ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 14.

¹²⁹² ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 14.

¹²⁹³ Puede encontrarse una disección pormenorizada del problema en la voz «Reasons for Actions: Internal vs. External» de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/reasons-internal-external/>). Igualmente, PARFIT/BROOME, «Reasons and Motivation», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (71), 1997, pp. 99 ss.

contraposición excede por mucho los objetivos de este trabajo. En todo caso, es evidente que la anterior conclusión participa de la primera postura.

4. En este sentido, decir que alguien ha motivado a otro equivale a concluir que la razón sobre la que este sujeto ha asentado su curso de acción ha sido dada por aquel desde un punto de vista objetivo-normativo. Para fijar esta imagen, no debe atenderse al conglomerado de emociones, pasiones y demás estados internos que pudieran haber influenciado (o co-influenciado) esta elección. Desde el concepto de persona tomado como premisa metodológica, esto es, aquel por el que se entiende que el agente actúa en tanto que comprometido con determinadas razones, puede prescindirse, como regla general, de estos estímulos adyacentes. Con base en esta idea, parto de una distinción, un tanto artificial, entre *razones* en sentido estricto y *otros estímulos* (emociones, vicios, pasiones).¹²⁹⁴ No se me escapa que tanto la psicología como la propia filosofía de la acción llevan años señalando la posibilidad de integrar estos estados internos en la comprensión racional del comportamiento humano.¹²⁹⁵ Igualmente, cuando se dice que “alguien ha actuado por una razón”, muchas veces, se está haciendo referencia a una situación psicológica emocional o pasional (por ejemplo, “huyó porque tenía miedo”, “le mató porque le odiaba”). A efectos prácticos, prefiero identificar el “dar razones” con la exposición de un enunciado lingüístico que apela a la racionalidad de su receptor para justificar el hecho de que emprenda un determinado curso de acción sin que ello suponga necesariamente inmiscuirse en su estructura emocional o pasional.¹²⁹⁶

5. De todos modos, la subsunción de estas razones en un marco de relevancia penal no debe establecerse necesariamente conforme a las explicaciones que pudiera aportarnos la psicología. Consiguientemente, el operador jurídico no tiene por qué atender a determinados “patrones de conducta”, “reglas de probabilidad” o “máximas de experiencia” difusas. Al respecto, coincido con BERNSMANN cuando indica que las reglas desprendidas de los estudios del ámbito de la psicología no son útiles (como mínimo, en términos generales) en la práctica del Derecho penal.¹²⁹⁷ En efecto,

¹²⁹⁴ Esta afirmación me aproxima a un enfoque mecanicista, por el que se entiende que las “razones” se contraponen a las “pasiones” o “emociones”: mientras que una conducta basada en las primeras responde a la lógica de la “acción racional”, la que lo hace basada en las segundas responde a la idea de una “acción emocional”. Sobre esta dicotomía, críticamente, MANRIQUE, «Emociones, acciones y excusas», *Eumia*, (14), 2018, pp. 73 ss.

¹²⁹⁵ Sobre este punto, DÖRING, «Explaining action by emotion», *The Philosophical Quarterly*, (53-211), 2003, pp. 227 ss. Desde la óptica del Derecho penal, MANRIQUE, *Eumia*, (14), 2018, pp. 77 ss.; LA MISMA, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2016, pp. 290 ss.; CASTILLO MORALES/NAVIA CANALES, «Emociones y motivos: Prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género», en PERÍN (ed.)/ACHERMANN HORMAZÁBAL, *Imputación penal y culpabilidad*, 2020, pp. 445 ss.

¹²⁹⁶ En términos parecidos, PUPPE, *La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Caverro), 2003, p. 97: “[h]acemos algo, bien porque consideramos dicho actuar en sí mismo como correcto, o bien porque resulta adecuado para alcanzar un objetivo que consideramos correcto. Debemos ser conscientes de esas razones de nuestro actuar, siendo nuestra libre decisión lo que nos permite seleccionar las razones de nuestro actuar.” Para esta autora, las “razones” se contrapondrían a los “motivos”, en tanto que estos últimos serían inconscientes y difíciles de dominar.

¹²⁹⁷ BERNSMANN, «Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Rechts: Überlegung zur sog. „psychischen Kausalität“ im Strafrecht», *ARSP*, (68-4), 1982, p. 550, indicando en p. 547 que la explicación entre dos eventos desde una perspectiva psicológica “no puede ser adecuadamente ‘explicada’ en el foro sobre la base de comportamientos regulares, disposiciones,

de lo que se trata, en último lugar, es de comprobar en qué medida la persona de detrás “forma parte” de las premisas del comportamiento de la de delante, quien ha dotado a la conducta de aquel sujeto de un determinado sentido.¹²⁹⁸ De esta forma, el objetivo no es identificar una explicación causal-naturalística del proceso motivador, sino aprehender “un sentimiento de *unidad*”¹²⁹⁹ entre el mensaje comunicativo de la persona de detrás y el comportamiento del sujeto motivado. Por lo tanto, la conclusión que debe alcanzarse es que la razón *ex ante* desaprobada ha pasado a formar parte del conglomerado de elementos peligrosos que el ejecutor ha “llevado consigo” al hecho delictivo. Una afirmación que puede desarrollarse sin problemas a través de criterios estrictamente normativos que permitan identificar (i) cuándo una razón para el injusto es “peligrosa” (una peligrosidad, en todo caso, no psicológica, sino normativamente construida) y (ii) cuándo una razón se ha transformado en el motivo del comportamiento, esto es, se ha realizado en el hecho delictivo. Como puede observarse, esto son los dos grandes pilares de la teoría de la imputación objetiva en su entendimiento clásico. En los términos aquí defendidos: conducta típicamente desaprobada (¿constituye la entrega de esta razón para el injusto un comportamiento desaprobado por el Derecho penal?) e imputación objetiva del resultado en sentido estricto (¿se ha “realizado” la razón en el “resultado”, esto es, su receptor ha actuado conforme a esta?).

6. Esta construcción puede relacionarse con las conclusiones que alcanzan HART y HONORÉ, para quienes el concepto de *razón* debe anteponerse al de *causa*.¹³⁰⁰ Estos autores consideran que un supuesto en el que un agente motiva a otro estaría definido con base en tres características esenciales.¹³⁰¹ En primer lugar, la persona “receptora” del influjo motivador debe conocer y entender el contenido de la comunicación.¹³⁰² En segundo lugar, las palabras emitidas por el comunicador deben ser parte de las razones del actuar del receptor del mensaje.¹³⁰³ En tercer lugar, la persona que recibe la comunicación debe realizar la acción o la omisión solo después de la intervención del primer actor, lo que permitirá concluir que su comportamiento ha sido “influenciado” o “provocado” por este.¹³⁰⁴ Con base en esta estructura, la conexión entre la “conducta motivada” y el “mensaje motivador” no debe colmarse con la alusión a mecanismos psíquicos o reglas probabilísticas, sino con un análisis normativo sobre la coincidencia de la conducta de la persona de delante con el acto

necesidades, mecanismos sociales y psicológicos” abogando por “proporcionar un esquema de explicación concluyente, dogmáticamente justificable y procesalmente operable para contextos de eventos psicológicamente mediados.”

¹²⁹⁸ BERNSMANN, *ARSP*, (68-4), 1982, p. 550.

¹²⁹⁹ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., 2010, p. 338 (con cursivas en el original). Como es sabido, la causalidad por sí solo no supone el núcleo del juicio de desaprobación *ex post*, que vendría constituido por lo que la doctrina ha denominado como „relación de sentido“ [*Sinnzusammenhang*], esto es, por un criterio normativo.

¹³⁰⁰ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 51.

¹³⁰¹ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 51.

¹³⁰² HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 53.

¹³⁰³ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 54.

¹³⁰⁴ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, p. 55, pese a que relacionan este requisito con la cualidad de "conditio sine qua non" del comportamiento motivador. En mi opinión, la mera "posterioridad" temporal del comportamiento es suficiente.

comunicativo emitido por el agente motivador.¹³⁰⁵ En palabras de MÜLLER, “[s]i un tribunal llega a la conclusión de que la motivación del autor por parte de otra persona es la razón de su decisión de cometer el hecho, entonces se [podrá] afirmar (...) el vínculo contenido en el concepto 'determinar' del § 26 StGB.”¹³⁰⁶ Sin embargo, este análisis no debe llenarse con criterios provenientes de la psicología popular. En su lugar, para con este propósito, es necesario efectuar un “juicio de identidad” entre la propuesta de injusto sustentada por medio de razones y el ulterior comportamiento típico del receptor.¹³⁰⁷ Este extremo coincide, en términos generales, con la discusión propiciada en el marco teórico de la inducción en relación con los posibles excesos y desviaciones que pudiera realizar el inducido con respecto al comportamiento delictivo objeto del acto incitador. Junto a este criterio, también debe configurarse algún indicador normativo que posibilite afirmar que la persona de delante ha realizado su conducta “motivado” por la razón entregada. Esta dualidad da como resultado los siguientes dos pilares para confirmar la “efectividad de la motivación” desde un punto de vista jurídico-penal: la conducta de la persona de delante (i) debe ser congruente con la propuesta del agente motivador y (ii) debe haberse sustentado en la razón ofrecida por este.¹³⁰⁸

El criterio general, consiguientemente, se define como sigue: el sujeto debe haber tomado en consideración la razón para el injusto previamente entregada en su juicio autoconsciente de toma de posición frente al Derecho. Por lo tanto, la razón ofrecida por la persona de detrás debe convertirse en la razón *motivadora/explicativa* de la conducta delictiva llevada a cabo por la de delante. En la línea planteada por HART y HONORÉ, esto ocurrirá, en términos generales, cuando el agente motivado (i) haya entendido el mensaje del sujeto motivador, (ii) actúe con posterioridad al mismo y (iii) lo haga de manera coincidente con el contenido de dicho mensaje. En consecuencia, no importa si el comportamiento del sujeto es o no la secuencia regular ínsita a un determinado patrón de conducta probabilístico, bien extraíble de los estudios expertos, bien de los pronósticos que el operador jurídico pudiera teorizar. Por el contrario, lo relevante es si aquel ha basado dicha conducta, en su totalidad o solo en parte, en las razones que el tercero le ha entregado.¹³⁰⁹

7. Con este concepto de motivación se alcanzan los siguientes resultados: en primer lugar, se compatibiliza este fenómeno con el proceso de comprensión de la conducta humana relatado en el capítulo III, donde lo importante no es la explicación causal, sino la explicación a través de razones. Por ende, a la relación entre el comportamiento motivador de la persona de detrás y la conducta de la de delante no se la puede denominar “causal”, sino, en todo caso, “conceptual” enmarcada en un

¹³⁰⁵ MÜLLER, *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*, 2000, pp. 242 ss.

¹³⁰⁶ MÜLLER, *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*, 2000, p. 244, aunque sigue denominándolo "causal". De nuevo, cabe decir que nos encontramos ante una conexión de tipo conceptual, no causal-natural, de tal manera que el comportamiento de la persona de detrás solo puede ser considerado "causa" en tanto que *condición necesaria* de esta conexión en términos puramente lógicos.

¹³⁰⁷ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 326 ss.

¹³⁰⁸ Vuelvo a este punto, desarrollando estos dos pilares, *infra* Capítulo VII, ap. II.

¹³⁰⁹ Como indica, para el caso de la estafa, SCHLACK, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 797, una “improbabilidad estadística no permite negar una conexión entre el acto engañoso y el acto de disposición en perjuicio [propio o ajeno].”

modelo teleológico. En esta medida, entre ambos extremos existe una “relación de sentido” en tanto que el receptor de la *razón* entregada convierte a esta en *motivo* de su propio actuar. En segundo lugar, se agiliza el proceso de desaprobación, pues el objetivo ya no consiste en armar una base explicativo-pragmática de lo ocurrido, sino en identificar, del supuesto de hecho, la razón entregada y si esta ha sido tomada en consideración por su receptor. Se trata, en consecuencia, de un juicio eminentemente normativo, no de la aprehensión de una realidad psicológica, muchas veces, fuera del alcance del intérprete en tanto que observador subjetivo. Por ello, en líneas generales, el juez no deberá diseccionar el mundo psicológico del agente motivado con tal de extraer de este todo el cúmulo de alicientes vinculados a su estructura pasional, emocional, su propia biografía y el contexto en que se ha generado la motivación. Para evitar que el juez haga a su vez de psicólogo con base en unos conocimientos altamente difusos, bastará con que este identifique la razón entregada, valore su relevancia penal y compruebe si su receptor la ha tenido en cuenta a la hora de realizar el comportamiento delictivo. Nuevamente, son criterios normativos los que deberán tenerse en consideración tanto para desaprobación la razón dada como para constatar su realización en el hecho antijurídico ejecutado. En suma, el objetivo no consiste en desgranar la realidad psíquica, sino en normativizarla.

En todo caso, esto último no significa que las valoraciones jurídicas puedan entrar en absoluta oposición con las explicaciones psicológicas. De esta forma, aunque considero que no debemos exportar el saber psicológico de forma bruta, también es cierto que nuestra reconstrucción normativa no puede ir directamente en contra de esta clase de conocimiento. Por lo tanto, los criterios normativos que se utilicen para desaprobación la entrega de una razón para el injusto (desaprobación *ex ante*) y su conversión en una razón motivadora (= motivo) del actuar de su receptor (desaprobación *ex post*) no deberán contradecir una explicación firmemente asentada en este ámbito científico. Así pues, si la psicología tiene por imposible que *x* razón, en *y* circunstancia, motive a su receptor, el Derecho penal no podrá decir lo contrario. De hacerlo, se correría el riesgo de convertir el loable proceso de normativización (altamente vinculado a la necesidad de restringir la desaprobación e imputación de responsabilidad jurídico-penal con base en el *telos* propio del sistema) en la construcción de un “mundo imaginario” colmado por metáforas. Sea como fuere, en la práctica, lo normal será que se dé la situación inversa: la psicología contradecirá la valoración jurídico-penal, esto es, considerará como “motivacionalmente relevante” lo que para el Derecho penal no lo será. Esta afirmación solo cobrará mayor sentido cuando pase a analizar el fundamento para desaprobación la motivación al delito tal y como se ha definido en estas líneas. Sin embargo, la misma constituye la consecuencia natural de optar por un concepto normativo: considerar relevante toda forma de motivación en términos psicológicos ahogaría la libertad general de actuación, luego el abordaje normativo del tema debe restringir este “cúmulo natural de impulsos” para discernir aquellos que, en específico, merecen y necesitan de la imposición de una pena.

8. Finalmente, este concepto normativo resalta en qué nivel se encuentra el elemento más relevante de un proceso de desaprobación jurídico-penal que tenga por objeto la motivación al delito.

Ciertamente, el peso del proceso de atribución de responsabilidad reside en el juicio de desaprobación *ex ante*, esto es, en el momento de determinar si la razón entregada —transformada posteriormente en motivo de la conducta delictiva de su receptor— forma parte del conjunto de razones para el injusto cuya emisión prohíbe el Derecho penal. Es en este punto, y no en cuestiones causales o de imputación del resultado, donde reside el eje gravitacional del problema. En este sentido, el elemento capital del análisis no consiste en determinar si un sujeto “ha sido motivado” por el mensaje comunicativo emitido por otro. Por el contrario, lo más significativo es aclarar si el ordenamiento jurídico, al prohibir la emisión de determinadas “razones para el delito” con base en un determinado fundamento, restringe, justamente, las contenidas en dicho mensaje. Por lo tanto, la importancia que la participación psíquica otorga al “tipo de resultado mental” producido, en tanto que elemento constituyente de su eventual desaprobación jurídico-penal, se ve aquí difuminada, tornándose en un elemento mucho más contingente. A fin de cuentas, de lo que se trata es de esclarecer si la razón entregada es una de las que limita el Derecho penal y, solo después, si esta ha sido atendida por su receptor, lo que podrá ocurrir tanto en una fase *pre-resolutiva*, como en una *post-resolutiva*.

4. Recapitulación conceptual

1. De la conjugación de estos dos atributos (*soporte comunicativo* y *contenido motivador*) se extrae la siguiente conclusión: un sujeto motiva a otro a cometer un delito cuando le entrega una *razón para realizar un injusto por medio de un acto de habla*. De una manera más concreta, el agente motivador ofrece una razón que, en tanto que —por el momento— externa a la eventual acción u omisión del receptor, solo puede reputarse como una *razón normativa*.¹³¹⁰ Así pues, el sujeto anuncia que una determinada forma de actuar contraria al ordenamiento jurídico constituye una alternativa válida de comportamiento. Este enunciado se soporta con la alusión, o bien a una optimización de los recursos del destinatario (*razón prudencial*), o bien a la corrección intrínseca del curso de acción dada la estructura de valores del receptor del mensaje (*razón moral*). En un momento posterior, esta razón normativa debe transformarse en una *razón motivadora* de la ulterior conducta delictiva. De esta forma, es en este estadio temporal cuando aquella se convierte en el “*motivo*” de la acción u omisión ilícita llevada a cabo por el agente motivado.¹³¹¹ Por lo tanto, lo que en un primer momento constituía un soporte justificativo de un determinado curso de acción (en términos ideales, rezaría: “llevar a cabo esta conducta es lo correcto”) pasa a ser el enunciado que el sujeto infractor arguye a los efectos de explicar el *porqué* de su injusto (consiguientemente, indicaría: “he realizado este ilícito justamente *por* este motivo”).

¹³¹⁰ MAÑALICH, «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, p. 41.

¹³¹¹ MAÑALICH, en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, p. 41, considerando esta clase de razón como el “motivo en sentido estricto”; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 654.

2. En coherencia con lo señalado en el apartado anterior, considero que la motivación no debe penetrar en el Derecho penal en uso de las reglas propias de las ciencias basadas en modelos estadístico-inductivos ni con el acopio de experiencias profanas emuladoras, sino a través de un constructo estrictamente ideal basado en la idea “*dar razones para el injusto*”. La abstracción de esta estructura no se aparta, en ningún caso, del mínimo empírico que caracteriza a toda interacción con repercusiones motivacionales: la capacidad de impulsar a un sujeto hacia un determinado curso de acción. En todo caso, la caracterización y desaprobación de este “impulso” debe abordarse desde una perspectiva normativa y funcional. En este contexto, toda transacción motivadora debe caracterizarse por el hecho de que una persona (*agente motivador*) entrega una o más razones para cometer un delito a otra (*agente motivado*). Este fenómeno dará inicio al siguiente proceso de análisis de la motivación al delito: en primer lugar, será necesario determinar si el ofrecimiento de dicha razón puede desaprobarse en términos *ex ante* y en qué medida puede considerarse una forma de intervención delictiva. Seguidamente, desde una perspectiva *ex post*, se deberá comprobar si esta razón ha pasado a formar parte de la base motivadora del comportamiento típico del agente ejecutor.¹³¹² De otra manera, el objetivo es constatar si dicha razón ha sido una de las que ha tenido en consideración el sujeto en su juicio autoconsciente de toma de posición frente al Derecho y, por lo tanto, puede reputarse como una *razón motivadora* de su conducta delictiva.¹³¹³ En ambos casos, son criterios normativos los que deben dar respuestas a los problemas planteados.

3. Para con el desarrollo de esta caracterización general, puede resultar de utilidad traer a colación las ideas vertidas por ENOCH. Al parecer de este autor, existen tres maneras diferentes de “dar razones para la acción”: (i) epistémicamente [*reason-giving purely epistemic*], de forma desencadenante [*reason-giving in the triggering sense*] y de modo robusto o sólido [*robust reason-giving*].¹³¹⁴ En el primer caso, el emisor del mensaje se limita simplemente a provocar que su receptor “se dé cuenta” del contexto fáctico que le obliga a actuar de una determinada manera en tanto que sujeto racional enmarcado en un sistema de convenciones sociales.¹³¹⁵ Por ejemplo, cuando alguien le indica a otro que se calle porque se encuentra en el cine. En cambio, cuando se dan razones en un sentido desencadenante, se produce un cambio de las circunstancias fácticas (no normativas) que ocasiona, a su vez, la activación de una “razón latente”.¹³¹⁶ Para estos casos, ENOCH plantea el siguiente ejemplo: un comerciante aumenta

¹³¹² De poder relación la motivación al delito con la estructura de la intervención delictiva, en caso de no cumplirse este último punto, nos encontraremos ante una “tentativa de intervención (motivacional)”.

¹³¹³ En este punto, puede criticarse la contraposición que efectúa PUPPE entre “razones” [*Gründe*] y “motivos” [*Motive*] (*La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Caveró), 2003, p. 97). Por el contrario, la *razón* constituye el enunciado que el agente motivador expone a la persona de delante para impulsarlo a elegir un determinado curso de acción. En el momento en el que dicho sujeto ejecute la acción con base en la razón previamente entregada, podrá decirse que esta constituye la *razón motivadora* (esto es, el *motivo*) de su actuar.

¹³¹⁴ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 3.

¹³¹⁵ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 4.

¹³¹⁶ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 4.

el precio de la leche, lo que ocasiona que un comprador reduzca el consumo de este producto.¹³¹⁷ Al respecto, uno podría pensar que el comerciante ha dado una razón al eventual comprador para que opte por este curso de acción (“no compres tanta leche *porque* he aumentado los precios”). Pero, en realidad, lo que ha efectuado dicho sujeto es una modificación de las circunstancias fáctica a los efectos de activar una razón de que ya disponía el consumidor (por ejemplo, ahorrar). Tanto en este último caso como en el anterior, no es posible decir que se haya dado propiamente una razón para la acción u omisión. Según ENOCH, lo que acontece, en términos precisos, es que una razón condicional previamente existente (por ejemplo, ahorrar en la medida de lo posible o callar cuando se asiste al cine o al teatro) se ha convertido en incondicional.¹³¹⁸ De este modo, tanto cuando se advierte de una circunstancia fáctica (“dar razones” en sentido epistémico), como cuando se modifica este mismo contexto (“dar razones” en sentido desencadenante), simplemente se satisface la condición de aplicación de una razón normativa que se tenía con anterioridad (“frente a esta realidad, lo más correcto es tomar x curso de acción”).¹³¹⁹

3. De manera opuesta a estos dos casos, se sitúa el hecho de “dar razones” en un sentido robusto o sólido [*robust reason-giving*]. En esta categoría, el emisor sí parece alterar las circunstancias normativas del receptor de la comunicación, porque su mensaje está dirigido, justamente, a que dicho sujeto actúe de una determinada manera.¹³²⁰ Ejemplos de este modo pueden constituirlo el hecho de que alguien con autoridad ordene a su subordinado que haga algo o que alguien prometa a otro una recompensa para que actúe de una determinada manera. En ambos casos, parece que se introduce una “nueva razón” en el entramado normativo del sujeto: antes de la comunicación, el receptor no disponía de un soporte justificativo para emprender el curso de acción indicado. Más allá de los usos que ENOCH da a esta clasificación,¹³²¹ la misma puede contribuir a discernir mejor el concepto de motivación al

¹³¹⁷ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 5.

¹³¹⁸ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 4.

¹³¹⁹ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 5.

¹³²⁰ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 9.

¹³²¹ El autor acaba considerando que en los supuestos de entrega de razones “en un sentido fuerte o robusto” también se produce el desencadenamiento de una razón previamente existente. El autor ilustra la idea con el siguiente ejemplo: *A*, el hijo del dictador *B*, ordena a *C* que mate a *D* sin tener ningún tipo de autoridad al respecto. En un caso así, acontece en realidad que *A* ha manipulado las circunstancias fácticas no normativas que envuelven a *C* para activar una razón previamente existente (“debo obedecer a la familia del dictador si no quiero que le pase algo horrible a la mía”). Al respecto, ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 8. En estos casos existiría un elemento “intencional”, en la medida en el que el emisor del mensaje tendría como objetivo conseguir que alguien actúe de una determinada manera (ENOCH, «Authority and Reason-giving», *Philosophy and Phenomenological Research*, (89-2), 2012, p. 8). De esta forma, cuando alguien se coloca frente a un motorista que circula a una velocidad moderada, altera las circunstancias fácticas que rodean al sujeto obligándole a seguir una razón normativa previamente existente: “párese frente a obstáculos”. Sin embargo, este comportamiento desencadenante puede realizarse de manera no-intencional (REFERENCIA). En cambio, en el caso de “dar razones” en sentido sólido, lo que ocurre en términos prácticos es que, aunque también se produzca este mecanismo desencadenante, existe indefectiblemente un contenido intencional en la comunicación. Por lo tanto, esta forma transaccional de dar razones constituiría una subclase del modo desencadenante. Su particularidad residiría en la existencia de una pretensión subjetivo por parte del emisor de la razón en la medida en que “hecho de dar la razón forma parte del objetivo de la acción correspondiente” puesto que “el dador de la razón tiene la intención de dar una razón al receptor de la misma” (ENOCH, *Philosophy and Phenomenological Research*, (89-2), 2012, p. 8).

delito aquí defendido. Volveré a ella cuando conecte el fenómeno objeto de este estudio con el pensamiento de la corrupción. De todas maneras, todas estas ideas todavía dejan un amplio margen de actuación a la motivación al delito. A riesgo de caer en un “casuismo de razones” a imagen y semejanza del “casuismo de estímulos” en el que incurre la doctrina mayoritaria, ahora es necesario precisar qué características debe presentar una “razón” para poder desaprobarse y, si fuera el caso, estructurarse como una forma de intervenir en un hecho antijurídico. Lo contrario supondría un mero cambio de etiquetas: en lugar de hablar de estímulos psíquicos, se hablaría de razones; en lugar de causalidad, de motivación. Por lo tanto, la estructura “dar razones para el injusto” constituye un punto de partida metodológico que requiere, no obstante, de una ulterior depuración en términos jurídico-penales. Al respecto, todavía es necesario identificar aquel elemento ínsito a la motivación al delito que perturba al Derecho penal. Una vez encontrado, se deberá proceder a verificar la lógica de su castigo a los efectos de establecer, en primer lugar, en qué medida la emisión de una razón normativa capacitada para argumentar a favor de un determinado curso de acción delictivo puede contextualizarse en un espacio de relevancia jurídico-penal y con base en qué fundamentos. Sobre esta premisa, en segundo lugar, es necesario esclarecer de qué modo puede conectarse esta relevancia penal con el marco de la intervención delictiva. Como decía en la introducción, creo que el camino adecuado para identificar qué razones superan un umbral de permisividad y la justificación de su castigo es el que nos brindan las antiguas teorías de la corrupción.

IV. EL PENSAMIENTO DE LA CORRUPCIÓN

1. Entre “astutos seductores” y “moralmente inmaduros”

1. Las referencias, en las primeras páginas del presente trabajo de investigación, al pecado original explicado en el Génesis no son baladíes. Al respecto, AMELUNG señala que la estructura de la inducción encuentra su fundamento en una base socio-cultural próxima a la imagen de debilidad y erosión moral representada en el primer libro del Pentateuco.¹³²² Esta conecta con la idea de la *seducción*¹³²³ y el *dejarse seducir*, en el marco de una conciencia común que presupone que “donde hay seducción (...) hay engaño, trastorno, error, incumplimiento del deber y culpabilidad (...) [t]odos ellos [los supuestos de seducción] «desvíos» de alguna norma ética o política ejemplarmente encarnados en variopintas figuras míticas, históricas o imaginarias.”¹³²⁴ En todas estas representaciones se sitúa un individuo que, haciendo uso de su locuacidad, emite una tentación dirigida a otra persona, por lo general, susceptible a la seducción. A través de esta conducta se expresa

¹³²² AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 149.

¹³²³ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 43

¹³²⁴ CIFRE WIBROW/GONZÁLEZ DE ÁVILA, «Prefacio. La buena y mala seducción», en LOS MISMOS (eds.), *Culturas de la seducción*, 2014, p. 11.

una “acción de apartar” o una “faena de alejamiento”¹³²⁵ del estado de cosas convencional en el que aquel sujeto se sitúa.

2. Con base en esta concepción, el incitador presentaría una mayor culpabilidad en la medida en que sería “el creador de la intención criminal y el seductor”, mientras que, por su parte, el instigado sería el seducido.¹³²⁶ De esta manera, el concepto arquetípico de la motivación al delito lo constituiría el contacto entre dos *polos de personalidad* opuestos. Por un lado, la *serpiente*: astuta y endiablada, que “por un deseo de maldad o en busca de maquinaciones (...), atrae a las personas, que en principio son consideradas seducibles, a la comisión de delitos y, por lo tanto, las corrompe como sujetos morales”;¹³²⁷ pero que, en todo caso, debe valerse de otros para materializar su oposición espiritual a la norma divina, por lo que, a fin de cuentas, es lo más parecido que hay a un mero “héroe de boquilla” que configura una nueva visión de la realidad normativa en la que “lo prohibido se hace atractivo y se minimiza el castigo anulando el poder de quien lo prohíbe.”¹³²⁸ Todo esto, hasta el punto de que una de las cualidades atribuidas a los demonios por TOMÁS DE AQUINO era la de combatir a los hombres instigándoles a pecar, pues “por envidia, trata[n] de impedir el provecho de los hombres, y, por soberbia, usurpa[n] una semejanza del poder divino.”¹³²⁹ De tal manera que “[e]l diablo tienta siempre para dañar, precipitando al pecado (...) tentar es oficio propio de los demonios, porque, aunque también el hombre alguna vez tienta de este modo, lo hace como ministro del demonio.”¹³³⁰

3. En su contra, *Eva* representa la inmadurez moral que caracterizaría a los primeros integrantes de una sociedad embrionaria. De esta suerte, si el pecado sin instigación es fruto directo del libre albedrío, el pecado instigado por la *serpiente* no puede sino nacer de una libertad mermada o, en todo caso, corrompida. En su marco, la Eva de la historia en concreto adquiere la condición de una “cuasi-víctima”. Una imagen contenida ya en un conocido pasaje de los Evangelios: “velad y orad, para que no entréis en tentación; el espíritu a la verdad está dispuesto, pero la carne es débil.”¹³³¹ Ciertamente, citando de nuevo a TOMÁS DE AQUINO, “a la fragilidad humana le bastaría para ejercicio con los combates de la carne y del mundo, pero no bastaría esto a la malicia de los demonios, que se sirven de la carne y del mundo para combatir al hombre.”¹³³² Por ello, el tentador tiene la capacidad de

¹³²⁵ El origen etimológico de la actual voz castellana “seducción” es *seductio*, palabra que se utilizaba para indicar toda manera de separar a alguien de un determinado camino para guiarlo hacia otro. Sobre esto, CIFRE WIBROW/GONZÁLEZ DE ÁVILA, en LOS MISMOS (eds.), *Culturas de la seducción*, 2014, p. 11.

¹³²⁶ HÄLSCHNER, *Das preußischen Strafrecht*, t. II (*System des preußischen Strafrechts. Allgemeiner Teil*), 1858, p. 363. Como he indicado en el primer capítulo, la doctrina alemana del siglo XIX que seguía la línea del hegelianismo no podía considerar *Uhreber* a quien, entre su actuar libre y el delito, se situaba un tercero autorresponsable. De allí que HÄLSCHNER indicara que el inductor [*Anstiftung* en contraposición a *Uhreber*] determinaba a la autodeterminación de la persona de delante.

¹³²⁷ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 149.

¹³²⁸ BENDAHAN COHEN, *Seferad es también Europa. El otro en la obra de Albert Cohen*, 2016, p. 235.

¹³²⁹ *Summa theologica*, Parte Ia, Cuestión 114, art. 1.

¹³³⁰ *Summa theologica*, Parte Ia, Cuestión 114, art. 2.

¹³³¹ Mt. 26:41.

¹³³² *Summa theologica*, Parte Ia, Cuestión, 114, art. 1.

“alterar de algún modo las potencias inferiores del hombre, por medio de las cuales, aunque no se coaccione a la voluntad, sí se la puede inclinar.”¹³³³ Aunque de estas palabras se infiere que la libertad del tentado o persuadido quedaría incólume, no es menos cierto que, en el contexto de esta manipulación de los sentidos más bajos del género humano, la *serpiente* coarta hasta cierto punto la autodeterminación inherente al hombre y a la mujer. Así, sigue indicando TOMÁS DE AQUINO que “no todos los pecados se cometen por instigación directa del diablo, sino que algunos provienen del libre albedrío y de la corrupción de la carne (...) el frenar y ordenar tales apetitos es materia del libre albedrío (...) [s]i algunos, no obstante, provienen de dicha instigación, *para consumarlos se dejan los hombres seducir en tal acto por el mismo estímulo por el que se dejaron los primeros padres*, como dice Isidoro.”¹³³⁴

4. En el contexto de este pensamiento, el seductor o tentador se convierte en el productor del “asesinato del alma” [*Seelenmord*],¹³³⁵ aquel que provoca la “perdición del autor en la culpa”.¹³³⁶ Así pues, de la misma manera que se puede “matar la carne”, las personas también pueden ser “asesinadas” en su “dimensión moral o espiritual”, en tanto que sujetos receptores de un entramado normativo respecto del que deben mostrarse respetuosos y militantes.¹³³⁷ Por esta razón, todo proceso de desmilitancia, de reprogramación del sistema de valores unánimemente compartido por los integrantes de esta sociedad, supone la reconfiguración moral del individuo, su alejamiento del contexto axiológico en el que se integra y, en suma, su “muerte espiritual” como fragmento integrante de aquel.¹³³⁸ En tanto que los individuos-parte del sistema son, por definición, “débiles”, toda clase de seducción que les dirija hacia un conjunto de valores alternativos y contrario al imperante debe ser objeto de prohibición y pena dada su peligrosidad en el seno de la comunidad. De lo contrario, se permitiría, no solo “pastorear” a discreción el “ganado” hacia el precipicio de lo incorrecto, sino también la propia desintegración del sistema normativo establecido, así como de sus referentes.

2. En defensa de la recuperación del pensamiento de la corrupción

1. Tanto la equiparación penológica entre autor e inductor como el uso de la palabra “determinar” [*bestimmen*] en la estructuración positiva de la inducción implican, siguiendo a AMELUNG, que las ideas

¹³³³ *Suma teológica*, Parte Ia, Cuestión 114, art. 2.

¹³³⁴ *Summa teologica*, Parte Ia, Cuestión 114, art. 3.

¹³³⁵ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 42-43, citando el pasaje bíblico de Prov. 28:10: “El que hace errar a los rectos por el mal camino, él caerá en su misma fosa; mas los perfectos heredarán el bien.”

¹³³⁶ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 43

¹³³⁷ Remarca BONHOEFFER, *Jesucristo: historia y misterio* (trad. de Sergio Vences y Úrsula Kilfitt), 2016, p. 131, que la serpiente del Génesis “induce al hombre a que mire hacia una profundidad, hasta ahora desconocida, desde la que el hombre estará en situación de fundamentar o impugnar una palabra como palabra de Dios.” Al cuestionar la norma divina, el “seductor” consigue que “el mal logr[e] adquirir poder sobre nosotros, por lo que nos tornamos desobedientes a Dios”, pues “ataca la actitud fundamental de la creatura respecto al Creador” induciéndole “a que se convierta en juez de la palabra de Dios, en vez de escucharla y cumplirla sencillamente” (pp. 132 s.).

¹³³⁸ Como explícita de manera muy gráfica LESS, *ZSW*, (69), 1957, p. 45, el inductor es quien “deshonra el alma” [*Seelenschänders*].

anteriores, centradas en la contraposición entre la *astucia seductora* y la *debilidad moral*, han dejado una huella en la legislación actual.¹³³⁹ De esta suerte, esta última bien puede remontarse a los “poderes de seducción demoníaca del inductor.”¹³⁴⁰ Por esta razón, se ha llegado a afirmar que a la instigación le es inherente, en mayor o menor medida, el pensamiento de la corrupción.¹³⁴¹ En efecto, la conexión de esta forma de participación con este esquema cultural encuentra su origen ya en el Derecho canónico y en las construcciones del *ius commune*. En estas últimas, el fundamento del castigo del *mandans* y, principalmente, su igualación punitiva con el autor, se encontraba en la máxima “*peccat in se et alium peccare facit*” [pecar contra uno mismo y hacer pecar a los demás].¹³⁴² Así pues, pese a la altísima vinculación de la estructura del *mandatum* con las cuestiones sinalagmáticas analógicamente transportadas del Derecho civil, la premisa moral por la cual se entendía que el mandante “corrompía” al mandante a través de la instigación estuvo presente en buena parte de los escritos del Derecho común sobre el tema.

2. El pensamiento de la corrupción fue recuperado, como es sabido, a mediados del siglo XX de la mano de H. MAYER y TRECHSEL para fundamentar una base de desaprobación para la participación delictiva. El propio TRECHSEL asumía que su objetivo consistía en actualizar en un contexto contemporáneo la idea bíblica de “hacer caer en la culpa y el pecado” al autor del delito.¹³⁴³ Pese a que la “traducción dogmática” de esta base cultural fue criticada por un conglomerado de motivos expuestos páginas atrás, entiendo que la misma no puede ser descartada como una pieza integrante del sustrato histórico que ha fundamentado la incriminación, no solo de la inducción, sino también de la complicidad psíquica. En este sentido, un correcto entendimiento de la relevancia penal que merece la motivación al delito requiere aceptar que a esta le es inherente, a modo de elemento consustancial, la noción de “corrupción”. Por lo tanto, mientras que la “participación física” se habría vinculado a la idea del *favorecimiento*, la “participación psíquica” se habría asentado históricamente en la lógica de proteger una determinada actitud jurídico-moral de los ciudadanos.¹³⁴⁴ Consiguientemente, es posible superar la crítica expuesta en su momento por SCHAFFSTEIN según la

¹³³⁹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 150, indicando que esta “huella” se encuentra en la limitación del castigo a la inducción a un delito doloso y en la equiparación penológica de esta figura con el autor, lo que “[e]xpresa la idea de que el instigador es tan peligroso como el autor, porque las personas se consideran fundamentalmente seducibles.”

¹³⁴⁰ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 150. En mi opinión, esto conduce a una situación relativamente paradójica: la teoría de la corrupción, desde un punto de vista dogmático, se muestra débil frente a la teoría del ataque accesorio al bien jurídico. Sin embargo, es la que explica de mejor manera el origen histórico del § 26 StGB.

¹³⁴¹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 149.; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 42 ss.; SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, nm. 6; GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 184.

¹³⁴² PLATE, *ZStW*, (84), 1972, p. 301; BOCK, «Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage», *ZIS*, (1), 2006, p. 11, citando el *Tractatus de Malliciis* de Albertus GANDIUS, quien indicaba que al mandatario se le tenía que castigar más que al ejecutor por esta corrupción moral que, entendía, añadía un plus de severidad que en el caso de realización del hecho de propia mano. Por lo tanto, la *mera opera factica* presentaba menor gravedad que la “implicación o intervención moral” [*moralisch beteiligten*] de aquel sujeto (p. 10).

¹³⁴³ TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 73

¹³⁴⁴ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, pp. 149 s.; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 44: “las consideraciones teológico-morales presentadas proporcionan conclusiones importantes para definir qué debe cumplir una teoría de la inducción.”

cual no sería posible partir de la noción de “corrupción” para definir todas las formas de participación delictiva porque, en el caso de la complicidad física (por ejemplo, alguien entrega un arma de fuego al autor del delito) este “efecto corruptor” no existiría.¹³⁴⁵ Por el contrario, entiendo que el pensamiento de la corrupción debe relacionarse, ya no solo con la “participación psíquica”, sino con la motivación al delito en tanto que percepción socio-cultural y moral que ha acompañado su tratamiento dogmático jurídico-penal.

3. Sobre esta premisa, considero que el elemento característico de la motivación al delito capacitado para perturbar al Derecho penal (más allá de las alusiones a una “peligrosidad psicológica”) es su *efecto corruptor*. Por ello, defiendo que debe recuperarse del pensamiento de la corrupción como soporte para abordar el fundamento de incriminación de la motivación al delito. Sin embargo, esto requiere de un esfuerzo de concreción para identificar qué debe entenderse por “corrupción” desde una óptica jurídico-penal. En este sentido, aquí se propone particularizar la corrupción como un modo de colocar a un sujeto en contra de un determinado sistema normativo, en cuyo contexto está integrado. No obstante, con esta definición todavía no se acentúa la idea básica de la corrupción: el efecto de degradación que sufre el sujeto con respecto a los valores que tenía de manera previa al proceso motivador. Ciertamente, con base en esta descripción, se podría denominar “corrupción” a la resocialización de un misógino en valores de respeto a las mujeres o a la de un nacionalsocialista en valores democráticos. Por lo tanto, hace falta añadir que la corrupción debe implicar la (re)ubicación del sujeto en un sistema normativo degradado en comparación del que se desprende del Derecho. En este proceso, los deberes para con este sistema son sustituidos por sus opuestos, de tal manera que la referencia normativa (“lo que puede y debe hacerse”) es reemplazada por otra. El agente corrompido, de este modo, queda *desalineado* del “recto” discurrir que le dictan los enunciados deónticos desprendidos del entramado de normas que configuran su posición en dicha práctica institucionalizada. Solo de esta manera puede aceptarse la posibilidad de atribuir relevancia a la motivación al delito si se toma en serio que las personas no son meros agentes automatizados o el resultado de un conglomerado de reacciones psíquico-físicas.¹³⁴⁶ Así, motivar a alguien a cometer un delito no es sino contribuir a la construcción de una “actitud” o un “carácter” de oposición frente al Derecho y a sus normas. En consecuencia, la base del problema es la disociación del sujeto determinado o reforzado en su resolución al hecho antijurídico del marco de valores imperantes del ordenamiento. De otro modo, la clave de bóveda para entender la motivación al delito y, consiguientemente, la razón de ser de la participación psíquica se encuentra en la idea de la “conversión en delincuente” y la creación de una “actitud subversiva” en contra de las normas. Esta última actuaría a modo de *causa prima remota* de la eventual actividad delictiva.

¹³⁴⁵ SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, p. 179.

¹³⁴⁶ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 189: remarcando que “influir en la voluntad” presupone “autonomía de la voluntad”.

Es muy posible que, por esta misma razón, la posibilidad de castigar la inducción a un delito imprudente haya despertado tantas dudas.¹³⁴⁷ Ciertamente, la falta de una “consciencia” (como mínimo, plena) en lo que al significado de la conducta se refiere por parte del sujeto motivado invita a pensar que la doctrina ha tenido reparos en castigar estos casos, precisamente, por la imposibilidad de constatar un “efecto corruptor o desintegrador.”¹³⁴⁸

4. En mi opinión, la concepción mayoritaria respecto de la inducción y de la complicidad psíquica ha escondido esta base primitiva bajo un compendio de consideraciones que, muy probablemente, pretenden escapar del carácter altamente moralista de esta apreciación. Empero, por mucho que se quiera resaltar la existencia de determinados “riesgos motivacionales cuantificables” y “umbrales de permisividad” en los contactos psíquicos cotidianos, no puede obviarse que esta peligrosidad se ha construido históricamente, aunque sea de forma indirecta, por la existencia de este mismo “efecto desintegrador.” Por lo tanto, todos los términos y expresiones utilizadas por la doctrina mayoritaria (“incitación fuerte”, “vencer inhibiciones”, “estímulos intensos” o “provocación directa”) constituyen un intento de expresar en un lenguaje más moderno, de corte psicologista, esta concepción original. Al respecto de esta última idea, la doctrina mayoritaria consigna la necesidad de castigar solo “peligros cuantificables”, impulsando con ello la caracterización de la participación psíquica como un base de incriminación para peligros motivadores reales.¹³⁴⁹ Estos últimos se identificarían en el conglomerado de estímulos que, desde una determinada perspectiva psicológica, pudieran tener la capacidad de “llevar a un tercero” hacia la comisión delictiva.

5. Frente a este entendimiento generalizado, en este trabajo se propone recuperar el pensamiento de la corrupción para armar una base de desaprobación, no solo de la participación psíquica, sino de la *motivación al delito* y, a través de esta, analizar la posibilidad de articular una *intervención motivacional*. Con esta propuesta no quiero decir, en ningún caso, que deban aceptarse las premisas estructurales y consecuencias sistemáticas expuestas por H. MAYER o TRECHSEL (principio de accesoriadad máxima o la existencia de un bien jurídico protegido distinto frente a los partícipes, respectivamente). En su contra, simplemente defiende que recuperar la idea de la corrupción no supone más que resaltar que esta constituye una parte indisoluble de la posibilidad de articular un marco de relevancia penal para la instigación, la complicidad psíquica y, en definitiva, para todo comportamiento motivador. Así pues, frente a agentes racionales,¹³⁵⁰ la motivación se manifiesta a través de *razones* vehiculadas mediante determinados *actos de habla* que se incorporan al razonamiento práctico del sujeto en su toma

¹³⁴⁷ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 150.

¹³⁴⁸ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 150, para quien la restricción del § 26 StGB, que solo castiga la inducción a un delito doloso, se explica en la medida en que “el legislador tiene en mente como inductor a una persona que corrompe moralmente a la persona de delante, implantando en ella una voluntad legal y moralmente inaceptable, lo que no ocurre en el caso de la instigación a un acto imprudente.”

¹³⁴⁹ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 59 s.

¹³⁵⁰ Sin perjuicio de lo que pueda llegar a decirse en caso que la motivación se articule frente a personas no racionales o estructuralmente débiles.

de posición sobre uno u otro curso de acción. Si esta es la característica básica de la motivación, cuando su objeto es el delito, esta se convierte en una forma de *excluir las razones* de que disponía el sujeto para cumplir con el Derecho y sus normas. Por lo tanto, la motivación al delito constituye una manera de disociar al receptor del acto de habla de las razones normativas que argumentaban a favor de la realización del deber jurídico impuesto. En suma, la tesis central es que motivar al delito significa “corromper” en tanto que manera de incorporar a un sujeto en una percepción de lo normativo (“el curso de acción que debes o puedes emprender es este y no otro”) contrario al jurídicamente esperado. *Motivar es desmotivar jurídicamente.*

6. Uno de los autores que más ha remarcado últimamente la conexión entre motivación y corrupción ha sido GERSON. En su opinión, a la determinación¹³⁵¹ a modo de corrupción le es inherente el sentido de “acto de seducción y manipulación.”¹³⁵² El autor sustenta su tesis sobre las ideas de Paul WATZLAWICK. Este filósofo y psicólogo constructivista austríaco, uno de los máximos referentes de la teoría de la comunicación, estableció una diferencia entre lo que él denominaba “realidad de primer orden” y “realidad de segundo orden” para entender el proceso ínsito a una psicoterapia.¹³⁵³ Mientras que con la primera expresión se hace referencia a las propiedades de un objeto o una situación, con la segunda se sugiere el sentido y el valor que se atribuye a esta base primaria.¹³⁵⁴ Así, indica el autor que la realidad de primer orden “se refiere a las propiedades puramente físicas (y por ende objetivamente constatables) de las cosas y responde, por tanto, al problema de la llamada «sana razón humana» o del proceder científico objetivo” en tanto que “aspectos de la realidad que se refieren al consenso de la percepción.” Por su parte, la de segundo orden “afecta exclusivamente a la adscripción de un sentido y un valor a estas cosas y, en consecuencia, a la comunicación.”¹³⁵⁵ GERSON ilustra la idea con el siguiente ejemplo: imagínese que *A* golpea a *B* en la mejilla con la palma de su mano. Esta imagen constituiría una “realidad de primer orden.”¹³⁵⁶ A partir de ella, todo proceso de interpretación que tuviera por objeto esta escena la modificaría a los efectos de desprender una “realidad derivada” o de segundo orden. Estas podrían ser, por ejemplo, (i) que *A* ha agredido a *B* sin justificación alguna, (ii) que *A* y *B* simplemente están jugando o (iii) que *A* ha abofeteado la cara de *B* para asustar una abeja que pretendía picarle.¹³⁵⁷ Sobre esta premisa, la motivación consistiría en lograr que su receptor

¹³⁵¹ De nuevo, las teorías que se presentan aquí están sesgadas por analizar el problema desde la instigación como forma de participación accesoria.

¹³⁵² GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 298. Próximo, ABRAHAM, «Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes», *HRRS*, (25), 2018, p. 166.

¹³⁵³ NARDONE/WATZLAWICK, *El arte del del cambio. Manual de terapia estratégica e hipnoterapia sin trance*, pp. 24 s.; WATZLAWICK, *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*, 2019, pp. 148 ss.

¹³⁵⁴ NARDONE/WATZLAWICK, *El arte del del cambio. Manual de terapia estratégica e hipnoterapia sin trance*, p. 24: “los problemas que queremos resolver mediante el cambio no son problemas relacionados con las propiedades de los objetos o de las situaciones —la *realidad de primer orden* (...)—, sino únicamente relacionados con el significado, el sentido y el valor que hemos llegado a atribuir a estos objetos o situaciones (su *realidad de segundo orden*)” (con cursivas en el original); EL MISMO, *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*, 2019, p. 149.

¹³⁵⁵ WATZLAWICK, *¿Es real la realidad?*, 2019, p. 149.

¹³⁵⁶ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 303.

¹³⁵⁷ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, pp. 303 s.

cambiara su interpretación sobre la realidad de primer orden, esto es, que eligiera una “realidad derivada” distinta a la previamente dispuesta.

7. Con base en esta premisa teórica, cabe entender que de los múltiples factores externos influyentes a los que están expuestos los individuos, la “penetración cognitiva por la acción de un tercero a través de la comunicación” es uno de los más importantes.¹³⁵⁸ Ciertamente, todos los sujetos construyen sus propios mundos subjetivos que, por lo general, están permanentemente condicionados “a estímulos externos que los confirman, los refutan, los ajustan, los endurecen, etc.”¹³⁵⁹ Cuando el mundo de un agente penetra en el de otro, se produce una perturbación, lo que conduce a una “guerra de mundos [*Krieg der Welten*].”¹³⁶⁰ En este contexto, la corrupción entendida como manipulación se lleva a cabo “a través de la creación de una construcción diferente de la realidad” consensuada de segundo orden.¹³⁶¹ Por medio de este proceso, en un principio, “la realidad de la vida del manipulador y el mundo vital producido del manipulado no están alineados ni son idénticos.” Sin embargo, el agente motivador logra que “el autor se 'equivoque' con el consenso social (imperante) del mundo de la vida.”¹³⁶² De este modo, lo que se produce mediante la “manipulación” o “corrupción” es que el manipulado “reinterpreta” la realidad dando como producto una visión alejada a su significado social imperante, coincidiendo —en algo parecido a un “acuerdo mental”—¹³⁶³ con la visión del manipulador, de tal manera que “ambos perciben la construcción de la realidad de forma idéntica.”¹³⁶⁴

8. De allí que GERSON afirme que el fundamento de la pena de la inducción es “la desintegración social del delincuente a través de su implicación en una comunicación perturbadora con la sociedad.”¹³⁶⁵ Consiguientemente, sería necesario recuperar el pensamiento de la corrupción vinculado al constructo de la “desintegración social” como “un aspecto de peso de la justificación del castigo de la instigación.”¹³⁶⁶ Esta idea no conduciría a aceptar las teorías clásicas de la corrupción de corte dogmático, sino solo a la caracterización de esta forma de intervención como una manera de incorporar un “discurso patológico” en el mundo de valores y representaciones del agente motivado. En este sentido, si el delito constituye una atribución de expectativas negativas a una conducta, el delincuente, al realizarlo, “se ve arrastrado hacia un discurso patológico con la sociedad.”¹³⁶⁷ Quien le motiva debe identificarse como el sujeto que “abre la puerta de la criminalidad” [*Türöffner zur*

¹³⁵⁸ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 303.

¹³⁵⁹ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 302.

¹³⁶⁰ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 302.

¹³⁶¹ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, pp. 302 s.

¹³⁶² GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 303.

¹³⁶³ Esto lleva al autor a abogar por las tesis del contacto comunicativo. Al respecto, GERSON, *ZIS*, (5), 2016, pp. 190 ss.

¹³⁶⁴ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, p. 304.

¹³⁶⁵ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 184.

¹³⁶⁶ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 191.

¹³⁶⁷ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 191.

Kriminalität].¹³⁶⁸ En efecto, su alocución estaría capacitada para desalinear al receptor de la comunicación de la interpretación social más unánimemente compartida con respecto a la protección de un determinado bien jurídico. Con este acto, el agente motivador produciría una disrupción en el sistema normativo del motivado, encaminándolo hacia el delito, esto es, de nuevo, convirtiéndolo o reforzando su “rol” de delincuente. En términos más graves, manipular o corromper en tanto que forma de motivar constituiría “la ocultación, la reinterpretación o el adoctrinamiento deliberados de circunstancias que contribuyen a la construcción de una realidad de segundo orden no contingente en el influenciado.”¹³⁶⁹

9. Con estas ideas se remarca que motivar a través de razones a agentes autorresponsables que se comportan de conformidad con sus propias razones significa guiarlos hacia una percepción de lo normativo alejada de la socialmente imperante. El agente motivador crea un “nuevo mundo” a ojos del receptor de su comunicación que entra en oposición al “mundo” —en el caso del Derecho penal— defendido por la norma de conducta.¹³⁷⁰ Ahí reside, en mi opinión, la caracterización básica de la motivación al delito como acto de corrupción, sin perjuicio las ulteriores precisiones que esta pudiera merecer. Más allá de lo que pueda decirse en los casos en los que la motivación entra en colisión con la estructura pasional del sujeto, frente a agentes aparentemente racionales, su intolerancia penal no puede sino construirse con base en los frutos de una percepción histórica vinculada a esta cuestión: ofrecer una interpretación alternativa de las cosas o, en otras palabras, dar razones que entran en competición con las razones de la norma. Esto trae como consecuencia que solo pueda entenderse por motivación al delito aquella forma de dar una razón de modo sólido o robusto.¹³⁷¹ Efectivamente, solo puede existir un proceso corruptor cuando se altera el entramado normativo del destinatario de la comunicación, lo que solo puede lograrse si a este se le otorga una razón normativa previamente inexistente para emprender un curso de acción u omisión ilícita.

10. Sobre esta caracterización, la pregunta que debe plantearse no es si existen conductas psíquico-volitivas cuantificables requeridas de incriminación por superar un determinado límite de soportabilidad social, sino si castigar sobre la base de la premisa de la corrupción es legítimo. En otras palabras, la cuestión capital es si puede compatibilizarse con los principios constitutivos y limitadores del Derecho penal que alguien responda por llevar a otro hacia un estado de oposición jurídica penetrando en su mundo interno con una interpretación alternativa a la ofrecida por el ordenamiento. En suma, para identificar a estas “fuerzas motivadoras intolerables” en tanto que *razones para el delito* y para legitimar su relevancia penal, es necesario preguntarse antes acerca de la corrección de fundar una base de incriminación sobre la idea de que hay conductas que contribuyen a crear o reforzar una

¹³⁶⁸ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 191.

¹³⁶⁹ GERSON, *ZIS*, (5), 2016, pp. 303 s.

¹³⁷⁰ Desde una perspectiva teológica, BONHOEFFER, *Jesucristo: historia y misterio* (trads. Sergio Vences y Úrsula Kilfitt), 2016, p. 135, para el caso de la serpiente y Eva, la primera opone a la prohibición divina la promesa de ser “*sicut deus*”.

¹³⁷¹ ENOCH, *Philosophers' Imprint*, (11-4), 2011, p. 3.

actitud de menosprecio hacia el Derecho.¹³⁷² Recuperando la distinción presentada por OLMEDO CARDENETE entre el *merecimiento absoluto* y el *merecimiento relativo*,¹³⁷³ al plantearnos sobre la relevancia penal de un comportamiento motivador nos preguntamos por si es correcto y asumible en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico que se castigue la “desintegración” de otro como fase embrionaria de la posterior comisión delictiva (*merecimiento absoluto*). Solo cuando se haya respondido a esta pregunta, será posible identificar en concreto cuáles son estos “peligros motivadores”, es decir, cuánta corrupción toleramos y cuánta no (*merecimiento relativo*).

3. Los problemas del pensamiento de la corrupción: un enfoque crítico sobre la posibilidad de castigar la motivación al delito

1. El pensamiento de la corrupción supone un punto de partida adecuado para fundamentar la incriminación de la motivación al delito y, a partir de esta base, construir una intervención motivacional. En este sentido, *motivar* significa *corromper* y este carácter debe conectarse con la capacidad que tienen determinados sujetos de excluir las razones favorables al cumplimiento del Derecho con base en razones que aportan una interpretación del mundo normativo (realidad de segundo orden) distinta a la ofrecida por el ordenamiento jurídico-penal. Esta clase de perturbación es la que debe centralizar al análisis a los efectos de apreciar la aptitud de su incriminación. Con esto claro, la idea de la “corrupción” presenta múltiples problemas. Estos últimos pueden relacionarse con las principales incógnitas que plantea la posibilidad de castigar el fenómeno objeto de este trabajo de investigación. En el presente apartado me dedicaré a relacionar estas cuestiones controvertidas en tanto que obstáculos a superar a la hora de elaborar un presupuesto que dote de legitimidad el castigo de la motivación al delito.

2. La principal objeción crítica que esta estructura despierta se centra en el hecho de que eleva a interés social la “integridad jurídica y moral” de los individuos y, en consecuencia, ve con preocupación su “desintegración”. Este esquema parece presuponer, en primer lugar, un concepto de persona susceptible de entrada a la seducción y a la persuasión. El sujeto, débil por naturaleza, puede “caer en la tentación” y, por ende, “ser tentado” por fuerzas externas. En consecuencia, lo que se consigue con su corrupción es afianzar esta debilidad con tal de frenar el compromiso del individuo con el Derecho. En segundo lugar, la idea implica la necesidad de proteger la consciencia jurídico-moral de los ciudadanos. Ante la necesidad de resguardar una militancia subjetiva de unos individuos caracterizados por una “tendencia al ilícito”, el Derecho debería prohibir aquellos actos que les encaminaran hacia dicho estado interno de desapego con respecto al sistema jurídico. Y ello se

¹³⁷² Esta última frase permite entrever la principal objeción que puede oponerse a esta construcción: su incompatibilidad por el principio del hecho, al centrar el fundamento de incriminación en un cambio en la “personalidad” del individuo, lo que podría conllevar la asunción de un *Gesinnungsstrafrecht*.

¹³⁷³ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 237. Véase también *supra* Capítulo III, ap. II. 2.

justificaría en la medida en que dicho estadio constituiría la antesala del comportamiento delictivo. Finalmente, no pueden dejarse de lado las notables implicaciones que esta prohibición general puede tener sobre la propia libertad de expresión. Así pues, si corromper significa ofrecer una interpretación alternativa del mundo de deberes y obligaciones que incumben a un sujeto, su interdicción puede poner en peligro la asunción de un ámbito de interrelación social basado en la libre comunicación, en cuyo contexto, el recíproco intercambio de interpretaciones con implicaciones normativas (lo que debe y puede hacerse) constituye una constante cotidiana.

3. Los dos primeros cuestionamientos pueden abordarse de modo unificado. Así pues, la idea de que es necesario proteger la convicción interna de unos ciudadanos caracterizados por su tendencia al ilícito no parece encajar bien en el marco de un ordenamiento jurídico-penal contemporáneo. El propio AMELUNG, partidario de actualizar del pensamiento de la corrupción, ha indicado de manera muy gráfica que “la integridad moral y jurídica del ciudadano responsable no se considera un objeto de protección adecuado del Derecho penal, porque en la sociedad moderna toda persona culpable es considerada responsable de su actitud jurídica y moral.”¹³⁷⁴ Por este motivo, la imagen representada por Eva y dibujada *supra* —pre-ilustración— no sería *a priori* compatible con la imagen actual de los agentes sociales —post-ilustración— en tanto que “ciudadanos maduros” [*mündigen Bürger*].¹³⁷⁵ Sobre las premisas presentadas a lo largo de estas páginas, frente a esta primera crítica, puede decirse que la *motivación* entendida como *acto de corrupción* no necesariamente debe apelar a un sujeto “débil por naturaleza” o con una racionalidad mermada.¹³⁷⁶ De esta manera, en un ordenamiento que reconoce a sus agentes como seres autorresponsables, es posible llevar a cabo igualmente un acto de motivación en tanto que corrupción.¹³⁷⁷ Este último, en todo caso, debe entenderse como un mecanismo por el que se dan razones lo suficientemente “pesadas” como para justificar un razonamiento práctico que produzca la elección de un curso de acción contrario al Derecho. Este proceso se lograría al conseguir penetrar en el mundo subjetivo del destinatario de la comunicación con una interpretación de la realidad normativa opuesta a la jurídicamente sustentada.

4. Pero esta concepción todavía no da respuesta a por qué este acto de disociación con respecto a las razones para el cumplimiento de las normas debe tenerse en consideración desde una perspectiva jurídico-penal y, en consecuencia, castigarse. Esta apreciación nos devuelve a la idea según la cual la actitud que cada uno puede tener con respecto al Derecho no debe constituir un objeto de protección penal. En palabras de ESSER, la “pureza de la conciencia” [*Verletzung der Gewissensreinheit*] es algo que

¹³⁷⁴ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 148.

¹³⁷⁵ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 151.

¹³⁷⁶ Parecido, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 44.

¹³⁷⁷ Es claro que parto de una concepción altamente ideal que contrapone, quizás artificialmente, la autorresponsabilidad y las emociones y pasiones del sujeto.

no puede tener significado típico.¹³⁷⁸ Al agente motivador no se le podría castigar por la creación de una determinada actitud personal, pues esta formaría parte del fuero interno del individuo, inaccesible para el Derecho. Este último debería limitarse a desaprobación “conductas externas” o, en todo caso, peligros cuantificables de menoscabo de bienes jurídicos, pero no el desarrollo subjetivo de un determinado carácter subversivo. Todo ello, por mucho que este último actuara a modo de fuerza interna primaria del eventual comportamiento delictivo. En efecto, por mucho que pueda aceptarse que el Derecho interpela comunicativamente a sus ciudadanos para que acepten una determinada interpretación de las cosas, esto no implica, ni que esta sea la finalidad última de las normas, ni que el Derecho deba contemplar con preocupación que existan sujetos ajenos o en contra de esta misma interpretación.

5. Esta última cuestión está vinculada con las ideas vertidas al hilo del denominado “mandato de neutralidad”. Según la concepción más unánimemente compartida, el Derecho penal no puede exigir a sus destinatarios, los ciudadanos, una adhesión moral al contenido expresivo-material de sus dictámenes.¹³⁷⁹ Con base en esta idea, se entiende que esta exigencia presupondría una “militancia subjetiva” impropia en el marco de un Estado liberal y democrático. En su contra, una “lealtad” al ordenamiento debe satisfacerse sin problemas con la mera obediencia formal a la ley, de tal manera que no sería preciso solicitar, además, una determinada militancia emocional con respecto a su contenido. Como indica GÄRDITZ, “un sistema legal liberal no puede requerir que sus miembros tengan pertenencia emocional [*emotionale Zugehörigkeit*] o identificación interna [*innere Identifikation*].”¹³⁸⁰

Es cierto, esto no obstante, que este entendimiento generalizado ha sido objeto de relativización por los partidarios de la denominada “democracia militante” o “patriotismo constitucional”. Así pues, este constructo político se ha identificado como “el término aplicable al uso constitucional de previsiones

¹³⁷⁸ ESSER, *GA*, 1958, p. 322. Parecido, RUSCA, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, 2020, p. 82, desde la perspectiva de la ilicitud moral del cohecho activo, indica que proteger la honestidad de alguien frente a “corrupciones” externas supondría adoptar una perspectiva paternalista.

¹³⁷⁹ Entre muchos otros, véase KÜHL, «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht — ein Problemaufriss», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Rechts und Moral*, 1991, pp. 139 ss.; PEÑARANDA RAMOS, «Función de la pena y sistema del delito desde una orientación preventiva del Derecho penal», *RPDJP*, (2), 2001, pp. 432 ss.; KINDHÄUSER, «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, 2011, pp. 77 s. La idea es comúnmente atribuida a KANT, *La Metafísica de las Costumbres* (trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), 2018, p. 50 (en el sistema de citación de la Academia de Berlín: AK 239), quien distingue entre “deberes jurídicos” y “deberes de virtud”, indicando: “[t]odos los deberes son o *deberes jurídicos (officia iuris)*, es decir, aquellos para los que es posible una legislación exterior, o *deberes de virtud (officia virtutis s. ethica)*, para los que es imposible una tal legislación; los últimos no pueden someterse a ninguna legislación exterior porque se dirigen a un *fin*, que es a la vez un deber (o es un deber tenerlo); sin embargo, ninguna legislación exterior puede lograr que alguien se proponga un fin (porque es un acto interno del ánimo); aunque puedan mandarse acciones externas que llevan a él, sin que el sujeto se las proponga como fin” (con cursivas en el original).

¹³⁸⁰ GÄRDITZ, «Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration», en WALTER *et al.* (eds.), *Repräsentative Demokratie in der Krise?*, 2013, p. 124.

legales destinadas a defender el gobierno constitucional frente a enemigos internos.”¹³⁸¹ En este sentido, la debilidad de la República de Weimar para hacer frente a discursos provocadores de una “histeria masiva”, alertó en Alemania durante el período de posguerra y, más tarde, en el transcurso de la redacción de la Ley Fundamental de Bonn “del posible peligro de determinados tipos de discursos sobre los seres humanos.”¹³⁸² El objetivo constituiría en “limitar las libertades políticas para luchar contra aquellos que activa y agresivamente combaten la democracia” obligando a los ciudadanos a “actuar como demócratas.”¹³⁸³ Sin embargo, esta concepción implica, como mucho, la posibilidad de solicitar una adhesión de mínimos con respecto a los requisitos más básicos del sistema,¹³⁸⁴ pero no la internalización del contenido expresivo de todas las normas por parte de los ciudadanos.

Si la internalización del contenido material de las normas, pese a ser una finalidad velada o un efecto secundario irremediable de su existencia, no debe constituir una preocupación para un Estado de premisas liberales, tampoco lo debería el hecho de deteriorar este mismo proceso de internalización. En otras palabras, si el ordenamiento no debe inquietarse por las razones o motivos de que dispone un sujeto para cumplir o incumplir sus directivas, mientras este las cumpla, esta “tranquilidad” debería quedar inalterada en caso de constatarse que un agente hubiese incorporado nuevas razones o motivos para la infracción del deber de la mano de un tercero. Siempre y cuando no se traspasara la fase de ideación o de autoconvencimiento a los efectos de alcanzar una fase ejecutiva con actos eminentemente cuantificables, el Derecho penal debería permanecer en la recámara y, simplemente, esperar. De traspasarse este umbral de tolerancia y producirse una irrupción en la esfera de libertad de la víctima, el Estado estaría legitimado para intervenir. Pero, si este quisiera ser coherente con la premisa anterior, solo podría reprimir el emprendimiento de la conducta externamente peligrosa, no a sus alicientes internos ni, en consecuencia, a aquellos agentes que pudieran haberlos “depositado” en el mundo subjetivo del infractor. El delito como *hecho* no requeriría más para su comprensión que la de una realidad externa y cuantificable en tanto que manifestación de una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Todo lo interno-motivador desmerecería cualquier tipo de reacción.¹³⁸⁵

6. Justo por esta idea se explica la necesidad que empuja a la doctrina mayoritaria en reparar en “peligros cuantificables” de tipo motivador. En otras palabras, motivar a otros, según la concepción más unánimemente compartida, también constituiría un hecho susceptible a la cuantificación y a la

¹³⁸¹ OBENDÖRFER, «Germany's “militant democracy”: an attempt to fight incitement against democracy and freedom of speech through constitutional provisions: history and overall record», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 235.

¹³⁸² FROWEIN, «Incitement against Democracy as a limitation of freedom of speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 33.

¹³⁸³ BAER, en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 82.

¹³⁸⁴ GÄRDITZ, en WALTER et al. (eds.), *Repräsentative Demokratie in der Krise?*, 2013, p. 125, esto es, el reconocimiento de “las condiciones previas mínimas constitutivas de la toma de decisiones democráticas en igualdad de libertad.”

¹³⁸⁵ JAKOBS, «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1999, pp. 297 ss.; EL MISMO, «El intento de la tentativa», *Indret*, (4), 2020, pp. 488 s.: “tal comportamiento [el carácter interno, privado del comportamiento no ejecutivo] no concierte al Estado titular del *ius puniendi*, ni tampoco a la víctima escogida por el autor, y no lo hace por mucho que se trate de la preparación de un delito mediante la utilización de contactos sociales.”

atribución de una determinada dimensión de peligrosidad. De nuevo, determinados actos comunicativos entrañarían el riesgo de impulsar la conducta delictiva de otro sujeto de la misma manera que la entrega de un arma impulsaría su concreción en una específica lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Sin embargo, ya no es solo que esta concepción nos devuelve a los postulados críticos vertidos en el capítulo III, sino que obvia la estructura subyacente a esta supuesta peligrosidad cuantitativa: el acto de corrupción. Así, se superan los problemas que implica el castigo de un proceso de desmilitancia con la holgada expresión de que algunas conductas conllevan un peligro socialmente insoportable. Además, esta idea podría implicar sin problemas la siguiente conclusión: si tan cuantificable es el motivar a alguien a cometer un delito, esto es, si tan peligrosos pueden presentarse determinados estímulos psíquicos, ¿por qué no castigar a aquel sujeto que expresara una predisposición externamente irrefrenable por la existencia de estos mismos motivos incluso de no haber realizado un acto preparatorio punible?¹³⁸⁶ Obviamente, la respuesta negativa a esta cuestión se sostendría sobre la idea de que no es posible inmiscuirse en el mundo interno del sujeto a los efectos de su castigo (*cogitationis poenam nemo patitur*).¹³⁸⁷ No obstante, si bien nadie puede ser inculpa por pensar de una determinada manera, no se entiende el punto que permite superar esta objeción cuando el objeto del castigo es hacer pensar de una determinada manera a otro.

Sea como fuere, con el reiterado rechazo a las tesis de la doctrina mayoritaria no quiero decir que la posibilidad de inculpar la motivación delictiva dispuesta por el Código penal sea impropia en el contexto de un Derecho penal del hecho. Al contrario, solo expreso que la necesidad de su justificación y explicación racional no puede pasar por la identificación de unos supuestos riesgos cuantificables de carácter psíquico. En cambio, es la necesidad de contextualizar este proceso de “desinternalización” del reconocimiento de las normas como pautas de conducta en un Estado liberal y democrático la consideración que debe anteceder a las demás. En otras palabras, la pregunta todavía por responder es en qué medida esta motivación en forma de corrupción puede quedar integrada en el hecho sin que ello suponga caer en una medición profana de un supuesto “riesgo psíquico” ni en la inculpa de la construcción de una determinada actitud.

7. En este punto, debe tenerse en consideración el último aspecto crítico. Ciertamente, afirmar que nadie tiene el deber de militar subjetivamente en el contenido expresivo de las normas implica el

¹³⁸⁶ En las conclusiones de su tesis doctoral, STECHMANN aboga por dar una respuesta afirmativa a la pregunta acabada de plantear en su reinterpretación del principio *cogitationis poena nemo patitur*. Según el autor citado “[n]o se puede negar en absoluto que, en aras del mantenimiento de la paz jurídica [*Rechtsfrieden*], existe efectivamente la necesidad de intervenir contra personas que han manifestado su voluntad. Y, de hecho, parece dudoso que las medidas policiales por sí solas sean lo suficientemente eficaces en estos casos. Por lo tanto, habrá que utilizar el recurso a la pena. Sin embargo, esto también podría hacerse sin violar el principio 'cogitationis poenam nemo patitur'. Simplemente habría que modificar el § 30 II StGB en el sentido de que, en adelante, la mera expresión de la voluntad de cometer un delito no bastara para la punibilidad, sino que se exigiera además que el autor hubiera empezado a preparar, al menos, la realización de su voluntad de alguna forma” (*Entwicklung und Bedeutung des Satzes “cogitationis poena nemo patitur”*, tesis doctoral inédita de 1976, Universität Hamburg, p. 278).

¹³⁸⁷ JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal*, 1999, p. 297: “la regla «cogitationis poenam nemo patitur» es tan solo una de las concreciones del principio general de que los asuntos exclusivamente internos de un sujeto no pueden constituir una perturbación social. *De internis non iudicat praetor.*”

derecho a enunciar proposiciones con las que se puede deslegitimar este mismo contenido. En efecto, dictaminar que no se puede desvincular a otro sujeto del marco de valores jurídicamente reconocido es una idea que choca gravemente con la libertad de expresión. Esta es una objeción a la que la literatura estadounidense ha prestado una gran atención.¹³⁸⁸ Al respecto, el punto de vista de la filosofía política americana es que, en palabras de HOWARD, “el principio moral de la libertad de expresión incluye ampliamente la incitación a hacer cosas injustas [*wrongdoing*] en su ámbito de protección.”¹³⁸⁹ El argumento democrático, según SORIAL, tiende a “proteger un espectro muy amplio de discursos” lo que constituye una consecuencia del papel esencial de la libertad de expresión en las democracias liberales: un “poder de control’ sobre los funcionarios del gobierno” que nos “permite pedirles cuentas.”¹³⁹⁰ Desde la óptica de nuestro sistema, si nos tomamos (quizás demasiado) en serio la libertad de expresión, ¿acaso no puede una persona emitir un discurso contrario a la legitimidad de una norma jurídica promoviendo su quebrantamiento? ¿Por qué hacerle responsable del delito realizado por la persona que finalmente se ha (auto)convencido con sus palabras? La respuesta que nos ofrece la literatura angloamericana es que la libertad de expresión no ampara “el discurso que incita a la violación incontrovertible de los derechos de los demás.”¹³⁹¹ De esta forma, existe unanimidad en determinar que la amplia protección que concede la libertad de expresión se ve limitada por un único factor: la posibilidad de extraer de las palabras u otras expresiones manifestadas por el sujeto un claro contenido incitador.¹³⁹²

8. En el ámbito de los discursos del odio [*hate speecchs*] y los discursos peligrosos [*dangerous speecchs*] (que, pese a su vinculación a lo que nosotros indicaríamos como “incitación pública”, pueden conectarse también con las “incitaciones interpersonales”) este límite cristalizó en la sentencia *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 de 1969. Esta introdujo el famoso “*Brandenburg Test*”, según el cual “las garantías constitucionales de la libertad de expresión y de la libertad de prensa no permiten que un Estado prohíba o proscriba la promoción del uso de la fuerza o de la infracción de la Ley, salvo cuando dicha promoción esté dirigida a incitar o producir una acción ilícita inminente y sea probable que incite o produzca dicha acción.”¹³⁹³ En este sentido, en aplicación del “*Brandenburg Test*”, no podrá oponerse el derecho a la libertad de expresión cuando concurra una incitación directa a un peligro claro y

¹³⁸⁸ Entre otros, HOWARD, *Philosophy and Public Affairs*, (9999), 2019, pp. 1 ss.; ALEXANDER, en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, pp. 101 ss.; GREENAWALT, *Speech, Crime and the Uses of Language*, 1989, pp. 110 ss.; JACONELLI, *Criminal Law and Philosophy*, (12-2), 2018, p. 262; SORIAL, «Hate Speech and Distorted Communication: rethinking the limits of incitement», *Law and Philosophy*, (34), 2015, pp. 299 ss.

¹³⁸⁹ HOWARD, *Philosophy and Public Affairs*, (9999), 2019, p. 3.

¹³⁹⁰ SORIAL, *Law and Philosophy*, (34), 2015, p. 310.

¹³⁹¹ HOWARD, *Philosophy and Public Affairs*, (9999), 2019, p. 8.

¹³⁹² Misma idea se predica en España. Por todos, ALCÁ CER GUIRAO, *La libertad del odio*, 2020, p. 224, con ulteriores referencias en n. 30.

¹³⁹³ La sentencia resuelve un caso en el que un miembro del Ku Klux Klan se filmó a él mismo ataviado con la vestimenta típica de este grupo supremacista llamando a la venganza por una serie de medidas gubernamentales. Sobre el desarrollo de este caso, por todos, MCGOLDRICK JR., «“The Wearisome Analysis”: The Clear and Present Danger Test from Schenck to Brandenburg», *S. D. L. Rev.*, (66), 2021, pp. 104 ss.

presente.¹³⁹⁴ Como indica ALEXANDER, esta máxima implica un “requisito de inminencia [*imminence requirement*]” para justificar el recurso a la pena solo en casos de riesgo real, pues “el remedio constitucionalmente preferido para el discurso peligroso es el contra-discurso [*counter-speech*]” de tal manera que la prohibición solo puede ser tolerada si el este último pudiera a ser ineficaz.¹³⁹⁵ Como puede observarse, este límite, vinculado a un peligro de incitación a la lesión de las libertades de terceros, nos obliga, de nuevo, a cuantificar un conglomerado de riesgos difusos. Y, una vez más, ello sortea la posibilidad de legitimar y justificar el castigo de la creación de una actitud subversiva que no pase por la necesidad de identificar unos “efectos psicológicos” de difícil verificación. En efecto, la porosidad con la que estas estructuras de imputación restringen la libertad de expresión, en la línea abstracta de la “incitación peligrosa”, invita a establecer límites objetivos muy claros.¹³⁹⁶ Pero, dada la inexistencia de baremos universalizables que permitan determinar cuánta “peligrosidad motivacional” ya no es tolerable por constituir una irrupción ilegítima en la esfera de organización de la víctima, la restricción de la libertad de expresión queda a expensas de criterios subjetivos e indeterminados.

9. En resumen, acoger la idea de la corrupción como un fundamento para el tratamiento de la motivación al delito y el entendimiento de una eventual intervención motivacional despierta muchos interrogantes. ¿Cómo se vincula esta corrupción con el principio de responsabilidad por el hecho y el de lesividad? ¿En qué medida “desintegrar” puede constituir un bien o un interés merecedor de protección por el Derecho penal y, además, intervención delictiva? ¿Cómo se disocia del “mundo de valores imperante” a alguien que ya se encuentra fuera de él, por ejemplo, un delincuente por convicción? ¿Acaso “corromper” a alguien predispuesto al delito merece menos pena que “corromper” a alguien “bueno”?¹³⁹⁷ Las preguntas que plantea la recuperación del pensamiento (de nuevo, no la teoría) de la corrupción son importantes. Sin embargo, no son más ni presentan un nivel de problematización más grave que las que plantea la tesis mayoritaria. Se trata, en todo caso, de compatibilizar lo que considero que está detrás de las estructuras que históricamente han incriminado la motivación al delito con un Derecho penal contemporáneo, del hecho e informado por los principios de fragmentariedad y lesividad. Todo ello, con el fin de aportar una mayor seguridad jurídica de la que parecen producir las consideraciones de la doctrina mayoritaria cuando zanja las controversias suscitadas en este apartado con la idea de que existen peligros psíquicos

¹³⁹⁴ Sobre el menos exigente *Bad Tendency Test*, surgido durante los años 20 del siglo pasado, véase ALCÁZAR GUIRAO, *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, 2020, pp. 221 ss. Sobre la evolución histórica sobre los límites a la libertad de expresión con respecto a la expresión “*clear and present danger*”, véase MCGOLDRICK JR., *S. D. L. Rev.*, (66), 2021, pp. 56 ss.

¹³⁹⁵ ALEXANDER, en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 109.

¹³⁹⁶ En la misma línea, ALEXANDER, en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, pp. 114 ss.; TIMPE, «Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung (§ 26)», *GA*, 2013, p. 155.

¹³⁹⁷ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 210 s.: un acogimiento consecuente de la teoría de la corrupción “debería atender a la magnitud de la desintegración producida; la seducción o corrupción de alguien hasta entonces sin tacha y sin antecedentes penales debería castigarse más gravemente, y en cambio sólo de modo más benigno el contratar a un delincuente profesional ya ampliamente desintegrado socialmente.”

cuantitativamente peligrosos. Estos parámetros generales obligan a establecer un marco de relevancia penal claro y preciso en el que subsumir la motivación al delito. Este último debe explicar por qué, pese a los aspectos acabados de relacionar, se castiga este proceso de “desmilitancia” dirigido a agentes autorresponsables. Además, debe concretar con precisión y criterios objetivos el umbral de tolerancia a partir del cual la emisión de una razón para el injusto supone ya una perturbación grave del Derecho y sus normas.

V. ¿POR QUÉ DEBE CASTIGARSE LA MOTIVACIÓN AL DELITO?

1. Introducción

1. Pese a las críticas que pudiera suscitar el pensamiento de la corrupción, creo estar en condiciones de aportar las premisas básicas sobre las que construir un fundamento para desaprobado jurídicopenalmente la motivación al delito. Tal y como indicaba páginas atrás, motivar debe equipararse a desmotivar jurídicamente, esto es, a un acto de oposición efectiva al contenido de las normas jurídicopenales. A través de esta conducta, el agente motivador lleva a cabo un proceso por el que se desalinea del debido cumplimiento del Derecho al agente motivado. La incriminación de este comportamiento debe superar las objeciones que planteaba en el apartado anterior. De esta manera, es necesario que el castigo tenga por objeto, no un simple acto de “conversión subjetiva” de un ciudadano fiel a un delincuente, sino un acto con trascendencia en la correcta ordenación de la vida en sociedad. Con esto claro, las siguientes consideraciones acerca del fundamento de la incriminación y el castigo de la motivación al delito se basan en ciertos aspectos de las ideas defendidas por los autores de la teoría del requerimiento sancionador.¹³⁹⁸ A modo de recordatorio, según esta construcción dogmática, al inductor se le debe castigar por proyectar un mensaje condicional vinculado a una futura reacción (positiva o negativa) equiparable en efectividad a la norma penal. En todo caso, es necesario remarcar una serie de salvedades al respecto. En primer lugar, estas ideas se ciñen únicamente al fenotipo “instigación”, cuando mi pretensión es clarificar todo el “fenómeno motivacional”. No obstante, considero que la consideración más básica de esta construcción puede servir como sustento para fundamentar la incriminación de la motivación al delito, con independencia de que esta luego pueda vincularse a la intervención delictiva (en cualquiera de sus tipologías —entiéndase: autoría, inducción, complicidad, etc.—). En segundo lugar y como consecuencia de la anterior consideración, no voy a seguir plenamente el contenido de estas teorías, pues solo acojo su premisa central (la idea del requerimiento sancionador) para armar mi tesis particular. Sea como fuere, remarcaré los paralelismos que pudieran existir.

¹³⁹⁸ Sobre estas, ampliamente, véase *supra* Capítulo III, ap. III.5.

2. Sin perder de vista estos aspectos, paso a presentar sucintamente mi idea general sobre la conveniencia de incriminar la motivación al delito. A mi entender, el castigo de esta estructura debe basarse en el hecho de que un agente motivador, al corromper aportando razones para cometer un ilícito, se interfiere en el mensaje comunicativo que la norma de conducta dirige a sus destinatarios. En este sentido, la pretensión de motivar al cumplimiento de un determinado deber por parte de la norma se ve truncado por la actividad de quien motiva a incumplirla. Por medio de su actuar, el sujeto obstaculiza la función de la norma, resquebrajando su capacidad para interpelar al futuro ejecutor del delito. La idea —en términos muy abstractos por ahora— es que un agente motivador, al “corromper motivando”, se erige como un “contra-programador” del programa jurídico dictado por el conjunto de normas de conducta con las que el Derecho penal organiza su agenda de protección de los distintos bienes jurídicos. Ahora bien, que este contenido de injusto pueda conectarse con el esquema de la intervención delictiva que defiendo en este trabajo es una cuestión a la que responderé en apartados posteriores. Sea como fuere, las consideraciones acabadas de presentar implican un elemento de “injerencia” en la relación norma-ciudadano, de tal manera que considero de vital importancia abordar en primer lugar esta conexión a modo de premisa básica (ap. 2). Seguidamente, desarrollaré por qué y de qué modo pueden incriminarse los comportamientos motivadores con base en la existencia de lo que yo denomino una perturbación comunicativa en la función de la norma primaria (ap. 3).

2. Norma y destinatario

2.1. La conexión entre las normas jurídico-penales y sus destinatarios: prevención, comunicación y motivación

1. Con independencia de la función que se le atribuya a la efectiva imposición de una pena, es válido afirmar que las normas jurídico-penales operan *motivando* a sus destinatarios, previniendo ulteriores comportamientos delictivos.¹³⁹⁹ Así pues, las normas, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ, “se formulan mediante expresiones deónticas en las que se indica qué deben hacer o no hacer sus destinatarios en determinadas circunstancias”, constituyendo expresiones que “pretenden influir en el comportamiento ajeno, guiándolo.”¹⁴⁰⁰ En tanto que actos de habla circunscritos al mundo de lo “directivo”, las normas se emiten, precisamente, para que funcionen a modo de elemento motivador en la toma de decisión de su destinatario.¹⁴⁰¹ Sin embargo, esta apreciación puede parecer demasiado

¹³⁹⁹ Entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 500 ss., 741; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 530 ss., p. 623: “no puede olvidarse que el mecanismo decisivo de la protección de bienes jurídicos por el Derecho penal es la *motivación*, esto es, el establecimiento de directrices de conducta bajo la amenaza de pena”; RENZIKOWSKI, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», *FS-Gössel*, 2002, p. 9.

¹⁴⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 501.

¹⁴⁰¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 505.

abstracta por el momento, pues con ella no se establece de qué manera motivan exactamente las normas. En principio, parece evidente que esta pretensión se consigue a través de mecanismos comunicativos que advierten a los ciudadanos para que realicen o no un determinado comportamiento. Y lo que efectivamente comunican estas entidades deónticas es que su destinatario tiene un deber que cumplir, motivándole al efecto por medio de la identificación de aquellas razones aptas para hacerlo. Por un lado, la convicción interna del ciudadano con respecto al cumplimiento de su deber. Por el otro, la amenaza de pena a modo de sanción frente a su incumplimiento. Con ello, la norma asume el objetivo de que los ciudadanos reconozcan y cumplan el deber ínsito a ella. De este modo, la directiva de conducta, en términos comunicativo-motivadores, se articula a través dos manifestaciones concretas. En primer lugar, mediante una *dimensión expresiva* que, en palabras de SILVA SÁNCHEZ, constituye “la comunicación de la reprobación moral del delito en cuestión.”¹⁴⁰² En segundo lugar, por medio de una *dimensión afflictiva*, identificada en la conminación penal y por medio de la que se anuncian las consecuencias negativas de incumplirse con el deber instituido.¹⁴⁰³ La primera dimensión pone de relieve que el Derecho penal emite mensajes incondicionados vinculados a las “convicciones morales” y dirigidos a “la internalización de los contenidos de las normas.”¹⁴⁰⁴ La segunda constituye el reconocimiento del destinatario de la norma como agente (relativamente) capacitado de actuar en términos racionales, pues “en toda decisión delictiva existe, en cierta medida, un cálculo de costes y beneficios.”¹⁴⁰⁵

2. Con esta construcción se da cabida a dos modelos clásicos de Derecho penal.¹⁴⁰⁶ Por un lado, el modelo *feurbachiano* que acentúa en la “coacción psicológica” la principal función de la norma y la pena.¹⁴⁰⁷ Por el otro, el modelo que entiende que la pretensión de la norma es que sus destinatarios reconozcan, en tanto que agentes racionales y morales, su contenido y actúen de conformidad con este.¹⁴⁰⁸ Como indica GRECO para el caso de la pena, ambos modelos, el de la *imposición de un mal físico* y el de la *imposición de un mal comunicativo*, deben integrarse.¹⁴⁰⁹ Así pues, “el concepto de pena contiene, por tanto, dos componentes que se relacionan entre sí no de forma conjunta, sino disyuntiva” e inclusivamente; de tal manera que “puede haber castigos que sólo sean males físicos, así como castigos que sólo sean males comunicativos, ya en última instancia puede haber castigos que sean ambas cosas

¹⁴⁰² SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 67, lo que constituiría una “motivación por el significado de incluir un determinado hecho en el ámbito de lo punible, esto es, de lo que muestra una gravedad cualificada.”

¹⁴⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, p. 64. Evidentemente, esta estructura la presentarían otras normas del ordenamiento no necesariamente penales (pp. 65 ss.).

¹⁴⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, pp. 69 s.

¹⁴⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, 2015, pp. 68 s.

¹⁴⁰⁶ Las siguientes ideas se extraen del texto inédito del prof. SILVA SÁNCHEZ, «Libres ¿y vigilados? La *conditio humana* y la política punitiva».

¹⁴⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, «Libres ¿y vigilados? La *conditio humana* y la política punitiva», *texto inédito*, pp. 5 ss.

¹⁴⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, «Libres ¿y vigilados? La *conditio humana* y la política punitiva», *texto inédito*, pp. 8 ss.

¹⁴⁰⁹ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, p. 297.

a la vez.”¹⁴¹⁰ De modo inverso, en un momento pre-delictivo, la norma de conducta opera comunicando la desaprobación que merece un comportamiento, erigiéndose como una pauta de acción u omisión con la expectativa de que los ciudadanos la interioricen. Sin embargo, conformarse con una teoría expresivo-comunicativa de la norma y de la pena no solo puede considerarse impropio porque parece prescindir del elemento más consustancialmente penal (la aflicción de un mal), sino que también resulta inoperante. Muchas veces, los destinatarios de las normas no tienen razones morales para cumplirlas, bien porque no “las han encontrado” en ejercicio de su libertad, bien porque no han internalizado las que se derivan de la propia norma. Frente a esta realidad, al Derecho no le queda otra que recurrir a la coacción psicológica en forma de amenaza de pena en tanto que aparente contraestímulo a los estímulos delictivos. No obstante, la necesidad de incluir la dimensión coactiva vinculada a la amenaza de pena no conlleva necesariamente visualizar al destinatario como un sujeto peligroso. Como indicaré más adelante, la dimensión coercitiva implícita en la norma a través de la conminación penal puede perfectamente apelar también a un individuo contemplado como agente racional. En parte, es válido aceptar que esta amenaza de pena constituye también una razón (de tipo prudencial) dirigida a la libertad moral de su destinatario.¹⁴¹¹ Sea como fuere, permítase que explique de manera más detallada estas dos dimensiones.

2.2. La dimensión expresiva de la norma jurídico-penal

1. En mi opinión, es factible afirmar que la norma de conducta pretende (aunque por el momento esto solo sea una “consecuencia natural” de su existencia) una adhesión moral a su contenido por parte de sus destinatarios. Al instituir un deber jurídico-penal, la norma anuncia que un determinado bien o valor es elevado a interés significativo en el marco de la comunidad política. Así pues, la norma que prohíbe el homicidio comunica (o recuerda) lo valioso del interés “vida” y lo injusto de aquellas conductas capacitadas para desgastar o destruir este mismo interés. Mediante la comunicación de este contenido expresivo, el Derecho penal persigue un hábito de cumplimiento que, en parte, presupone la interiorización del deber contenido en la norma a través de una “razón moral”.¹⁴¹² Esta afirmación parece entrar directamente en oposición con las tesis favorables al “mandato de neutralidad” explicitado *supra*. En esta línea, PEÑARANDA RAMOS indica que “[u]n ordenamiento jurídico, que se presume a sí mismo legítimo, pretende prioritariamente el reconocimiento racionalmente motivado

¹⁴¹⁰ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, p. 297.

¹⁴¹¹ Así, GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, pp. 297, 358 s.

¹⁴¹² PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, pp. 36 s., habito al que “deben su estabilidad el Ordenamiento jurídico y el orden social” (p. 37). Para BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho*, 1991, p. 249: “un agente acepta una razón moral cuando la concibe como *dominante* sobre los deseos e intereses de *cualquiera* (incluido, por supuesto, él mismo). Las razones morales son por tanto, en primer lugar, las razones últimas o jerárquicamente supremos dentro de la estratificación de preferencias de un sujeto (lo que implica que por definición son razones *no dominadas*). Pero además son razones que desde el punto de vista del agente rigen universalmente, es decir, razones para actuar que desde su punto de vista tiene cualquiera (...) con independencia de cuáles resulten ser sus deseos o intereses” (con cursivas en el original).

de sus normas.”¹⁴¹³ No obstante, para con este reconocimiento, debe dejar libertad al sujeto, quien puede escoger las razones que él considere para obedecer al Derecho.¹⁴¹⁴ Igualmente, según SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, el “Derecho penal no tiene por función lograr comportamientos plenos en sentido moral (...) [s]u tarea llega hasta donde se puedan proteger los aspectos esenciales de la vida social sin causar un mal superior al que se trata de prevenir.”¹⁴¹⁵ Por lo tanto, uno podría reconocer la norma como directivo o pauta válida de comportamiento sin necesidad de internalizar su “contenido moral” en tanto que expresión de un valor preponderante de una específica comunidad política.

2. Estas objeciones empujan a reconsiderar, aunque sea de forma relativa, el denominado “mandato de neutralidad”. En mi opinión, este presupone dos dimensiones diametralmente distintas. Por un lado, que el Derecho no debe pretender que los ciudadanos asuman el contenido material de las normas. Esta dimensión operaría en un momento *ex ante*, cuando la norma se articula a modo de mensaje comunicativo destinado a interpelar a sus destinatarios. En este nivel, el ordenamiento no podría apelar a la conciencia moral o pretender que los ciudadanos interiorizaran el contenido expresivo subyacente a sus enunciados deónticos. Por otro lado, existiría una segunda dimensión del mandato de neutralidad que operaría en un momento posterior, a saber, a la hora de atribuir responsabilidad jurídico-penal por la infracción de la norma *ex ante* emitida. En este momento, con base en la articulación de dicho mandato, el Derecho no debería preocuparse por qué razones morales se hubiera infringido la norma, debiendo limitarse a una comprobación formal relativa al ajuste o no del comportamiento con respecto al paradigma de conducta esperado. En suma, al articular el mensaje deóntico “no robes”, el Derecho penal no debería pretender que la “razón moral” a este subyacente (robar está mal o, mejor, el patrimonio es un interés preponderante) fuera internalizada por los ciudadanos (*primera dimensión del mandato de neutralidad*); tampoco, que, al realizar el comportamiento debido o indebido, el ciudadano expresara la asunción de esta realidad de segundo orden (*segunda dimensión del mandato de neutralidad*), bien a los efectos de castigarle más, bien fuera para castigarle menos.

3. Sin embargo, a mi parecer, una asunción realista del mandato de neutralidad implica limitarlo a su segunda dimensión. En este sentido, considero que el Derecho, en un momento *ex ante*, sí pretende que los ciudadanos interioricen determinadas máximas o presupuestos morales con respecto a la necesidad de proteger o valorizar unos intereses considerados predominantes en el marco de la comunidad política. Por lo tanto, una norma de conducta procura siempre que su destinatario modifique su motivación moral intrínseca, asumiendo con ello las razones morales extrínsecas que se

¹⁴¹³ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, (2), 2001, p. 432. La amenaza de pena constituiría, entonces, un recurso instrumental secundario con respecto al primero, esto es, el reconocimiento de la norma por parte del sujeto como directiva válida y legítima de conducta.

¹⁴¹⁴ PEÑARANDA RAMOS, *RPDJP*, (2), 2001, p. 431.

¹⁴¹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, 2018, p. 75.

desprenden de su enunciado deóntico. De lo contrario, esto es, partiendo de un ordenamiento que protegiera el mandato de neutralidad en su doble dimensión, la norma solo podría utilizar la dimensión coactiva desprendida de la conminación penal para afianzar la vigencia de su mensaje. Esto no explicaría la función de la norma de conducta en casos de destinatarios totalmente despreocupados por la amenaza de pena, tal y como sucede con la delincuencia por convicción. En muchos casos, los ciudadanos cumplen con las normas, no porque tengan miedo a la sanción, sino porque han interiorizado (a través de la norma o de otras instancias) el valor preponderante protegido. En todo caso, esta concepción no implica asumir la segunda dimensión del mandato de neutralidad: el Derecho da razones morales y busca su interiorización, pero, en lo que al cumplimiento de sus mandatos se refiere, no indaga en las concretas razones morales que han empujado al sujeto a actuar de uno u otro modo.¹⁴¹⁶

4. De esta manera, es tarea de cada concreto destinatario de la norma el buscar e identificar las razones o los motivos que sustentan, o bien su conformidad personal con su contenido, o bien su reconocimiento del deber en ella depositado.¹⁴¹⁷ Al Derecho le bastará con su cumplimiento externo y formal y no entrará a valorar si dicha manifestación de lealtad se ha producido por tal u otro motivo. Pero esto no obvia que este mismo Derecho instituye razones morales con las que los ciudadanos podrían (si quisieran) fundamentar la asunción del deber ínsito a la norma. Que encuentren otras (también, otras incluidas en la norma penal) o simplemente cumplan con aquella por mera apatía, no impide considerar que *disponían* de ellas. Por lo tanto, no es desacertado entender que el Derecho emite razones morales con la pretensión de que sus destinatarios las escojan (entre otras opciones) a los efectos de reconocer el deber que les obliga a actuar de una determinada manera. En consecuencia, la norma pretende la interiorización de su contenido expresivo. En todo caso, al quebrantar el deber comunicado, el sujeto expresa irremediamente que el valor en él contenido no rige para él. Por ello, si la norma constituye expresión de un programa de valores, también el injusto puede adquirir esta dimensión. Según PAWLIK, a todo injusto penal le es inherente una expresión de “rechazo” en la medida en que su realización “consiste en que el autor opone al ordenamiento jurídico-penal de normas vigentes una contra-norma y, mediante su conducta, deja ver que atribuye a dicha contra-norma prioridad frente a la norma del Derecho.”¹⁴¹⁸ Con la realización del ilícito penal, el sujeto expresa la “realización de un programa normativo y, en concreto, de un programa que, racionalmente, no se puede interpretar como otra cosa que como rebelión contra el orden normativo vigente y determinante también para el autor”, lo que constituiría el plus de relevancia penal “más allá de su

¹⁴¹⁶ Sin perjuicio de que determinados motivos puedan resignificar el sentido del hecho de manera desfavorable (estados de actitud interna que dotan al acto de un significado más grave) o, incluso, puedan tenerse en cuenta para valorarlo de manera positiva (principalmente, para el caso de los delincuentes por conciencia). Por lo tanto, la segunda dimensión del mandato de neutralidad también opera de modo relativo, aunque con mayor plenitud que la primera.

¹⁴¹⁷ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, pp. 38 s.

¹⁴¹⁸ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, p. 38.

eventual obligación de compensar jurídico-civilmente el daño.”¹⁴¹⁹ De esta expresión de sentido, implícita en el comportamiento ilícito del agente, se infiere desde la perspectiva del delincuente una “norma conforme a la cual se valora positivamente su empoderamiento para tratar eventualmente a los otros seres humanos como cosas y, por consiguiente, le está *permitido*.”¹⁴²⁰

2.3. La dimensión aflictiva de la norma jurídico-penal

1. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, resulta ineludible integrar en la teoría de la pena la dimensión cognitiva (irrogación de un mal) de esta.¹⁴²¹ Ciertamente, de conformarse uno con una teoría meramente comunicativa, bastaría con la mera declaración verbal de la desaprobación de la conducta realizada, lo que “no explica bien lo más visible de ésta [su dimensión aflictiva, el dolor inherente a la misma].”¹⁴²² De esta manera, puede afirmarse que es por medio de la irrogación de un mal como tiene lugar la expresión de reproche incluido en la pena.¹⁴²³ Pues bien, a la inversa, el entendimiento de la función de una norma de conducta debe integrar también este factor expresado por medio de la “amenaza de pena”. Sin este elemento, se pierde la posibilidad de conjugar en la explicación aquello que verdaderamente caracteriza a una norma *penal*: la conminación de un mal.

2. El hecho de diferenciar entre la “conminación de la pena” y su “imposición” permite concretar el análisis y la justificación total del instituto “pena”. En efecto, la primera se dirigiría a la sociedad en general y la segunda implicaría, en palabras de RODRÍGUEZ HORCAJO, “un gravamen específico para un concreto sujeto.”¹⁴²⁴ En esta proyección general, la amenaza de pena contribuye a reforzar motivacionalmente el mensaje expresivo de la anterior dimensión, anunciando un mal en caso de que se incumpla el deber comunicado. En esta tarea, la conminación penal cumple una función principalmente disuasoria vinculada a las tesis de la prevención general negativa.¹⁴²⁵ No obstante, y como anunciaba *supra*, la inclusión de esta dimensión aflictiva en la operatividad de la norma de conducta no implica considerar que el destinatario a quien se dirige sea “menos racional” o un cúmulo de estímulos requeridos de contraestímulos en forma de “coacción psicológica”. Como ejemplo de

¹⁴¹⁹ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, p. 38.

¹⁴²⁰ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, p. 41 (con cursivas en el original). KORSGAARD, *Anuario Filosófico*, (27-3), 2004, p. 118, indicando que quien actúa sobre la base de una razón anuncia que “lo que hace es bueno.”

¹⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Cívitas, Madrid, 2006, 182 págs.», *InDret*, (4), 2006, p. 5.

¹⁴²² SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (4), 2006, p. 3.

¹⁴²³ MAÑALICH, «La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal», *Derecho penal y Criminología*, (28-83), 2007, p. 81.

¹⁴²⁴ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, pp. 196 ss. Igualmente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 641: “aquí se dan dos problemas distintos: en primer lugar la justificación de la *amenaza* de pena como instrumento preventivo para evitar hechos futuros; en segundo lugar la justificación de la *imposición* de pena desde la perspectiva del hecho ya cometido o desde la perspectiva de futuros hechos.”

¹⁴²⁵ RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, 2016, p. 224.

esta concepción, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ indica que obrar es actuar por motivos, entre los que se cuenta el de hacerlo por temor al castigo.”¹⁴²⁶ Sin embargo, este actuar no sería, según el autor, un “comportamiento moral pleno.”¹⁴²⁷ Esto último, porque, en estos casos, el sujeto estaría sometido a una “coerción” que “presupone que se obra con volición y voluntariedad, pero a la vez esta última incorpora el temor a la pena como motivo del obrar.”¹⁴²⁸ Por lo tanto, obrar sin “coerción” supone un obrar más completo (libertad moral) que la de un obrar libre en términos generales. Sin embargo, creo que hay motivos suficientes para esquivar esta objeción.

3. La manera de encajar esta “amenaza de pena” en forma de mensaje disuasorio con la concepción (idealista) del comportamiento humano como un actuar sujeto a razones pasa por acoger la interpretación de GRECO de la teoría de la prevención general negativa de FEUERBACH.¹⁴²⁹ Para este autor, la “intimidación” [*Abschreckung*] inherente a la conminación penal no debe entenderse en términos psicologistas en tanto que “producción de un miedo” [*Hervorbringung von Frucht*]¹⁴³⁰ basado en motivos y sentimientos, sino en términos de racionalidad práctica.¹⁴³¹ Las razones, según GRECO y a diferencia de los motivos, “son consideraciones discursivas, es decir, argumentos que se suponen que exponen cómo uno debe comportarse de una manera determinada para ser considerado racional.”¹⁴³² Mientras que la “dimensión expresiva” de la norma se manifestaría a través de *razones morales* [*moralischen Gründen*], esto es, aquellas que nos indican que “hay que comportarse de una manera determinada porque corresponde a una norma (...) intrínsecamente correcta”; la “dimensión afflictiva” se expresaría por medio de *razones prudentiales* [*Gründen der Klugheit*] indicando que “hay que comportarse de una determinada manera para evitar las consecuencias negativas (especialmente para uno mismo) o para provocar consecuencias buenas (especialmente para uno mismo).”¹⁴³³ En consecuencia, disuadir “no significa una evocación psicológica del miedo, sino la determinación de una razón prudencial para que el destinatario se comporte de la manera esperada.”¹⁴³⁴

¹⁴²⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, 2018, p. 73.

¹⁴²⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, 2018, p. 75. Sigue indicando en página 77 que quien actúa representándose “el bien o el valor que la norma tutela como motivo posible por el actuar” se comporta por convicción.

¹⁴²⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes*, 2018, p. 78.

¹⁴²⁹ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 356 ss.

¹⁴³⁰ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 356.

¹⁴³¹ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 358: “El problema básico del concepto psicológico de disuasión es que distorsiona una conclusión moral-filosófica en una psicológica. A través de la disuasión, se quiere trabajar hacia ciertos estados existentes “en la cabeza” del destinatario (...) sería más apropiado hablar de razones en lugar de sentimientos y motivos (...) entonces se puede dejar el nivel de la psicología y entrar en el nivel de la racionalidad práctica.”

¹⁴³² GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 358.

¹⁴³³ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pp. 358 s. Como indica RENZIKOWSKI, *FS-Gässel*, 2002, p. 9 en su análisis comparativo de las teorías de BINDING y BENTHAM, “el Derecho responde al conflicto. Cuando uno se comporta moralmente bien, las normas legales son superfluas. Sólo despliegan su efecto cuando la convicción moral se ha vuelto frágil o la atentación amenaza con imponerse.”

¹⁴³⁴ GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, p. 359. Razón prudencial que tendría efectos a un nivel macro, con independencia de tuviera eficacia motivadora en un individuo en concreto (pp. 360 s.)

3. La motivación al delito penalmente relevante

3.1. Injerencia y perturbación comunicativa

1. En mi opinión, a la motivación al delito —caracterizada como un acto de corrupción— se le debe atribuir relevancia penal por erosionar la vinculatoriedad y capacidad de motivación de la norma de comportamiento al asentar una “normatividad paralela”. Así pues, si el injusto es expresión, en términos idealistas, de una *contra-norma* opuesta a la *norma penal*, quien motiva a realizarlo es el encargado, justamente, de “entregársela” al receptor de su comunicación.¹⁴³⁵ De esta manera, el agente motivador *contraprograma* el proyecto normativo emanado del Derecho penal a través de la composición de un sistema de *valores (razones morales)* e *intereses (razones prudentiales)* contrapuestos. En otras palabras, este sujeto se entromete en la relación comunicativa existente entre la norma y su destinatario a los efectos de impedir la misión expresivo-preventiva de aquella. Al hilo de su teoría sobre la conducta típica de la instigación en tanto que “expresión de una expectativa de conducta resistente a la decepción”, KREUZBERG utiliza el término “enemigo de la norma” [*Feindes der Norm*] para referirse al inductor.¹⁴³⁶ Misma terminología puede emplearse, en términos más amplios, para todo agente corruptor/motivador. Efectivamente, la motivación al delito merecedora de desaprobación penal es aquella que consiste en una perturbación de la comunicación norma-destinatario y que justifica el comportamiento ilícito del corrompido.

2. Con ánimo de desarrollar esta premisa básica, debe recordarse que la “corrupción” en un sentido jurídico-penal debe relacionarse con un proceso de desinternalización del contenido material de las normas. Sobre esta premisa, entiendo que este proceso produce una perturbación en la vinculatoriedad de estas entidades deónticas en tanto que destinadas a motivar a sus destinatarios. Por lo tanto, el Derecho penal debe restringir todas aquellas conductas que puedan erosionar la función de las normas de conducta y, con ello, perturbar su función expresivo-preventiva. Sobre este particular, puede ser de utilidad recuperar la tesis de GERSON al hilo de la teoría comunicativa de WATZLAWICK. De esta manera, considero que en este “proceso corruptor” intervienen tres agentes distintos: (i) el propio Derecho, (ii) el agente corruptor y (iii) el destinatario de la comunicación. Así pues, el Derecho y el agente corruptor “compiten” por conseguir que el destinatario de sus respectivos actos comunicativos asuma una realidad de segundo orden derivada del acto constitutivo de delito. Por un lado, el ordenamiento jurídico, a través de la norma de comportamiento, persigue que el agente moral integre en su propio “mundo subjetivo” la necesidad de no realizar el acto, esto es, el *deber* instituido por la norma (*primera realidad derivada*). Por el otro, el agente corruptor contrapone a esta interpretación una segunda vinculada a la posibilidad de quebrantar el deber (*segunda realidad*

¹⁴³⁵ La idea de “entregar una *contra-norma*” o una “expectativa *contra-normativa*” es de AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 177.

¹⁴³⁶ KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 568.

derivada). Ambos componen la vinculatoriedad de sus respectivas interpretaciones a través de *razones* capacitadas para argumentar a favor de una determinada comprensión de la realidad normativa. Frente a ello, el agente receptor se encuentra en una *disyuntiva* vinculada a la necesidad de elegir, a los efectos de incorporarla a su entramado de representaciones subjetivas, o bien la interpretación ofrecida por el Derecho, o bien la ofrecida por el corruptor.¹⁴³⁷ La culminación de este proceso acontece cuando dicho agente integra las razones dadas por ambos actores a su razonamiento práctico que le llevarán, finalmente, a la asunción de una determinada interpretación de la realidad de primer orden en tanto que “correcta”.¹⁴³⁸

La contextualización de esta “competición” agente motivador-Derecho en el marco teórico de las razones para la acción u omisión da lugar a la siguiente esquemática: ambos actores “rivalizan” a los efectos de incorporar en el razonamiento práctico del destinatario una *razón normativa* que argumenta a favor de un curso de acción (lícito o ilícito, respectivamente) con el objetivo de que dicho sujeto la acepte y la transforme en la razón que sostiene su explicación personal del comportamiento realizado (*razón motivadora*). A este respecto, siguiendo las ideas de BAYÓN MOHINO sobre las razones instrumentales, prudenciales y morales,¹⁴³⁹ la idea podría estructurarse como sigue: el Derecho da una razón prudencial a un sujeto para que perciba como irracional llevar a cabo la conducta delictiva pese a que esta constituya un curso de acción instrumentalmente racional (al satisfacer un determinado deseo).¹⁴⁴⁰ La razón prudencial se balancea a favor de no realizar la acción ilícita para mantener en un estado óptimo el “plan de vida” del sujeto.¹⁴⁴¹ A estos mismos efectos, el Derecho también da razones morales. El agente corruptor invalida estas razones, permitiendo que el sujeto pueda argumentar a favor de la comisión delictiva.

3. No se me escapa que denominar “competición” entre el ordenamiento jurídico y el mensaje corruptor a este proceso puede tildarse de excesivo. Efectivamente, ello igualaría al agente motivador a la norma en lo que a la capacidad de inserción en el mundo moral y normativo del destinatario de la comunicación se refiere. A este respecto, puede resultar de utilidad traer a colación la estructura que Laurence KOHLBERG ideó el siglo pasado para entender el desarrollo moral de una persona.¹⁴⁴² Esta consistiría en tres niveles. En el primero, el pre-convencional (de los 4 a los 11 años), el sujeto ajusta su comportamiento a una expectativa moral de conducta por el simple efecto de condicionantes

¹⁴³⁷ Parecido, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 107, indicando que, para el caso de la inducción, el inducido se encuentra en una “situación de elección” [*Wahlsituation*] entre el “valor” [*Wert*] concedido por el Derecho y el concedido por el inductor, lo que produce una “colisión de valores”

¹⁴³⁸ Como indica PLATE, *ZStW*, (84), 1972, p. 302, para el caso de la inducción: “[e]l instigador viola la validez empírica del ordenamiento jurídico de una manera especial, no solo colocándose fuera del ordenamiento jurídico —como cualquier delincuente— sino también provocando que el delincuente principal lo haga.

¹⁴³⁹ BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho*, 1991, pp. 53 ss.

¹⁴⁴⁰ BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho*, 1991, p. 54.

¹⁴⁴¹ BAYÓN MOHINO, *Normatividad del Derecho*, 1991, pp. 105 s.

¹⁴⁴² KOHLBERG, «Moral stages and moralization: The cognitive-developmental approach», en LICKONA (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory Research and Social Issues*, 1976, pp. 31 ss.

externos, tales como las amenazas en forma de castigo o las recompensas.¹⁴⁴³ En el segundo, el convencional (presente en la mayoría de adultos), el agente se comporta moralmente a los efectos de satisfacer una expectativa social de la comunidad en la que vive.¹⁴⁴⁴ Solo en el último, el post-convencional, determinados sujetos asumen como válidos unos principios éticos universales no contingentes, por lo que desvinculados de las normas sociales de su concreta comunidad o, incluso, del propio Derecho.¹⁴⁴⁵ Sobre este esquema, parece difícil que un agente corruptor pueda “competir” con otras armas que no sean aquellas que las que ofrecen las promesas de recompensa y las amenazas. Siguiendo la estratificación de KOHLBERG, ello queda lejos de una asunción óptima por parte del agente motivado del hipotético mensaje “moral” que pudiera contener el mensaje del agente corruptor. Ciertamente, la contra-norma o la comunicación contra-normativa del agente motivador deberá visualizarse, en la mayoría de los casos, como una oportunidad para desvincularse temporalmente del seguimiento de la norma de conducta. En efecto, difícilmente puede aceptarse que quien mata a alguien por el atractivo de una recompensa económica se desvincula de la comprensión de que matar está desvalorado. Solo en casos muy específicos, el agente corrompido o motivado llevará a cabo una asunción de una realidad normativa totalmente opuesta a la del Derecho (piénsese, por ejemplo, en contextos específicos tales como organizaciones sectarias o grupos ideológicos fanatizados).¹⁴⁴⁶ Únicamente aquí podrá decirse que el agente motivador habrá opuesto al Derecho un programa moral alternativo capacitado para que el sujeto corrompido alcance los niveles más altos del esquema de KOHLBERG (en su sentido opuesto: en lugar de desarrollo, empobrecimiento moral).

4. Sea como fuere, es necesario aclarar que “corromper” no significa apelar a los bajos instintos del ser humano, sino “cargarle” de razones favorables al reconocimiento de una manera específica de entender la realidad normativa contraria a la imperante o, como mínimo, a la defendida por el Derecho. Sobre la premisa acabada de exponer, el agente motivador, a los efectos de esta “corrupción”, presenta un (contra)programa normativo al sostenido por el Derecho. Principalmente, esto se realizará por medio de la erosión del carácter vinculante de la norma de conducta.¹⁴⁴⁷ La justificación de la prohibición de este proceso de perturbación se encuentra en la capacidad que este tiene de menoscabar la función de la norma primaria.¹⁴⁴⁸ No se debe castigar por “crear” una actitud jurídica o moral contraria a la norma, sino porque esta última es el producto de una grave conmoción

¹⁴⁴³ KOHLBERG/HERSH, «Moral Development: A Review of the Theory», *Theory into Practice*, (16-2), 1977, pp. 54 s.

¹⁴⁴⁴ KOHLBERG/HERSH, *Theory into Practice*, (16-2), 1977, p. 55.

¹⁴⁴⁵ KOHLBERG/HERSH, *Theory into Practice*, (16-2), 1977, pp. 55 ss.

¹⁴⁴⁶ También en los *mala quia prohibita*, cuyo contenido de valor queda lejos del “mínimo ético” de una sociedad dada, de tal manera que en ellos es más gráfico hablar de “competición” norma *vs.* contra-norma.

¹⁴⁴⁷ Con respecto a la posibilidad de “motivar” erosionando “otra clase de normas”, véase *infra* Capítulo VI ap. IV.1.2.a.

¹⁴⁴⁸ Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 614: “[l]a efectividad de las normas directivas de conducta depende de distintos factores. Los principales son la creencia en la legitimidad de quien las emite y su propia idoneidad instrumental para facilitar las interacciones sociales, que al ser percibida por los destinatarios favorece su cumplimiento.”

en la capacidad motivadora del Derecho. De esta manera, pese a que todo ciudadano es responsable de su consciencia moral y el ordenamiento no puede exigir una militancia subjetiva a sus dictados más allá de su cumplimiento formal, cierto es que tampoco puede tolerar que alguien desordene los mecanismos que utiliza para interpelar a sus destinatarios.¹⁴⁴⁹ De permitirlo, la comunicación pretendida se volvería estéril e ineficaz, lo que pondría en grave peligro el programa de protección de los bienes jurídicos instado por el Derecho.¹⁴⁵⁰ Por lo tanto, el fundamento de la prohibición debe identificarse en la injerencia que produce la conducta en la relación comunicativa existente entre la norma de comportamiento y su destinatario. Una injerencia que distorsiona esta misma comunicación, menoscabando la fuerza rectora y motivadora de la entidad deóntica y, por lo tanto, dificultando su tarea preventiva y expresiva.¹⁴⁵¹

5. Las ideas vertidas hasta el momento guardan una estrecha relación con los postulados defendidos por STEIN para definir el fundamento y contenido de la inducción.¹⁴⁵² La tesis de este autor solo puede entenderse como consecuencia de su concepción sobre la participación en relación con la teoría de las normas. En este sentido, según el autor citado, la participación delictiva está regida por normas autónomas, diferentes a las de la autoría y con un contenido material distinto.¹⁴⁵³ Aunque estas premisas no pueden aceptarse por las razones relacionadas en el tercer capítulo, la fórmula a través de la cual STEIN consigna la “norma de conducta del inductor” [*Anstifterverhaltensnorm*] debe ser tenida en alta consideración. Así pues, en opinión de este autor, en determinadas situaciones, la persona de detrás puede perjudicar el poder motivacional de la obligación dirigida a la persona de delante.¹⁴⁵⁴ A través de este tipo de comportamiento, el sujeto alteraría las dos grandes funciones de una norma de conducta: por un lado, la función de valoración [*Bewertungsfunktion*], mediante la cual se evalúa una conducta como un curso de acción jurídicamente inaceptable; por el otro, la función de determinación [*Bestimmungsfunktion*], por medio de la cual se “insta a la parte obligada (...) a evitar

¹⁴⁴⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 264: “si no se asegura la efectividad de la amenaza, no queda garantizada la eficacia de los imperativos (hipotéticos).”

¹⁴⁵⁰ Como indica para el caso de la legitimación del castigo del inductor TIMPE, *GA*, 2013, p. 159, el cumplimiento de una norma de conducta “no siempre puede presentarse como una alternativa individualmente preferible” de tal manera que el Derecho atribuye “a cada uno la tarea (...) de procurarse motivos suficientes para cumplir con la norma.” Frente a esta situación, el inductor “se aprovecha de esta debilidad de las expectativas normativas, sometiendo al ejecutor a sus cálculos, es decir, dirigiéndolo a través de recompensas o de sanciones posibles, como un individuo que calcula sabiamente sus posibilidades.”

¹⁴⁵¹ Parecido en su caracterización de la inducción como delito autónomo, GARCÍA CAVERO, «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo?», *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 137, el instigador debe “haber contaminado el ambiente que rodea la toma de decisión de una persona con la introducción de una alternativa.” Igualmente, HEGHMANN, *GA*, 2000, p. 484: “[e]l resultado directo de la inducción es, por tanto, no solo la reducción concreta de la validez de una determinada norma para inducido, sino una disminución general de su adhesión a la norma, y esto tiene una relación accesoria con la gravedad y el resultado del hecho principal. Por lo tanto, la prevención de la inducción no solo sirve para proteger el bien jurídico específico en cuestión, sino también para proteger el mundo de los bienes jurídicos en su conjunto.”

¹⁴⁵² STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 241 ss.

¹⁴⁵³ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 221 ss.

¹⁴⁵⁴ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 242.

dicho comportamiento.”¹⁴⁵⁵ Con base en esta referencia general, STEIN considera que es inductor aquel sujeto que “perfora” el muro protector que la norma de conducta erige a los efectos de que su destinatario actúe conforme a Derecho.¹⁴⁵⁶ Por lo tanto, el autor concluye que la instigación prohíbe “aquellos comportamientos cuya peligrosidad radica en que perjudican (...) la fuerza motivacional del deber de conducta impuesto a la persona de delante.”¹⁴⁵⁷ Sin perjuicio de que estas ideas solo se proyecten sobre la inducción y dejando de lado la comprensión normológica del autor citado en correspondencia con la teoría de la intervención delictiva; considero que este mismo elemento de erosión de la fuerza motivacional de las normas de conducta es el que debe sostener la articulación de un espacio de prohibición, no ya de la instigación, sino de la motivación al delito.

6. Sin embargo, esta apreciación todavía puede tildarse de demasiado abstracta. Ciertamente, desde la perspectiva de la libertad de expresión, todo el mundo puede “hacerle la competencia” a una norma. Y existen muchas maneras de hacerlo. Desde comunicar algo tan simple como “esta norma es estúpida” como prometer a alguien una remuneración económica como razón prudencial preferente a la instituida por aquella. En este punto de la exposición es necesario remarcar un elemento fundamental: motivar a otros a cometer delitos en una sociedad que reconoce la libertad de comunicación debe constituir, de entrada, un riesgo permitido. Solo cuando el comportamiento carezca de un sentido alternativo como expresión de libertad podrá ser objeto de prohibición.¹⁴⁵⁸ Y dicho sentido se perderá a favor de lo delictivo cuando se erosione la vinculatoriedad de la norma de conducta. Pero no de cualquiera manera. En efecto, *a priori* no parece asumible que el mensaje contra-normativo que un individuo aleatorio pueda formular frente a otro agente pueda llegar a tener el mismo valor e intensidad que la norma colectivamente construida que sigue la mayoría. Un “mata” cualquiera, en tanto que mensaje directivo, carece en principio de la fuerza de la que dispone el “no mates” de la directiva institucionalizada. Por lo tanto, es necesario que la comunicación contra-normativa se nutra de elementos adicionales para poderla visualizar, justamente, como una opositora rival de la norma penal. En otras palabras, no debe prohibirse la emisión de cualquier razón para el injusto, sino solo aquellas lo suficientemente capacitadas *ex ante* como para producir una perturbación comunicativa que resulte ya intolerable. Al respecto y en términos simples, el Derecho penal solo

¹⁴⁵⁵ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 242.

¹⁴⁵⁶ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 242 s.

¹⁴⁵⁷ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 243. Igualmente, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 125, indicando que el inductor da “mejores razones” al autor que las que da la norma. Indica este último autor que son el inductor pone en peligro dos factores básicos para evitar ilícitos penales: que los sujetos tengan objetivos delictivos y que presenten una actitud respetuosa con la ley.

¹⁴⁵⁸ Parecido, TIMPE, *GA*, 2013, p. 155: “[u]na sociedad que quiera garantizar unos contactos socialmente altamente anónimos y permitir así el diseño de la vida individual debe reconocer una delimitación de los ámbitos de responsabilidad de los implicados en la consecución de un resultado, ya que la libertad de comportamiento quedaría devaluada si cada uno tuviera que responsabilizarse de las consecuencias de todo lo que hace o deja de hacer.” Sigue indicando en pp. 157 s. que, para responsabilizarlo penalmente, el inductor tiene que haber “adaptado específicamente su conducta de tal manera que solo tiene sentido si conduce, mediada por la voluntad del autor de cometer el delito, a la comisión del mismo. El instigador elige medios de incitación que, por su forma socialmente inadecuada, tienen 'estigma de un contexto delictivo' y son, por tanto, objetivamente imputables.”

debe preocuparse de aquellos agentes que utilizan sus “mismas armas” para motivar a sus “mismos destinatarios”. Solo de esta apreciación puede derivarse un baremo de desaprobación general que evite tener que descubrir en cada caso concreto si la motivación ha sido eficaz o no como forma de perturbación comunicativa. Por lo tanto, en aras de proteger la seguridad jurídica y establecer marcos de prohibición universalizables, solo puede desaprobarse a aquel sujeto que da razones diametralmente opuestas a las que sostienen la fuerza motivadora de la norma.

7. De estas últimas ideas se desprende un interrogante fundamental: ¿cuáles son las “armas” capacitadas para perturbar la comunicación motivacional que la norma de conducta efectúa con sus propias “armas”? Para el caso de la inducción, AMELUNG ha ideado un concepto al hilo de su defensa de la teoría del requerimiento sancionador que puede servir a estos efectos. Según este autor, solo los requerimientos capacitados para menoscabar las “apelaciones sancionadoras del Derecho” [*sanktionsbewerhten Appel der Rechts*], en tanto que “contra-apelaciones sancionadoras” [*sanktionsrächtigen Gegenappel*], pueden merecer pena.¹⁴⁵⁹ Esto último, en la medida en que dichos mecanismos son los únicos capacitados para perturbar de manera intensa el entramado de intereses y valores de los destinatarios de las normas.¹⁴⁶⁰ Solo estos actos comunicativos estarían provistos de la idoneidad suficiente como para superar un umbral de tolerancia con respecto a los múltiples estímulos a los que están expuestos los ciudadanos de una sociedad moderna.¹⁴⁶¹ Consiguientemente, “[l]a corrupción de otro constituye (...) la superación de las barreras que el Derecho erige ante (...) una persona capaz de cumplir las normas.”¹⁴⁶² Luego a través de esta “apelación contra-normativa” [*gegennormative Appel*], el motivador emite un acto de habla capaz de cambiar la situación normativa de su destinatario.¹⁴⁶³

8. En mi opinión, la principal idea que se desprende de esta concepción es que todo agente corruptor, a los efectos de la legitimación de su castigo, debe configurar una *reflejo* o *imagen especular* del contenido de la norma de conducta. De esta manera, la intromisión en el objetivo comunicativo-estimulante de la entidad deóntica solo se puede conseguir en aquellos casos en los que el agente motivador logra equipararse (relativamente) en fuerza a esta. No obstante, este proceso de nivelación a través de la proyección de una imagen especular puede variar según la intensidad del mensaje de la norma primaria. A este respecto, está claro por lo indicado páginas atrás que esta última interpela a sus destinatarios a través de razones morales y prudenciales. A pesar de ello, este proceso puede variar según el contexto, alterando con ello la imagen especular que debe proyectar el agente motivador para superar un umbral de tolerancia. En efecto, no parece que la oposición contra-normativa deba presentar la misma intensidad cuando la norma se dirige a un sujeto individual en una situación de

¹⁴⁵⁹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 172.

¹⁴⁶⁰ También, REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 108 s.

¹⁴⁶¹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 172.

¹⁴⁶² AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 176.

¹⁴⁶³ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 176.

normalidad motivacional que cuando esta situación no existe (por ejemplo, en casos de semiimputables). En la primera, la imagen esbozada a lo largo de este trabajo de un “sujeto racional” que es interpelado a través de razones prudenciales y morales puede sostenerse con más fuerza que en la segunda, donde el propio Derecho penal parece reconocer ciertos “impedimentos” a la hora de motivar a esta clase particular de destinatarios. Por otro lado, tampoco es entendible que las “armas” que se exijan para entender que un agente motivador se ha opuesto de forma especular a la norma sean las mismas en relaciones interpersonales que en contextos de comunicaciones masivas. En estos últimos, la dispersión de los concretos destinatarios en una “masa” puede dificultar o, dependiendo del contexto, facilitar la implantación de un mensaje contra-normativo. De estas ideas generales se derivan tres niveles a tener en cuenta: (i) la *motivación interpersonal en situaciones de normalidad motivacional* (norma *vs.* contra-norma — destinatario individual), (ii) la *motivación interpersonal en situaciones de anormalidad motivacional* (norma *vs.* contra-norma — destinatario individual estructuralmente débil) y (iii) la *motivación masiva* (norma *vs.* contra-norma — masa de personas). Paso a continuación a detallarlos.

3.2. Motivación interpersonal

En estos casos, el proceso corruptor se entromete en la específica relación comunicativa existente entre una norma individual y un destinatario concreto.¹⁴⁶⁴ Esta clase de situaciones son las que han centralizado la preocupación básica de este trabajo de investigación, por lo que no es necesario extenderse en su caracterización. En todo caso, sirva la imagen de un contacto más estrecho entre el agente motivador y el agente motivado, de tal manera que la proyección de una contra-norma se efectúa a través de una interpelación directa a la persona de delante. En esta situación, entre ambos agentes se estructura una conexión dialógica, en tanto que ambos sujetos, dada su proximidad, están en condiciones de “discutir” sobre el objeto de la conversación, a saber, la conveniencia de menoscabar la fuerza rectora de una norma y, con ello, la comisión futura de un delito.¹⁴⁶⁵ Sobre esta imagen, es más fácil proyectar la idea de un sujeto racional y de una interpelación motivacional mediante razones prudenciales y morales. Sin embargo, no en todas las situaciones será posible asimilar esta representación ideal. Ciertamente, en muchas ocasiones, determinadas anomalías motivacionales pueden impedir la consecución de una interlocución igualitaria sobre la vigencia temporal o permanente de una determinada norma de conducta. De esta forma, la imagen especular que debe componer el agente corruptor para motivar de manera penalmente relevante a su destinatario puede variar de forma gradual según existan o no estas anomalías. Al respecto, pueden

¹⁴⁶⁴ Por todos, DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 109 ss.

¹⁴⁶⁵ Esta imagen puede conectarse con las ideas del “contacto comunicativo”, erigidas a los efectos de restringir el verbo típico “determinar”. Más allá de su sujeción a la dogmática de la inducción, lo relevante en una situación de motivación interpersonal es que existe la posibilidad de acceder individualmente a un destinatario concreto, esto es, de efectuar un “contacto mental y comunicativo” con un sujeto motivable. Al respecto, por todos, D. MEYER, *MDR*, 1975, p. 982; HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 9.

distinguirse dos grandes supuestos: las situaciones de normalidad motivacional (ap. a) y las situaciones de anormalidad motivacional (ap. b).

a) Situaciones de normalidad motivacional

1. En la primera de las situaciones, la interpelación del agente motivador se dirige a un destinatario que se encuentra en una condición óptima de motivación. Esta característica debe entenderse en términos estrictamente normativos. En este sentido, son muchas las deficiencias volitivas y cognitivas que, desde una perspectiva natural-psicologicista, puede presentar un sujeto. En todo caso, esta “condición óptima” significa que el Derecho penal contempla a su destinatario como un sujeto idóneo para entender y actuar conforme al mensaje normativo. Así, en estos supuestos, la norma de conducta puede proyectar su mensaje directivo sin la existencia de impedimentos lo suficientemente graves como para que el propio ordenamiento reconozca un déficit motivacional en su destinatario. En todo caso, en estos supuestos es donde mejor encaja la dinámica comunicativa explicada páginas atrás. El agente corruptor debe interferirse en una conexión en la que la norma de conducta ofrece razones morales y prudenciales a su destinatario. De esta forma, indicaba *supra* que la fuerza motivadora de esta entidad deóntica se basa en dos dimensiones. Por un lado, la de tipo *expresivo*, a modo de *razón moral* y a través de la cual se valora un determinado interés para la comunidad por medio de la prohibición de aquellas conductas que pudieran lesionarlo o ponerlo en peligro. Por el otro, una de carácter *aflictivo*, en tanto que *refuerzo motivador* identificado en una *razón prudencial*, básicamente, la amenaza de pena. Con ello, la norma expresa, al imponer una serie de deberes positivos o negativos a sus destinatarios, que hay determinados bienes que deben salvaguardarse en favor del mantenimiento de un específico sistema de valores. Este mensaje expresivo se fortalece por medio del anuncio de una reacción negativa, la pena, a los efectos de afianzarlo cognitivamente y proveer con ello de las condiciones adecuadas para el mantenimiento del Derecho.

2. La imagen especular que el sujeto motivador debe proyectar tiene que ajustarse en intensidad a esta dinámica motivacional para poder considerarse un proceso de desmotivación jurídica intolerable. Así pues, ante una directiva institucionalizada dirigida a un agente en condiciones óptimas de motivación, debe predicarse una máxima exigencia en la fuerza opositora del mensaje contra-normativo. Sobre esta premisa, la erosión de la fuerza vinculante de una norma de conducta debe producirse por medio de la entrega de razones contrapuestas a los soportes y reforzadores motivadores que esta utiliza para afianzar su vigencia. Por lo tanto, frente a las *razones normativas* emanadas de esta entidad deóntica, deben oponerse *razones contra-normativas*. A través de estos instrumentos, el agente motivador puede mostrar que existe una alternativa virtualmente factible a la expresada por el Derecho, el comportamiento delictivo, dejando a la persona de delante que elija libremente si seguir o no el

proyecto delictivo.¹⁴⁶⁶ En consecuencia, siguiendo a JOERDEN, “la forma en que el delincuente (potencial) está psicológicamente influenciado es estructuralmente la misma” tanto para el caso de la norma, como en el supuesto del inductor (aquí, agente corruptor).¹⁴⁶⁷ Solo de esta forma, la motivación delictiva puede constituir una perturbación comunicativa: frente a la norma de comportamiento, el agente motivador proyecta una “contra-norma” cuyo cumplimiento tiene que asentarse en su carácter deóntico.¹⁴⁶⁸ Así pues, el agente motivador configura una imagen especular del contenido de la norma primaria, asentando con ello su genuina interpretación de la realidad de primer orden: a lo *debido* por la norma le entra como “competidor” lo *debido* (o *permitido*) por la contra-norma.¹⁴⁶⁹ Frente a la dualidad de mensajes proyectados por la norma de conducta, el agente motivador opone un conglomerado de razones destinadas a erosionar esta doble dimensión. En términos más concretos, la oposición a las razones normativas ínsitas a la norma de conducta debe efectuarse a través de razones contra-normativas que tengan la capacidad de erosionar esta doble faceta: o bien *razones contra-aflitivas*, o bien *razones contra-expresivas*.

3. Las *razones contra-aflitivas* constituyen *razones prudenciales* capacitadas para ponderar a favor de la comisión delictiva. Básicamente, frente a la *amenaza de pena*, otro tipo de *amenaza o recompensa*.¹⁴⁷⁰ En este contexto, este tipo de mecanismos motivadores encajan perfectamente con los instrumentos caracterizados por los defensores de las teorías del requerimiento sancionador. En otras palabras, el agente motivador debe efectuar su proceso de corrupción por medio del anuncio de una *reacción positiva o negativa* en caso de cumplimiento o incumplimiento de la contra-norma, respectivamente. Esta reacción, entiendo, o bien puede anunciarse expresamente por medio de un soporte lingüístico adecuado, o bien puede asentarse en la propia posición jerárquica del sujeto con respecto al agente motivado, por lo que aquella resulta implícita.¹⁴⁷¹ Por su lado, las *razones contra-expresivas* constituyen

¹⁴⁶⁶ Similar, OTTO, *FS-Amelung*, 2009, p. 241; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 521: “el autor sigue siendo libre de adherirse a su concepción de la vida y de proseguir con la determinación de su voluntad de cometer el acto o de renunciar a la realización de su propósito; en este sentido, sigue siendo responsable.”

¹⁴⁶⁷ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123. Entiéndase que este autor predica esta idea para el caso de la inducción.

¹⁴⁶⁸ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123 enfatiza esta “dimensión deóntica” en el caso del inductor.

¹⁴⁶⁹ Parecidos en su caracterización del inductor, FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 412: “en las constelaciones que aquí interesan, el incitador o promotor provoca la violación de la norma de conducta por parte de otras personas (...) y, por tanto, efectúa un ataque mental a la validez de la norma transgredida.” Igualmente, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 272 s., indicando que solo puede ser inductor aquel que menoscaba “la fuerza motivadora del deber de conducta impuesto al sujeto de delante.” También, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 521 s., indicando que el inductor ofrece al autor un “fuerte motivo normativo, un imperativo pragmático hasta el punto de una colisión de deberes en caso de necesidad.” En el ámbito angloamericano, véase también ALEXANDER, en KRETZMER/HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, 2000, p. 117: “[q]uien proporciona a un agente responsable razones para actuar no es responsable de la valoración que este haga de dichas razones ni que actúe con base en esta valoración, al menos si el hablante no ha amenazado al actor responsable con un daño, ni le ha ofrecido ningún incentivo material, ni ha falseado los hechos de forma no sincera o culpable.”

¹⁴⁷⁰ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123.; AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 157; REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 108, 111 ss., 121 ss.; NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 167 s. Igualmente, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 242: el inductor “también puede socavar directamente el efecto de la función determinante del deber.”

¹⁴⁷¹ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 168.

razones morales capacitadas para desvincular al sujeto (temporal o permanentemente) del marco de valores al que pretende introducirle la norma. En estos casos, el agente corruptor no expone el anuncio de una reacción futura, positiva o negativa. En cambio, la persona de detrás configura un argumentario lo suficientemente pesado como para contravenir la dimensión expresiva de la norma de conducta.¹⁴⁷² Sea como fuere, esta composición todavía deja un margen a la expansión de la incriminación (principalmente, en el caso de las razones contra-expresivas). Retomaré este punto cuando analice con mayor detenimiento las características que debe presentar este tipo de razón para el injusto para, por un lado, perturbar de manera grave la vinculatoriedad de la norma y, por el otro y según fuera el caso, convertir estructuralmente a su dador en interviniente en el delito posteriormente ejecutado. Por ahora, es necesario remarcar que no todo, digamos, “argumento contra-expresivo” dictado por cualquiera y en cualquier situación puede equipararse en intensidad a la razón moral contenida en la norma de conducta. En este sentido, serán las características internas de este enunciado, el contexto en el que se ha emitido y la posición del sujeto con respecto al destinatario, los criterios que permitan atribuir a este mensaje comunicativo una dimensión de contra-normatividad lo suficientemente intensa como para aceptar la existencia de una perturbación intolerable.

4. Llegados a este punto, es necesario indicar que no desatiendo el hecho de que efectuar una división tajante entre estas dos clases de razones puede resultar, en algunos casos, imposible. Así pues, quien promete dinero a alguien para matar a otro (*razón prudencial*), también expresa, por medio de un acto de cuantificación (ponerle precio a la vida de una persona), el valor que merece este interés jurídico (*razón moral*).¹⁴⁷³ De la misma manera, quien sigue los dictámenes de un *ascendiente moral* (piénsese, a modo de ejemplo, en el jefe de una organización terrorista de carácter religioso), bien puede hacerlo por reconocer la autoridad de dicho sujeto y a efectos de expresar su militancia subjetiva al contenido de sus mandatos (*razón moral*), bien para evitar la sanción implícita a su comunicación (*razón prudencial*). Como he indicado a lo largo de este trabajo, el mundo de lo motivacional es muy complejo y toda ordenación puede resultar una representación “falsa” de lo realmente acontecido. En todo caso, en aras de enfatizar la misión categorizadora y clasificatoria de la dogmática (principalmente, por su eminente dimensión práctica), creo conveniente defender este “catálogo de razones” sin perjuicio de la pormenorización que dicha distinción merecerá en su momento.

¹⁴⁷² De igual manera STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 242: “la persona de detrás puede trabajar para que la percepción personal de valores de la persona de delante se desvíe de los valores en los que se basa el deber personal, de modo que dicho deber pierda su poder de persuasión en su componente de valor y, por tanto, inevitablemente también su componente determinante.” También, HEGHMANN, *GA*, 2000, p. 484: “[e]l respeto subjetivo de una norma de comportamiento como instrucción a seguir se basa en el reconocimiento de la norma de valoración en la que se fundamenta, de que el comportamiento prohibido es indigno [*unwert*], complementado por el efecto preventivo de la amenaza de sanción en caso de inobservancia”, por lo que el inductor erosiona esta dimensión, “reorientación de valores” [*Wertumorientierung*] al autor (p. 485).

¹⁴⁷³ Como indica AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 168, todo “valor subjetivo” [*subjektive Wert*] que permite al inducido superar el “interés de la impunidad” es, objetivamente, un “no-valor” [*Unwert*]. No obstante, esta consideración obvia la tripartición entre deseos (razones instrumentales), intereses (razones prudenciales) y valores (razones morales).

5. Tampoco obvio la objeción que puede efectuarse sobre la conveniencia de denominar a este proceso como “corrupción”. Al respecto de esta eventual crítica, repárese en el paradigmático caso del sicario. En este sentido, si *A* contrata los servicios del asesino a sueldo *B* para matar a *C*, está dando una *razón prudencial* opuesta a la proyectada por la norma de conducta a través de su amenaza de pena. Sin embargo, considerar que esto constituye una “corrupción”, en tanto que manera de desvincular socialmente al autor del delito, puede resultar osado. Ciertamente, el sicario ya estaba desvinculado del marco de valores relativos a conveniencia de proteger un determinado bien jurídico; en otras palabras, estaba situado extramuros de la interpretación más unánimemente compartida respecto del interés “vida”.¹⁴⁷⁴ Por lo tanto, no parece que el agente motivador “corrompa” en este sentido a su destinatario. No obstante, debe entenderse que la realidad de segundo orden con la que el agente motivador penetra en el mundo subjetivo del agente motivado está relacionada con la dimensión normativa del comportamiento objeto de la norma de conducta. En otras palabras, es la percepción del estatus deóntico de la conducta, en tanto que curso de acción u omisión debido, indebido, prohibido o permitido, el “punto de conflicto” entre el Derecho y el agente motivador o corruptor. Por lo tanto, ambos actores compiten por dotar a sus respectivos proyectos (en el caso del Derecho, el de defender un específico bien jurídico; en el caso del agente motivador, el de la conveniencia de atacarlo o ponerlo en peligro) de una dimensión normativa a ojos de sus respectivos destinatarios. Así pues, el Derecho pretende que el receptor de la norma asuma la necesidad de no poner en peligro o lesionar un determinado interés con base en *razones morales* (cuya asunción da cuenta de la aceptación por parte del destinatario de la importancia de este interés preponderante) o *prudenciales*. En cambio, el agente corruptor se encamina a efectuar una disrupción en esta conveniencia atacando su dimensión normativa por medio de una contra-norma. Aunque un sicario pueda carecer de razones morales para cumplimentar la directiva que se desprende del tipo penal de homicidio, sigue disponiendo de razones prudenciales (la amenaza de pena) para asumir el estatus deóntico de aquellos comportamientos lesivos con respecto a este interés, en tanto que prohibidos. Al oponer una razón contra-normativa, el agente corruptor reconvierte la percepción de este carácter deóntico, de tal manera que la dimensión normativa que envuelve la conducta cambia.¹⁴⁷⁵

b) Situaciones de anormalidad motivacional

1. No toda interacción dialógica entre dos personas se produce en situaciones de igualdad. Ciertamente, en algunos casos, el propio Derecho reconoce la menor capacidad que tiene para interpelar motivacionalmente a su destinatario dada la concurrencia de ciertos defectos cognitivos o

¹⁴⁷⁴ Puede recuperarse aquí la crítica de ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 210 s. a las teorías de la corrupción, indicando que conllevarían ver con mayor preocupación la “corrupción” de un “hombre bueno” que la de un “hombre malo”.

¹⁴⁷⁵ Próximo, TIMPE, *GA*, 2013, p. 160, relacionando el efecto corruptor con la creación de un “error volitivo” [*Wollensfehle*]. Para HEGHMANN, *GA*, 2000, p. 484, la anulación de la vigencia de la norma de conducta para el autor del delito se produce únicamente en el caso concreto.

volitivos. A la inversa, el proceso de corrupción también puede verse afectado por esta situación de anormalidad motivacional. En estos casos, la apelación contra-normativa se dirige a un sujeto que, dada una serie de circunstancias, no puede sopesar de manera plenamente racional las razones normativas y sus opuestos, las razones contra-normativas. En términos generales, estos supuestos pueden identificarse con aquella motivación al delito que se realiza por medio de una irrupción en la estructura emotivo-pasional del destinatario de la comunicación. Al respecto, a lo largo de esta exposición he indicado que la motivación de un sujeto también puede explicarse apelando a determinadas estructuras emocionales o pasiones. Por ejemplo, “*A* huyó de un lugar lúgubre *porque* tenía *miedo* a la oscuridad” o “*A* mató a *B* *por envidia*”. En ambos casos, el comportamiento no parece ser el resultado de la ponderación de una razón prudencial o la asimilación de una razón moral. Ciertamente, con independencia de que el sujeto hubiera elegido un objetivo en detrimento de otro por su mayor interés (*razón prudencial*) o hubiera apprehendido la prevalencia ética del valor “vida” (*razón moral*), su conducta fue el resultado de una determinada estructura emocional (el *miedo* y la *envidia*, respectivamente). Consiguientemente, es perfectamente factible plantear un supuesto en el que la transacción motivacional no se efectúa a través de la dación de razones morales o prudenciales, sino mediante el desencadenamiento de emociones o pasiones.

2. Esta posibilidad entra en oposición con el esquema motivacional que defendía en el primer apartado de este capítulo. En este, indicaba que la motivación al delito debe entenderse como una situación en la que un sujeto ofrece razones (morales o prudenciales) para el injusto a otro, quien las ponderará en su caso para fundamentar su ulterior comportamiento ilícito. No son pocos los motivos para considerar que esta caracterización presupone un esquema antropológico que, dado su reduccionismo y anti-psicologismo, aporta una figuración “irreal” del ser humano. Así pues, la contraposición que he descrito con anterioridad entre *ciudadano precoz* y *ciudadano maduro*, que prejuzga sobremanera y parece estar debajo de las críticas del pensamiento de la corrupción, es mucho menos simple. Se trata, en todo caso, del enfrentamiento entre dos premisas conceptuales y metodológicas del sistema de atribución de responsabilidad jurídico-penal. Por un lado, una concepción antropológica compleja y psicologista del hombre y de la mujer (el *ciudadano precoz* o, en realidad, la *persona imperfecta real*). En contra, un esquema más reduccionista (el *ciudadano maduro* o, en realidad, la *persona (cuasi)perfecta ideal*). Con esta última estructura, la comprensión del comportamiento humano queda satisfecha con la alusión de aquellas razones morales o prudenciales que el sujeto ha tenido en cuenta en su razonamiento práctico. Se trata, en definitiva, del clásico silogismo aristotélico: en tanto que *x* curso de acción es adecuado para conseguir *y* finalidad, al realizar *y*, el sujeto se ha comportado intencional y racionalmente.¹⁴⁷⁶ En su contra, el primero implica una valoración mucho más compleja

¹⁴⁷⁶ BERNSMANN, *ARSP*, (68-4), 1982, pp. 548 s.

y detallada: no son solo las razones las que permiten comprender la conducta humana, sino también las emociones, las pasiones o los vicios.

3. Los estudios que validan el ocaso del modelo de la elección racional podrían constituir un argumento de peso para descartar el primer esquema de motivación y apostar por el segundo.¹⁴⁷⁷ De esta forma, al concepto ideal y normativo defendido en este trabajo podría oponerse un modelo más realista y antropológicamente correcto. No obstante, con el modelo (normativo e ideal) de motivación que asumo no pretendo elaborar una caracterización desde una perspectiva filosófico-antropológica que presente una estructura milimétricamente detallada de todos los elementos que pudieran influir en la toma de una decisión humana. A este respecto, considero que el discurso jurídico constituye un filtro de la realidad: no se pueden tener en cuenta la totalidad de aspectos que se conjugan en la vida real. Cuantos más aspectos tengamos en consideración a la hora de reconstruir el proceso de elección humana, más elementos deberemos incluir en el espectro de la motivación al delito penalmente relevante. Al aproximarse a este fenómeno y definirlo como un “dar razones para el injusto”, se obtiene un constructo más delimitado. En efecto, las razones, a diferencia de los estímulos de índole emocional o pasional, son generalizables pues no funcionan en términos abstractos como las segundas. Sobre esta premisa, la equiparación de una conducta motivada con un comportamiento basado en razones (morales o prudenciales) ofrece una base plenamente compatible con la tradición dogmática y perfectamente armonizable con la concepción más generalizada sobre la función de la norma de conducta y su vinculación con el principio de autorresponsabilidad. Pero esto no significa que, en algunas ocasiones, el modelo de motivación al delito pueda “abrirse” para tener en consideración otros estímulos no-rationales. Sin embargo, esta ampliación del ámbito de lo motivacional solo podrá efectuarse en aquellas situaciones en las que el propio Derecho reconozca la importancia explicativa de determinados estímulos emocionales y pasionales.¹⁴⁷⁸ En otras palabras, allí donde el Derecho admita la importancia y trascendencia penal de algunas estructuras emotivo-pasionales, podrá plantearse que el proceso de atribución de relevancia penal a la motivación al delito integre estas circunstancias. En consecuencia, la extensión de la motivación más allá de las “razones para el injusto” también debe efectuarse desde una perspectiva estrictamente normativa.

4. En la dogmática de la inducción, esta posibilidad se ha relacionado con los casos de instigación a sujetos inmersos en “una situación de alteración, deficiencia o anomalía mental que es la que a la

¹⁴⁷⁷ Sobre el modelo de la elección racional desde una perspectiva jurídica, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Análisis económico del Derecho y política criminal», *RDPC*, (2). 2004, pp. 32 ss. Sobre el “ocaso” de este modelo, véase por todos FELDMAN, *The Law of Good People. Challenging states' ability to regulate human behavior*, 2018, pp. 190 ss.

¹⁴⁷⁸ En este sentido, ser humano puede infringir el Derecho, o bien por tener una *razón moral* o *prudencial* de mayor intensidad que las razones de la norma, o bien como consecuencia de una *situación emocional*. A la primera acción se la puede denominar *acción racional* al estar sostenida por razones, mientras que, a la segunda, lejos de considerarla *acción irracional*, puede denominársela *acción emocional* (MANRIQUE, «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa*, (39), 2006, p. 290).

postre determina que la voluntad se incline en un determinado sentido.”¹⁴⁷⁹ Estos supuestos constituyen los tradicionales “casos límites” entre la autoría mediata y la inducción en su entendimiento clásico.¹⁴⁸⁰ Así pues, los autores que han tratado el tema no han tenido reparos en castigar por inducción al entender, en palabras de GÓMEZ RIVERO, que “ese factor de alteración mental, que impide al autor motivarse conforme a los mandatos normativos, y le impulsa a decidirse en favor del delito, (...) convierte en especialmente peligrosas incitaciones que, en sí, no motivarían a nadie «en su sano juicio», y nos presenta al autor como un cuasi instrumento de la voluntad del hombre de atrás que, sin embargo, sigue siendo inductor, y no un autor mediato.”¹⁴⁸¹ En estos casos, por lo tanto, se produciría un efecto “compensación”: incitaciones que, en situaciones normales, no cumplirían los requisitos de peligrosidad exigidos para la inducción, sí lo harían dada la menor capacidad motivacional presentada por la persona de delante. Según la autora citada, la atribución de peligrosidad a “instigaciones que de otro modo no lo serían, no tiene lugar automáticamente, sino sólo en la medida en que la propuesta haya incidido precisamente en la «debilidad» del destinatario, y haya sido determinante de la adopción de su resolución.”¹⁴⁸² En resumen, determinadas circunstancias volitivas y cognitivas presentes en la figura de la persona de delante pueden flexibilizar los requisitos que se exijan para considerar que el influjo de la persona de detrás presentaba un determinado nivel de peligrosidad.¹⁴⁸³

5. El traslado de estas ideas a la estructura de la motivación al delito tal y como ha sido caracterizada en estas páginas da como resultado las siguientes ideas. La motivación al delito es un proceso corruptor por el que un agente motivador erosiona la capacidad de influencia de la norma de conducta, perturbando su comunicación. Sobre esta base, en algunas ocasiones, el propio Derecho asume la menor capacidad que tiene de influir en el comportamiento de sus destinatarios. Si solo puede castigarse aquella motivación que logre equipararse en intensidad al mensaje de la entidad deóntica (aquella que utiliza las “mismas armas” de la norma para componer el mensaje contra-normativo), en estos casos, dicha equiparación será más flexible. De esta forma, la norma de conducta puede ser perturbada con mayor facilidad, por lo que el umbral de tolerancia puede restringirse, pasando a castigar conductas que, en condiciones óptimas, no estarían prohibidas. En otras palabras, al agente motivador le será más fácil armar una imagen especular de la norma de conducta con la que poder perturbar la comunicación de esta última y asentar su programa contra-normativo. A este respecto, partiendo de una reconstrucción mecanicista de determinadas circunstancias atenuantes, es factible afirmar que el Derecho reconoce, en algunos casos, que tiene serias dificultades para motivar

¹⁴⁷⁹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 254.

¹⁴⁸⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 254.

¹⁴⁸¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 254.

¹⁴⁸² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 255. Igualmente, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 587 s.

¹⁴⁸³ Similar, TRECHSEL, *Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 16 s.

a sus destinatarios. Los ejemplos más plausibles son los de la atenuante por arrebato, obcecación u otro estado pasional equivalente, las atenuantes vinculadas a la ingesta o dependencia de determinadas sustancias y a los estados psíquicos de semiimputabilidad. En esta coyuntura, se reconoce normativamente que la relación entre la norma de conducta y el ciudadano es mucho más débil que en casos normales. Solo así puede explicarse la atenuación de la responsabilidad que sufre el sujeto incurso en esta circunstancia. Ante esta situación, el Derecho puede rebajar las barreras de protección y restringir conductas motivadoras que, en términos de normalidad motivacional, no cumplirían con los requisitos restrictivos defendidos hasta el momento.

6. La posibilidad de validar estos casos depende, en mi opinión, de dos grandes requisitos. En primer lugar, es necesario que el Derecho reconozca esta anormalidad motivacional, esto es, que confirme su menor capacidad para motivar al destinatario de la norma. Ciertamente, solo en algunos supuestos, el Derecho certifica la menor capacidad que tiene para motivar a su destinatario al cumplimiento de sus normas. Por lo tanto, no es la identificación de una característica físico-psíquica, sino el reconocimiento normativo de la menor autorresponsabilidad el que permite rebajar el grado de exigencia del mensaje comunicativo para construir la imagen especular de la norma. En este sentido, no habría posibilidad de validar una motivación penalmente relevante en el siguiente caso:

Caso: *A, B y C* entran por la noche en casa de *D* para robarle. *D* empieza a escuchar ruidos y se dirige al comedor a hacer frente a los tres ladrones. *A*, quien empuña una navaja, y *D* empieza a forcejear, cayendo los dos al suelo en una intensa pelea. *B* se pone nervioso y le dice a *A* “¡acaba con esto! ¡pínchale, pínchale!”. Instantes más tarde, *A* apuñala a *D* en la axila, produciéndole una grave lesión por la cual acaba muriendo desangrado horas más tarde.¹⁴⁸⁴

Solo aquellas situaciones motivacionalmente anómalas normativamente reconocidas pueden desequilibrar los requisitos para conjugar una imagen especular de la norma de conducta. Esta anomalía motivacional podrá estar vinculada, o bien a la *personalidad* del agente, o bien al *contexto* en el que este se ha visto sumergido. Por lo general, la comprensión doctrinal y jurisprudencial clásica es que determinadas atenuantes y eximentes incompletas reflejan, desde una perspectiva mecanicista, la imagen de un sujeto con una menor racionalidad.¹⁴⁸⁵ En estos casos, a la norma de conducta puede no bastarle la apelación a una razón moral o prudencial. Como contraprestación a esta menor capacidad motivadora, puede defenderse una rebaja en la intensidad de los requisitos para validar una motivación al delito penalmente relevante. Si esta última, en situaciones normales, solo puede certificarse por la dación de una *razón contra-normativa*; en situaciones de anormalidad motivacional, por el contrario, podrá confirmarse por medio de contribuciones motivadoras vinculadas al grado de

¹⁴⁸⁴ Variación propia del caso resuelto por la STS de 28 de marzo de 2007, que confirma en casación la sentencia de instancia de la AP Alicante de 26 de mayo de 2005. El supuesto fue analizado detenidamente por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 1 ss.

¹⁴⁸⁵ BORJA JIMÉNEZ, *La aplicación de las circunstancias del delito. Actualizado a la reforma de 2015*, 2015, p. 81.

afectación normativamente reconocido. La circunstancia que mejor evidencia este reconocimiento normativo a una anomalía motivacional es la de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.¹⁴⁸⁶ Sin embargo, el reconocimiento de la menor capacidad de motivación del destinatario de la norma se extiende más allá de la *acción emocional* para alcanzar determinadas circunstancias en las que la capacidad de motivarse conforme a Derecho puede quedar menoscabada. Hago referencia, básicamente, a las situaciones de grave adicción a determinadas sustancias, a las de intoxicación grave y a otras circunstancias vinculadas a la menor imputabilidad del agente.

7. No obvio que el sistema acabado de presentar puede suscitar poderosas críticas a cuenta de su enorme tendencia restrictiva. Ciertamente, si solo constituyen situaciones de “anomalía motivacional” aquellas que son reconocidas por el Derecho (a través de atenuantes o eximentes incompletas), la posibilidad de identificar un supuesto en el que la norma de conducta pueda tener dificultades para penetrar en el mundo subjetivo de su destinatario se reduce. Ciertamente, uno podría replicar que son múltiples los déficits cognitivos y volitivos que, con independencia de su reconocimiento legal, pueden “enturbiar” la relación comunicativa que entablan las normas con los ciudadanos. Sin embargo, ciertas reflexiones suscitadas en la dogmática de la estafa pueden aclarar esta cuestión. En este ámbito de reflexión, PASTOR MUÑOZ efectuó en su momento una interesante reflexión sobre el concepto de “víctima estructuralmente débil”.¹⁴⁸⁷ Según esta autora, “de una víctima normal [del delito de estafa] se espera que tenga suficiente capacidad intelectual para procesar correctamente la información transmitida por el autor, así que, si actúa descuidadamente y no presenta atención a la información, lo hace por su cuenta y riesgo.”¹⁴⁸⁸ Sin embargo, pueden ocurrir casos en los que la víctima “no está en condiciones (fácticas) de tomar las medidas de autoprotección que, en principio, le incumben según su posición en la relevancia económica.”¹⁴⁸⁹ PASTOR MUÑOZ incluye en este nivel

¹⁴⁸⁶ Como es de sobras conocido, el Código penal español prevé en su art. 21.3^a una circunstancia atenuante para aquella persona que obrara “por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.” El arrebató y la obcecación constituyen dos estados emotivo-pasionales fronterizos con el trastorno mental transitorio, estableciéndose entre ambas estructuras una diferencia de grado. El fundamento de la atenuante radica, por lo tanto, “en la disminución de la imputabilidad (o de las facultades volitivas o intelectivas) que se pretende por la ofuscación de la mente y de las vivencias pasionales determinados por una alteración emocional fugaz (arrebató) o por la más persistente de incitación personal (obcecación) pero siempre produciéndose por una causa o estímulo poderoso” (BORJA JIMÉNEZ, *La aplicación de las circunstancias del delito*, 2015, p. 81). Dicho esto, según doctrina y jurisprudencia consolidadas, el *arrebató* se relaciona con la *emoción*, mientras que la *obcecación* con la *pasión*: la primera es súbita, mientras que la segunda es pertinaz. La *ira* sería ejemplo del primer caso y la *envidia* del segundo. Así pues, el arrebató suele definirse como una reacción espontánea ante estímulos poderosos que perturban el fuero interno de quien lo sufre. De allí que la jurisprudencia lo haya definido como una “acometida repentina de un sentimiento o estado de ánimo” (STSJ, Madrid, 15 de noviembre de 2018). Por su lado, la obcecación se ha concretado como una “dificultad que impide a una persona razonar de las cosas o darse cuenta de ellas”. En ambos casos, “dicho estado pasional debe tener una intensidad suficiente para romper los mecanismos inhibitorios, de modo que el sujeto se encuentre inmerso en una situación emotiva que la ley ha denominado como arrebató u obcecación” (STSJ Madrid de 15 de noviembre de 2018)

¹⁴⁸⁷ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 245 ss.

¹⁴⁸⁸ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 246. Igualmente, IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafa por omisión*, 2018, p. 164: “[s]on sujetos con algún déficit en su capacidad intelectual o volitiva que les impide procesar correctamente información patrimonial o tener una actitud suficientemente crítica al recibir mensajes engañosos de contenido patrimonial en las interacciones en las que toman parte.”

¹⁴⁸⁹ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 246.

casos los enfermos mentales, los niños, los sujetos con capacidad intelectual disminuida, entre otros, excluyendo aquellas “víctimas que basan sus decisiones en factores emocionales” (a no ser que ello se deba a una enfermedad) y las “víctimas supersticiosas”.¹⁴⁹⁰ Para la autora citada, la solución de estos casos pasa por “recurrir al criterio de si la debilidad de la víctima es o no relevante para el Derecho.”¹⁴⁹¹ Si lo fuera, “la mera interacción con esta última determina que el autor ocupe una posición distinta a la que ocuparía frente a una víctima normal y esta nueva posición incluye el deber de suplir el déficit de conocimientos de la víctima débil.”¹⁴⁹² A dicho “reconocimiento normativo” se accederá acudiendo a los “criterios de capacidad de culpabilidad.”¹⁴⁹³ Trasladando la idea al sistema aquí presentado: en términos normativos no puede aceptarse que cualquier déficit fáctico “enturbie” la relación norma-destinatario. Solo aquel menoscabo de la capacidad cognitiva o volitiva del sujeto que merezca un reconocimiento normativo reconfigurará los niveles de exigencia de la “imagen especular” a proyectar por el agente motivador para erosionar la norma de conducta.

8. En segundo lugar, el acto motivador debe presentar una intensidad paralela al grado de afectación motivacional reconocido por el Derecho. En este sentido, atendiendo al contexto o personalidad del agente motivado, deberá exigirse un grado u otro de intensidad en el acto comunicativo para considerar que se ha perturbado de manera penalmente relevante la comunicación efectuada por la norma de conducta. La idea es la siguiente: ante determinados contextos, el eventual agente motivador tiene el deber de reprimir determinados mensajes comunicativos a riesgo de perturbar con ellos la ya de por sí erosionada comunicación normativa. A este respecto, puede resultar imposible efectuar un listado de casos cerrado en los que una situación de anormalidad motivacional proporcione el concreto mensaje que debe efectuar el agente para erosionar a la norma de conducta. En todo caso, deberá exigirse un grado de menoscabo motivacional grave, sin llegar al punto de la plena irresponsabilidad. Solo así puede predicarse, como contraprestación, una rebaja en el nivel de intensidad del acto motivador. Este último, por definición, no estará compuesto por la referencia a una razón moral o prudencial, sino que consistirá básicamente en un *estímulo* vinculado al grado de afectación del destinatario de la comunicación. Así pues, simples actos conativos vacíos de razones capacitadas para enfatizar el carácter directivo del mensaje (por ejemplo, “¡hazlo o eres un gallina!” o “¿no te atreves? ¡menudo cobarde!”), los cuales no podrían fundamentar, por definición, la configuración de una razón contra-normativa, pueden no obstante resultar estímulos perturbadores lo suficientemente potentes dadas las circunstancias del receptor del mensaje. Por ejemplo:

Caso: en el transcurso de una fiesta realizada en la terraza de un ático, *A* le dice a *B*, persona que se encuentra gravemente bajo los efectos del alcohol, lo siguiente: “coge este vaso y lánzalo a la calle,

¹⁴⁹⁰ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 246 s.

¹⁴⁹¹ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 256.

¹⁴⁹² PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 257.

¹⁴⁹³ PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, pp. 257.

¡demuestra lo valiente que eres!”. *B* se ve interpelado por el mensaje, coge el vaso y, mientras hace el ademán de lanzarlo, exclama: “¿qué no soy valiente? ¡que lo lanzo, eh, que lo lanzo!”. Al ver que *B*, pese al espectáculo, no hace caso a su mensaje, *A* le dice: “lo ves, no tienes lo que hay que tener, eres un gallina”. *B* acaba lanzando el vaso, el cual impacta en la cabeza del transeúnte *C*, quien muere en el acto.

Por otro lado, simples apelaciones a la estructura emocional del sujeto, incapacitadas en situaciones normales para erosionar la norma de conducta, pueden producir tal efecto si se emiten en contextos tales que impidan al receptor de la comunicación ponderar con normalidad los pros y contras de sus posibles cursos de acción. Por ejemplo:

Caso: los amigos *A* y *B* se encuentran tomando unas copas en el bar de su pueblo. Tras unas horas charlando, deciden ir a la casa de *B* para ver una película. *B* vive con su pareja, quien, en principio, se encuentra fuera del pueblo en esos momentos. Sin embargo, al llegar a la vivienda, *A* y *B* empiezan a escuchar unos sonidos provenientes de la habitación principal, donde acaban encontrando a la pareja de *B* manteniendo relaciones sexuales con *C*, un vecino del mismo pueblo. *B* empieza a mostrar evidentes síntomas de una crisis nerviosa. Ante esta situación, *A* le da a *B* una pistola que guardaba en el bolsillo y le dice: “esto no puede quedar así, mátalos a los dos”. *B* alcanza el arma y dispara a los dos amantes movido por una situación emocional irrefrenable.¹⁴⁹⁴

En resumen, una situación de anormalidad motivacional normativamente reconocida rebaja los niveles de exigencia para componer una imagen especular de la norma de conducta. Ante determinadas *personalidades* o en determinados *contextos*, los ciudadanos deben “medir más sus palabras” con tal de no contribuir a erosionar un proceso de motivación jurídica que, de por sí (y así lo reconoce el propio Derecho), ya presenta muchos déficits.

3.3. Motivación masiva

1. Preguntarse por la clase de mensaje que debe emitir un hablante para estructurar una imagen especular de la norma jurídico-penal en supuestos de “motivación masiva” conlleva cuestionarse, de manera previa, sobre cuáles son las características de esta última. A este respecto, pueden resultar de utilidad las reflexiones de DEL ROSAL BLASCO sobre el concepto de “persuasión”. Para este autor, es necesario diferenciar entre el “contexto” y la “estrategia de persuasión”.¹⁴⁹⁵ Así pues, el autor distingue entre dos contextos posibles, en cuyo marco, las estrategias de persuasión pueden variar.

¹⁴⁹⁴ En cambio, no constituirá una perturbación comunicativa el anuncio de una determinada circunstancia fáctica cuyo conocimiento pudiera llevar a su receptor a una situación pasional o emocional. Por ejemplo: *A* le dice a *B* que su pareja está manteniendo relaciones sexuales con *D*; *B* mata a su pareja. Ciertamente, en estos casos, el sujeto no se aprovecha de una situación de anormalidad motivacional, sino que crea las condiciones para que esta pueda existir a continuación. Salvo que, tras la información y aprovechándose del estado emotivo-pasional del sujeto, la persona haya articulado ulteriores actos comunicativos de carácter conativo para conseguir que este acabe realizando el injusto; la simple transmisión de información no es todavía perturbación de la relación comunicativa norma-destinatario.

¹⁴⁹⁵ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 109 ss.

En este sentido, “por medio o contexto *interpersonal* habrá que entender aquél en el que el emisor establece intencionalmente un canal de comunicación persuasivo directo, verbal o no verbal, con un receptor específico y concreto (aunque no lo conozca personalmente), siendo perfectamente indiferente que ello se haga con o sin la presencia de terceras personas.”¹⁴⁹⁶ En cambio, “[p]or medio o contexto *masivo* habrá, a los mismos efectos, que entender aquel en el que el emisor establece intencionalmente un canal de comunicación persuasiva interferido o mediatizado con un potencial receptor no determinado en número ni necesariamente especificado en sus características personales; mediación o interferencia que se concreta en la utilización de un medio de comunicación de masa (radio, televisión o prensa) o en la presencia de una numerosa concurrencia de personas en la que todos son posibles receptores de esa comunicación persuasiva.”¹⁴⁹⁷ Sobre estas premisas, el autor sigue indicando que “por lo que a las concretas *estrategias de persuasión* se refiere, cada contexto permitirá —en orden a lograr que la persuasión sea eficaz— que el emisor desarrolle unos modelos o unas técnicas de persuasión o se abstenga de utilizar otras.”¹⁴⁹⁸

2. A través de estas consideraciones, ya se dispone de un elemento con el que poder singularizar a la motivación masiva: el mensaje incitador es vertido en dirección a un grupo que, a diferencia de los supuestos de motivación interpersonal, impide la concreción de un destinatario individual. En realidad, el receptor del mensaje es la totalidad del colectivo, quien lo recibe a través de un medio de propagación más o menos masivo (televisión, internet, radio, telefonía móvil, cine, medios impresos, entre otros).¹⁴⁹⁹ Si en la motivación interpersonal existe la posibilidad de efectuar una interacción dialógica con el destinatario de la comunicación, cuando el mensaje se dirige a una masa compuesta por agentes anónimos *a priori* se pierde esta posibilidad. Sobre esta característica y a efectos mínimos, sirva la premisa generalizada en la dogmática de la inducción según la cual solo es posible “inducir” a un destinatario individualizable.¹⁵⁰⁰ De esta forma, mientras que en la motivación interpersonal son característicos términos como “promesa”, “amenaza” u “orden”, en la masiva lo son “discurso”, “arenga” o “proclama”. Por medio de estos mecanismos, el hablante pierde la posibilidad de apelar de manera individual y continuada al destinatario de la exhortación, puesto que este último queda dispersado, junto con otros sujetos, en una dinámica colectiva. En este sentido, REDMANN considera que en estos supuestos se producen determinados procesos de “dinámicas de grupo” donde la

¹⁴⁹⁶ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 109 (con cursivas en el original).

¹⁴⁹⁷ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 109 s. (con cursivas en el original).

¹⁴⁹⁸ DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, pp. 110 s. (con cursivas en el original). De igual manera, MIRA BENAVENT, «¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?», *EPC*, (22), 1999, pp. 129, 136, indicando que en la legislación española coexistirían dos clases de “provocaciones”, las públicas y las privadas.

¹⁴⁹⁹ FAHL, «§ 111», *StGB*, 2009, nm. 4; BOSCH, «§ 111», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 21.

¹⁵⁰⁰ Entre muchos otros, ROGALL, *GA*, 1979, p. 11; GEPPERT, *Jura*, (6), 1997, p. 359; SAMSON, «Die öffentlichen Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten», *JZ*, 1969, p. 258; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 258 s.; DREHER, «Der Paragraph mit dem Januskopf», *FS-Gallas*, 1973, p. 321; KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 5; ESER, «§ 111», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 1; FAHL, «§ 111», *StGB*, 2009, nm. 2; BOSCH, «§ 111», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 11.

responsabilidad individual de sus miembros tiende a diluirse en la “masa”.¹⁵⁰¹ En palabras del autor citado, “[t]an pronto como el componente individual se ha convertido en una masa autodinámica [*eigendynamischen Masse*], este ya no puede ser alcanzado por la exhortación”,¹⁵⁰² por lo que la apreciación de su influencia debe ser sustituida por mecanismos relativos a la “dinámica de grupos (...) descritos por la llamada psicología de masas y social.”¹⁵⁰³

3. De este conglomerado de ideas puede extraerse una primera conclusión para la motivación al delito y su relevancia jurídico-penal: en principio, la oposición al mensaje de la norma de conducta mediante la exposición de un enunciado contra-normativo formado por razones prudenciales y morales no puede efectuarse en ámbitos o contextos masivos, esto es, ante destinatarios indeterminados e indeterminables. Frente a una masa abstracta de personas, el hecho de “dar razones contra-normativas” en los precisos términos expuestos para el caso de las relaciones interpersonales (*contra-afflictivas* o *contra-expresivas*), pese a ser posible,¹⁵⁰⁴ es un curso de acción difícil de visualizar. En efecto, cuando uno se dirige a un círculo formado por sujetos anónimos para interpelarles a realizar un delito, más que dar razones prudenciales o morales, expone un *discurso* o una *arenga* dirigida a socavar la vinculatoriedad general de una o más normas del ordenamiento. Aunque estas comunicaciones pueden contener razones, es difícil identificar o concretar en ellas su dimensión contra-afflictiva (supuestos de promesas de recompensa o amenazas) o contra-expresiva (vinculada, por ejemplo, a la posición del individuo con respecto al grupo). Como mínimo, de la manera lo suficientemente determinada como para validar, en los términos aquí defendidos, una motivación al delito penalmente relevante. Al respecto, como indica REDMANN al contraponer los verbos utilizados por los §§ 26 y 111 StGB (“determinar” [*bestimmen*] e “incitar” [*auffordern*]),¹⁵⁰⁵ “[s]olo el inductor [en este trabajo, agente motivador en situaciones interpersonales] tiene la posibilidad real de responder ante una reacción del receptor”, en cambio, “[e]n el contexto del § 111 StGB [en este trabajo, el agente motivador en contextos masivos], el autor se enfrenta a una gran masa de gente [*Menschenmasse*] a cuyos integrantes no puede interpelar personalmente.”¹⁵⁰⁶

4. Para los autores que se han ocupado de la provocación al delito, esta característica permite flexibilizar el componente incitador de la comunicación. Con ello se pretende otorgar legitimidad al art. 18 CP y al § 111 StGB. De esta forma, REDMANN entiende que “[d]ebido a la influencia personal sobre el destinatario, la inducción ejerce una presión mucho más intensa para actuar que la incitación

¹⁵⁰¹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, pp. 165 ss.

¹⁵⁰² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 170.

¹⁵⁰³ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 168.

¹⁵⁰⁴ Sobre esta posibilidad, véase *infra* Capítulo VI, ap. II.1.

¹⁵⁰⁵ Aunque la traducción literal es “exhortar”, teniendo en cuenta los usos del lenguaje técnico de dos países que forman parte de una misma tradición y cultura jurídica, el término más adecuado para traducir “*auffordern*” sería “incitar” o “provocar”.

¹⁵⁰⁶ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 190.

pública a cometer un delito” donde el sujeto “puede replegarse a una posición de observador anónimo debido a su posición en la multitud.”¹⁵⁰⁷ Esto estaría propiciado por la lógica interna de la dinámica de grupos. En este sentido, existe cierta unanimidad a la hora de indicar que el sentido de la incriminación de la “provocación al delito” (o “incitación pública a cometer un delito” según la legislación alemana [*Öffentliche Aufforderung zu Straftaten*]) y, principalmente, su igualación punitiva con el inductor en caso de que esta tuviera éxito, se encuentra en la mayor peligrosidad de la exhortación por la imposibilidad de influir en sus efectos.¹⁵⁰⁸ Lo expresa de manera muy gráfica DREHER, para quien un “incitador público”, al dirigirse a una masa compuesta por sujetos indeterminables, lanza una antorcha que no sabe a ciencia cierta si se encenderá o no.¹⁵⁰⁹

5. Sobre esta premisa, según MIRA BENAVENT, en “las provocaciones públicas el peligro surge cuando la incitación se difunde entre un número indeterminado de personas; o lo que es lo mismo: cuando el mensaje incitador alcanza a un colectivo de destinatarios indiferenciados, como una semilla que se lanza al aire y que puede ser recogida por alguno de sus receptores.”¹⁵¹⁰ En cambio, en las privadas “el nacimiento del peligro (...) requiere no sólo que el destinatario conozca y llegue a tener conciencia del mensaje incitador, sino también que adopte finalmente la resolución de delinquir como consecuencia del influjo psíquico desplegado por el incitador, aunque finalmente no llegue a dar comienzo a la ejecución del delito.”¹⁵¹¹ Por lo tanto, “el sujeto provocador pierde el control del hecho justo en el momento en que se produce la difusión del mensaje incitador entre la colectividad indiferenciada de destinatarios; y lo pierde porque a partir del momento de la difusión se convierte en una incógnita el número de destinatarios que pueden llegar a tener conocimiento efectivo del mensaje incitador, cuándo de entre éstos, finalmente, ejecutará o intentarán ejecutar el delito objeto de la provocación; todo ello, al margen de que, al haber podido implicar en el proyecto criminal a un destinatario desconocido o indiferenciado, el provocador público carece prácticamente de posibilidades de interrumpir el proceso que ha podido poner en marcha, por lo que las probabilidades de que alguien ejecuta al final el delito ha escapado de su ámbito de control.”¹⁵¹² En palabras de

¹⁵⁰⁷ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 196. A ello añade los típicos argumentos que se utilizan para justificar el castigo del § 111 StGB, en Alemania, y del art. 18 CP en España, a saber: “[l]a persona que incita no sabe cuántas personas accederán a su petición. Además, no está claro si los receptores se limitarán a la vulneración de los bienes jurídicos a los que se dirige el autor o si también se verán afectados otros bienes jurídicos periféricos. Igualmente, la intensidad de las lesiones de los bienes jurídicos ya no puede ser controlada por la persona que efectúa la incitación” (p. 199). En España, con respecto a la discusión propiciada por la “provocación al delito”, puede encontrarse una argumentación parecida, entre muchos otros, en MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, pp. 138 ss.

¹⁵⁰⁸ Para el caso español, RODRÍGUEZ MOURULLO, «La punición de los actos preparatorios», *ADPCP*, (21-2), 1968, pp. 290 ss.; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del código penal)*, 1986, pp. 115 ss.; EL MISMO, *CPC*, (4), 1999, pp. 114 s.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 118; MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, pp. 138 ss.; Para el caso alemán, ROGALL, *GA*, 1979, pp. 12 ss.; DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 311. Críticamente, PAEFFGEN, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 7 s.

¹⁵⁰⁹ DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 312.

¹⁵¹⁰ MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, p. 138.

¹⁵¹¹ MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, p. 138.

¹⁵¹² MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, p. 143.

RODRÍGUEZ MOURULLO, “mientras el autor aislado puede interrumpir su plan cuando él quiera, si el sujeto ha implicado a otras personas el poder de decisión respecto a la no realización del proyecto ha salido ya de sus manos” lo que produce que el sujeto “pierda el dominio del hecho” y las “posibilidades de ejecución” sean mayores.¹⁵¹³

6. Las anteriores ideas están estrechamente vinculadas con la necesidad de legitimar la equiparación punitiva entre “inductor” y “provocador” que efectúan el art. 18 CP y el § 111 StGB, respectivamente, en caso de que hubiera un principio de ejecución del contenido de la incitación. No es momento para precisar estas cuestiones de Derecho positivo, sino de averiguar qué tipo de “imagen especular” de la norma debe proyectar un sujeto en contextos masivos. Sin embargo, de estas impresiones puede extraerse una segunda conclusión para la motivación al delito y su relevancia penal: en contextos no-interpersonales o masivos, la posibilidad de oponerse al mensaje de la norma de conducta, erigiendo una imagen especular de esta, se flexibiliza. De esta forma, lo que en un contexto interpersonal no constituiría una motivación penalmente relevante, sí lo será dado el carácter masivo de la comunicación. Pero esta impresión debe precisarse, pues, en atención a las ideas vertidas por la doctrina, pareciera que, en cualquier caso y ante cualquier “masa indeterminada”, existiría la posibilidad de flexibilizar las exigencias del discurso o la arenga contra-normativa. A este respecto, PAEFFGEN ha criticado esta manera de operar por parte de los autores que se han ocupado de analizar el contenido del § 111 StGB, indicando que estos han asumido la validez universal de la siguiente máxima: “el inconveniente de la concreción del autor principal y del delito se considera convencionalmente compensado por la incontrolabilidad de las consecuencias.”¹⁵¹⁴ Para este autor, es necesario que a la provocación delictiva la acompañen otros elementos de peligrosidad más allá de la indeterminación de su destinatario para “compensar” la flexibilidad de los requisitos del precepto en contraste con los del § 26 StGB.¹⁵¹⁵ Aunque el autor alcanza esta conclusión a través de una reducción teleológica que atiende a la equiparación penológica entre “inductor” y “provocador” en caso de la existencia de un resultado lesivo (algo que no debería tenerse en consideración al responder por la relevancia penal *in abstracto* de la motivación al delito), la línea restrictiva que defiende debe ser tenida en alta consideración.

7. Ya desde el esquema de mi tesis particular, la consideración de PAEFFGEN permite desprender una tercera conclusión: no toda situación de “destinatario indeterminado” debe reconfigurar los niveles de exigencia para validar una injerencia penalmente relevante en el mensaje de la norma de conducta. De esta manera, es necesario identificar en qué situaciones es posible flexibilizar las exigencias del mensaje contra-normativo del agente motivador con tal de considerarlo una perturbación intolerable de la comunicación normativa. En otras palabras, la imagen especular de la norma de conducta que

¹⁵¹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, (21-2), 1968, pp. 292 s.

¹⁵¹⁴ PAEFFGEN, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 5.

¹⁵¹⁵ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 601 ss. ; EL MISMO, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 12 ss.

una persona debe proyectar en contextos masivos o indeterminados será menos estricta que la imagen especular en casos de relaciones interpersonales, pero no en cualquier situación. Al respecto, resultaría una exageración pensar que una persona cualquiera, en un lugar cualquiera y ante un público cualquiera pudiera, en cualquier caso, perturbar la comunicación normativa que efectúa el ordenamiento con los ciudadanos. Ciertamente, difícilmente puede aceptarse que el Derecho deba inquietarse porque un sujeto ha decidido subirse en un taburete en mitad de la Plaza de Cataluña de Barcelona para proferir “¡los turistas están invadiendo el *Cap i Casa!* ¡Muerte a todos ellos!” al público allí presente (formado, en su mayoría, por turistas). En palabras de PAEFFGEN, “la provocación pública solo adquiere su propia calidad cuando se azuza y agita a una turba difícil de controlar para que cometa actos delictivos.”¹⁵¹⁶ Aunque el autor acaba desechando este argumento, el cual vincula a la porosa idea de la protección de la “paz pública”, cierto es que no vale cualquier destinatario masivo, a lo que la expresión “turba difícil de controlar” puede servir de indicativo. En efecto, la perturbación solo se alcanzará en aquellos casos en los que, dadas ciertas situaciones contextuales, el agente corruptor o motivador pueda compensar la imposibilidad de interpelar con razones contra-normativas propiamente dichas a sus destinatarios y, consiguientemente, el hecho de disponer de unas “armas comunicativas” en principio más endebles. En mi opinión, el elemento indispensable para rebajar las exigencias a los efectos de validar una motivación al delito penalmente relevante, esto es, el grado de intensidad de la imagen especular que debe proyectar el sujeto, es el concepto de “contexto amplificador”.

8. Entiendo por “contexto amplificador” aquella situación en la que, dada la relación entre el agente motivador, el grupo y el contenido de su mensaje, se produce un “efecto altavoz” que intensifica la capacidad perturbadora de la comunicación. La fuerza de este último, que en un contexto interpersonal podría ser insuficiente para oponerse a la norma de conducta, se ve ampliada por haberse emitido en un escenario que propicia una expansión de su capacidad contra-normativa.¹⁵¹⁷ Así pues, solo determinados contextos masivos limitan la libertad de actuación y expresión de los ciudadanos. Una simple mención a un curso de acción posible (p.ej., “¡a por él!”), que debe pasar normativamente inadvertida en un contacto próximo o interpersonal, puede generar un incendio si se emite en un contexto capacitado para amplificarla. Repárese en el siguiente supuesto de hecho:

Caso: En el transcurso de un partido de fútbol entre dos equipos rivales, los *hooligans* más agresivos y violentos de una de las hinchadas se encontraban animando a su equipo en la tercera gradería del estadio. A, miembro de esta misma hinchada, localizó a B, miembro de la banda *hooligan* rival y que era conocido con el sobrenombre de “*El Metralleta*”. B había protagonizado varios altercados con los

¹⁵¹⁶ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, p. 599.

¹⁵¹⁷ Parecido REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 201: “[p]ara que un autor pueda provocar con éxito a la gente a cometer delitos en una reunión pública (...) primero debe crear un clima que reduzca los umbrales de inhibición de los destinatarios y los haga más receptivos a sus incitaciones. Este clima está descrito por los mecanismos de la psicología de masas.” Sin embargo, el autor se abstiene a concretar dichos mecanismos.

aficionados del equipo de *A* y, según se decía, se vanagloriaba de haber “dado una paliza y pinchado a más de uno”. Molesto por su presencia, la cual consideraba una provocación y un insulto, *A* se dirigió a sus colegas y profirió: “¡Allí va 'El Metralleta'! ¡A por él!”. Al oír estas palabras, un grupo indeterminado de aficionados del equipo de *A* se abalanzó sobre *B*, cogiéndolo en volandas y lanzándole de la gradería. *B* murió en el acto debido a la aparatosa caída. Momentos más tardes se demostró que, en realidad, *B* no era “El Metralleta”, sino alguien que se le parecía y actual marido de la expareja de *A*, quien le odiaba por ello.¹⁵¹⁸

En un contexto interpersonal, una expresión de la clase “¡a por él!” difícilmente puede interpretarse como una manera de dar razones contra-normativas, o bien contra-aflictivas, o bien contra-expresivas. Ocurre entonces que, en un “contexto amplificador”, como indicaba *supra*, la interpelación motivacional pierde la referencia del razonamiento práctico del sujeto y se entremezcla con la mecanicidad de la dinámica del grupo. En palabras de REDMANN, “[e]n cuanto intervienen los efectos de la dinámica de grupo, la capacidad individual de pensar de forma lógica queda eliminada (al menos parcialmente) y es sustituida por la forma de pensar emocional e impulsiva de la masa.”¹⁵¹⁹ En este sentido, en estos supuestos ocurre algo parecido a los casos de motivación interpersonal en situaciones de anormalidad motivacional: la norma de conducta ya no se dirige a un sujeto racional que pueda sopesar reflexivamente las razones prudenciales y morales, sino a una masa que presenta cierto hermetismo. De esta forma, por “contexto amplificador” puede entenderse un “contexto normativamente degradado”. Consiguientemente, la capacidad que presenta la norma para “penetrar” en el mundo subjetivo de cada destinatario individual es más complicada, de tal manera que las exigencias para armar una imagen especular contra-normativa se rebajan en un grado paralelo. En otras palabras, el nivel de tolerancia penal de la motivación al delito debe ser más bajo en caso de existir un “contexto amplificador”.

9. La concreción de las características del “contexto amplificador” dependerán de los tres factores anunciados sucintamente *supra*: (i) el tipo de grupo o masa, (ii) la relación del agente motivador con el grupo y (iii) el contenido del mensaje. Ciertamente, debe existir un nexo que unifique la secuencia *masa—agente motivador—contenido del mensaje*. Así pues, el mensaje se verá amplificado cuando se dirija a un grupo de personas que tengan relación con su contenido y con su hablante. La arenga de un anarcosindicalista para quemar las viviendas vacías propiedad de determinados fondos buitres carece de cualquier intensidad contra-normativa en el contexto de un coloquio sobre el liberalismo económico en la sede de una patronal; pero adquirirá tal sentido cuando se efectúe en una convención anarquista en la que sus integrantes puedan sentirse interpelados por dicho mensaje. Consiguientemente, las arengas canalizadas a través de las redes sociales, de cuyo contenido pueden ser destinatarios todos sus participantes, carecen en principio del “contexto amplificador” suficiente

¹⁵¹⁸ El supuesto de hecho es una versión libre y personal de un caso real acaecido en Argentina. Agradezco a Mauro Roccasalvo que me informara del suceso.

¹⁵¹⁹ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 201.

como para resultar perturbaciones graves de la norma de conducta. En cambio, sí dispondrán de este contexto los mensajes efectuados, por ejemplo, en foros de internet relacionados con su contenido contra-normativo (por ejemplo, un foro neonazi en relación con un mensaje antisemita que abogue por la aniquilación de los judíos). Es cierto que estos indicadores dejan un amplio margen a la “solución en el caso concreto”. Como decía en el tercer capítulo, esto no es un inconveniente teniendo en cuenta de que se parte de un criterio, en mi opinión, más estricto y firme que la holgada referencia a un “peligro inminente”: la comunicación del sujeto debe constituir una imagen especular de la norma de conducta, carácter que se conseguirá pese a la menor intensidad del mensaje de existir un “contexto amplificador” que lo potencie.

VI. ¿CONTENIDO DE INJUSTO AUTÓNOMO O INTERVENCIÓN DELICTIVA?

1. Introducción

1. Todo lo relacionado en el apartado anterior da cuenta de lo siguiente: una persona motiva a otra a cometer un delito de forma penalmente relevante cuando se interfiere en la relación comunicativa existente entre una norma de conducta y su destinatario. Dependiendo del grado de intensidad de esta conexión, la imagen especular que debe proyectar el agente motivador para erosionar la vinculatoriedad de esta entidad deóntica será diferente. Para casos de motivación interpersonal en situaciones de normalidad motivacional, se debe predicar una máxima exigencia: solo se perturbará la función motivadora de la norma allí donde se ofrezcan razones contra-normativas (contra-aflictivas o contra-expresivas). En situaciones de anormalidad motivacional, la exigencia puede rebajarse de modo paralelo al grado de afectación volitiva o cognitiva del sujeto receptor del mensaje contra-normativo. Finalmente, para los casos de motivación masiva, el grado de tolerancia también puede rebajarse siempre y cuando exista un contexto amplificador que dote de intensidad al mensaje contra-normativo dada las características del grupo receptor de la comunicación. Sin embargo, con esto todavía no se responde a si enunciar este tipo de programas contra-normativos es una actividad que permita convertir al hablante en interviniente en el delito eventualmente ejecutado por la persona motivada. Ciertamente, una cosa es fundamentar una base de desaprobación jurídico-penal para un comportamiento que suplanta la fuerza motivadora de una norma de conducta. Otra bien diferente es desprender de esta idea primitiva la conversión del dador de la razón en autor o partícipe del acontecimiento delictivo realizado por la persona de delante.

2. En efecto, todo lo explicado hasta este punto no debe llevar a pensar que aquí se defiende que a un hipotético interviniente motivador se le deba castigar solo por “corromper” al autor en los términos indicados. De momento, solo se ha explicado cómo se produce este proceso de desintegración y por qué ello debe resultar intolerable. Consiguientemente, de lo único que se dispone por ahora es de un contenido de injusto material para el caso de la motivación que bien podría

merecer de una tipificación expresa. En este sentido, podría existir una previsión legal que incriminara este tipo de comportamientos en aras de proteger la función general de las normas de conducta. No obstante, ello no implica que quien lleve a cabo un comportamiento de estas características deba considerarse interviniente. A este interrogante solo se le podrá dar una respuesta si esta manera de concebir la motivación al delito como acto de corrupción se conjuga con la teoría de la intervención delictiva defendida en este trabajo. En otras palabras, todavía es necesario integrar todas estas ideas en la concepción por la que se entiende que el fundamento de la incriminación de todo interviniente en casos de codelincuencia se encuentra en la coordinación objetivamente considerada con el fin de co-configurar un acontecimiento antijurídico. Por lo tanto, es necesario comprobar si la norma de comportamiento que se infiere de cualquier tipo penal para casos de multiplicidad de intervenciones puede dar cabida en su ámbito de prohibición a la motivación al delito así entendida.

3. En este punto, es necesario analizar la posibilidad de conjugar dos extremos. Por un lado, en lo que respecta a la motivación al delito, la idea por la cual debe entenderse que motivar significa injerirse en la relación comunicativa norma-destinatario. Por el otro, con respecto a la intervención delictiva, el entendimiento según el cual un sujeto interviene en un hecho antijurídico cuando se acopla a este, cuando lo hace suyo. En consecuencia, la pregunta central todavía por responder es la siguiente: ¿puede alguien acoplarse a un hecho delictivo, hacerlo suyo, erosionando la fuerza motivacional de la norma de conducta que se dirige a otro interviniente? La posibilidad de contestar a esta pregunta debe discurrir por las dos modalidades de motivación al delito que identificaba en el anterior apartado: la motivación interpersonal (tanto en situaciones de normalidad como de anormalidad motivacional) y la motivación masiva.

2. Los supuestos de motivación interpersonal

Estos casos son los que han centralizado el análisis del presente trabajo de investigación. Por lo tanto, me detendré con mayor detalle en ellos. A los efectos de determinar si quien motiva a otro a través del ofrecimiento de razones contra-normativas puede considerarse interviniente en el delito posteriormente ejecutado, desarrollaré el discurso en los siguientes apartados. En primer lugar, analizaré si es posible “negar la mayor”, esto es, desconsiderar una hipotética intervención motivacional a través de la reconfiguración del tipo de inducción como un delito autónomo (ap. 2.1). Descartada esta hipótesis, presentaré, en segundo lugar, la manera de conectar a un agente motivador en contextos interpersonales con el hecho delictivo. Al respecto, considero que un sujeto puede hacer suyo el hecho (mejor, su parte motivacional) a través de razones contra-normativas atribuyéndole a aquel un “estatus deónico” (ap. 2.3).

2.1. La inducción ¿delito autónomo?

Más allá de cualquier proposición *de lege ferenda*, un análisis programático *de lege lata* del Derecho vigente podría llevar a la conclusión de que la prohibición de motivar a otros está recogida en el art. 28.a CP cuando indica que “[l]os que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo” también “serán considerados autores” [se les aplicará la misma pena que al autor]. Con independencia de la viabilidad de esta aserción, es evidente que esta disposición legal recoge determinadas manifestaciones fenotípicas de la motivación al hecho delictivo. Así pues, el contenido de injusto material vinculado a este fenómeno podría encontrar “refugio” en esta disposición. En lo que sigue, voy a desarrollar esta primera hipótesis y sus consecuencias sistemáticas para, después, pasar a valorarla críticamente.

a) Presentación de la hipótesis

1. La interpretación acabada de expresar nos acerca a una concepción autonomista de la inducción en tanto que “delito” disgregado de un esquema de la intervención delictiva centrado en el principio de accesoriedad. En concreto, la instigación debería entenderse —siguiendo la valoración crítica de las teorías de H. MAYER y TRECHSEL planteada por JAKOBS— como un “delito de corrupción, al estilo del § 171 StGB [infracción del deber de asistencia y educación].”¹⁵²⁰ En otras palabras, el contenido de injusto de la motivación al delito podría subsumirse en el ámbito de la inducción reinterpretado como un tipo penal autónomo y, consiguientemente, desvinculado del sistema de intervención delictiva defendido en este trabajo. Desde el prisma de esta hipótesis interpretativa, la norma de conducta desprendida de un tipo penal de la Parte Especial no castigaría, en tanto que supuesto de intervención, los casos de motivación al delito. En cambio, la relevancia penal de esta última se subsumiría de manera autónoma en un tipo penal vinculado a la protección de la adecuación motivadora de la norma infringida por el único sujeto capacitado al efecto (el autor). El art. 28.a CP no sería, entonces, una disposición *declarativa-cuantificadora*, sino un *tipo penal constituyente*. Sobre la base de esta concepción general, este supuesto delito de inducción castigaría, en concreto, la emisión de razones contra-normativas en un momento pre-resolutivo capacitadas para desgastar la vinculatoriedad de la norma de comportamiento destinada al autor del hecho delictivo. El fundamento de esta incriminación se centraría en la necesidad de evitar aquellas conductas que consiguieran erosionar la fuerza motivadora de la norma primaria en un caso concreto, apuntalando el comportamiento de injusto realizado por su infractor (el autor). En otras palabras, el tipo de inducción protegería un interés jurídico distinto al protegido por el tipo de la Parte Especial, a saber, la viabilidad motivadora y la capacidad de proyectar la misión expresivo-preventiva del Derecho por parte de la norma de conducta. En suma, el art. 28.a CP configuraría un delito autónomo de

¹⁵²⁰ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 13, n. 8.

instigación en la línea de lo sostenido, principalmente, por SANCINETTI,¹⁵²¹ aunque con una articulación de su directiva de conducta adecuada a las particularidades del concreto bien jurídico protegido.

2. Dejando de lado las tesis autonomistas del propio SANCINETTI y de RENZIKOWSKI, que ya han sido relacionadas críticamente en el capítulo IV, es de remarcar la alta relación que presenta esta alternativa teórica con la tesis vertida recientemente por GARCÍA CAVERO. Este autor aboga, precisamente, por considerar el tipo penal de inducción como un delito autónomo desvinculado de las formas de autoría y participación. Al respecto, el citado considera que “el delito cometido responsablemente por el instigado no debe ser competencia del instigador” de tal manera que “[e]l reproche penal que pueda merecer el acto de instigación se tiene que sostener en un hecho estructuralmente distinto al realizado por los autores y cómplices.”¹⁵²² En su opinión, la materialización del delito no corresponde al inductor, sino al autor (y, contingentemente, al cómplice), de tal manera que aquel solo puede responder por influenciar en la decisión del hecho, pero no en su ejecución.¹⁵²³ Pero, por sí solo, esta influencia o incidencia en la decisión no sería suficiente para fundamentar el castigo inherente a este presunto delito, pues “[e]n una sociedad que reconoce a la persona por su libertad de decisión, el acto de instigación no puede ser una forma de intervención en una decisión libremente tomada por otro.”¹⁵²⁴ Para superar esta objeción, el autor considera que este supuesto delito de inducción protegería un bien jurídico distinto identificado en la “tranquilidad pública”, esto es, la “idea de aseguramiento de un clima social de exclusión del delito como alternativa válida de comportamiento.”¹⁵²⁵ Así pues, el “inductor” pondría “en tela de juicio el ambiente de respeto de los derechos de los demás” y solo por ello se le debería castigar, pues la concreción de esta “falta de respeto” en un acto cuantitativamente lesivo solo correspondería al autor.¹⁵²⁶

3. En definitiva, una cosa sería participar en el delito, en tanto que conducta vinculada a su materialización en un plano ejecutivo, y otra sería generar “un clima específico de estímulo de una decisión delictiva.”¹⁵²⁷ Esto último no podría reputarse como participación, sino solo como un contenido de injusto a subsumir en el tipo penal de instigación, en caso de que existiera, o requerido de una tipificación expresa, en caso contrario.¹⁵²⁸ La exclusión del principio de accesoriadad se justificaría, en opinión de GARCÍA CAVERO, de la misma manera que se justifica el castigo de la apología: no se reprocharía que la persona de delante hubiera cometido un delito como consecuencia

¹⁵²¹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 68 s.

¹⁵²² GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 131.

¹⁵²³ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 135, sumando a ello la idea de que antes de que exista el delito, no es posible la participación. Véase también, EL MISMO, *PG*, 3ª ed., 2019, pp. 772 s.

¹⁵²⁴ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 137.

¹⁵²⁵ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, pp. 140 s.

¹⁵²⁶ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 138.

¹⁵²⁷ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 141.

¹⁵²⁸ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindbäuser*, 2019, p. 141.

del comportamiento de la de detrás, sino el propio hecho de inducir o el acto apologeta.¹⁵²⁹ Sea como fuere, en caso de considerarse que la especial peligrosidad del inductor solo puede ser constatada con el inicio de la conducta del inducido, la accesoriedad podría operar reconvertida en una mera condición objetiva de punibilidad.¹⁵³⁰ La conjunción de estos breves apuntes con la hipótesis aquí planteada daría lugar a la siguiente esquemática: el art. 28.a CP constituiría un delito autónomo “de inducción” cuyo bien jurídico protegido sería la función motivadora de las normas y que castigaría los actos capacitados para erosionarla (= entrega de razones contra-normativas). Por lo tanto, el comportamiento de la persona de delante debería visualizarse como una condición para sancionar penalmente el injusto culpable.

b) Valoración crítica

1. Considero que existen convincentes argumentos para desechar esta hipótesis interpretativa sobre la inducción y su conjunción con la relevancia penal que debe atribuirse a la motivación al delito. Sea como fuera, si la expongo en este lugar es solo para resaltar su alta similitud con la estructura de la instigación defendida por TRECHSEL, las concepciones autonomistas de la participación y el esquema defendido por el propio GARCÍA CAVERO. En efecto, las anteriores reflexiones llevarían a estructurar la inducción como un delito autónomo (*concepciones autonomistas*) con un bien jurídico distinto al infringido por el autor (*tesis de Trechsel*) y vinculado a la necesidad de defender el clima de respeto a los intereses ajenos pretendido por el Derecho y sus normas (*tesis de García Caveró*). Sin embargo, frente a este programa dogmático, es posible articular un conjunto de críticas que paso a relacionar a continuación.

2. Para empezar, puede objetarse el hecho de concebir la inducción como una conducta transgresora de un bien jurídico distinto al que lesiona o pone en peligro el autor o el cómplice. Al respecto, no es tanto el hecho —remarcado por la mayoría de las observaciones críticas esgrimidas en contra de las teorías de la corrupción— relativo al contenido de este mismo interés jurídico.¹⁵³¹ Ciertamente, los defectos históricamente achacados a las teorías de la corrupción al concebir la integridad jurídico-moral del ciudadano como un interés digno de amparo por el Derecho pueden superarse si este bien jurídico se reinterpreta, en la línea de lo sostenida en este trabajo, como un extremo vinculado a la función motivadora de las normas. Consiguientemente, no se protegería una actitud o una militancia subjetiva con respecto al contenido de las directivas de conducta frente a los peligros de un proceso de desintegración, sino la propia misión expresivo-preventiva de estas mismas entidades deónticas en

¹⁵²⁹ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 138.

¹⁵³⁰ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 138, aunque abogando por una reforma legal que disminuya la pena del inductor, pues no tendría sentido, en su opinión, que se le castigara con la misma pena que al autor.

¹⁵³¹ ESSER, *GA*, 1958, p. 322; JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 13; VACCHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 57 ss.; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 210.

tanto que mecanismos dispuestos por el Derecho para agendar su proyecto de defensa de unos determinados intereses jurídicos. Esta función sí merecería protección por parte del ordenamiento si este quisiera asegurar sus propios instrumentos motivacionales y, con ellos, impactar en el “mundo subjetivo” de sus destinatarios con su “versión” de la realidad normativa. El problema, como decía, se encuentra en considerar a este interés digno de protección de modo autónomo al interés protegido frente al autor. Frente a ello, un defensor radical de las tesis autonomistas del injusto del partícipe podría argüir a favor de la plausibilidad de esta esquemática al entender la inducción como un delito totalmente independizado del eventual comportamiento del inducido.¹⁵³² Con base en esta idea, al instigador se le castigaría únicamente por su propio hecho al que subyacería un bien jurídico distinto al hecho del autor. Sin embargo, con ello no se explicaría la igualación penológica entre ambos sujetos,¹⁵³³ de tal manera que la idea resultaría en una programación *de lege ferenda* sin una proyección actual en los soportes del Derecho positivo.¹⁵³⁴ Precisamente por esta razón se explica cómo los mismos defensores de estas concepciones autonomistas tienen que reintroducir el principio de accesoriadad camuflado como condición de punibilidad.¹⁵³⁵ Definitivamente, ello nos devuelve a las críticas vertidas en el capítulo IV: si, desde un programa aplicativo *de lege lata*, no hay más remedio que considerar la inducción como una forma de participación, esta concepción de la accesoriadad desdibujaría el carácter colectivo de esta en tanto que manera de intervenir en el delito.

3. Igualmente, vincular la instigación únicamente a este hipotético interés jurídico podría dar lugar a múltiples inconvenientes. Por ejemplo, en la medida en que la ejecución del delito solo demostraría la eficacia o especial peligrosidad del acto inductor,¹⁵³⁶ su desvalor de acción solo podría armarse a través del efecto corruptor vinculado a la erosión de la función motivadora de la norma.¹⁵³⁷ Entonces, como ha indicado recientemente CASTELLVÍ MONSERRAT, en casos de inducción a la coautoría (o a la autoría y complicidad simultánea, dependiendo de las características del supuesto) se debería castigar por tantas injerencias provocadas en cada una de las relaciones comunicativas existentes entre normas y destinatarios.¹⁵³⁸ La correspondiente ejecución por parte de los influenciados solo evidenciaría la concreta eficacia de cada acto corruptor. Por lo tanto, al inductor se le acabaría castigando más que a los propios autores del delito, lo que explosionaría el ya de por sí difícil tratamiento penológico de esta forma de participación en atención a la pena que le corresponde al autor. En esta misma línea, esta concepción habilitaría el castigo de aquel inductor que motivara a la

¹⁵³² Por ejemplo, SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75 ss.

¹⁵³³ Tampoco la asimetría entre la proposición (y la provocación) y el “tipo de inducción”.

¹⁵³⁴ Así lo acepta el propio GARCÍA CAVERO, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 138: “debería establecerse una pena común por la desestabilización del clima de respeto que produce la instigación, sin perjuicio de prever una agravación de la pena para el caso de delitos especialmente graves.”

¹⁵³⁵ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 131; GARCÍA CAVERO, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 138.

¹⁵³⁶ GARCÍA CAVERO, *FS-Kindhäuser*, 2019, p. 138.

¹⁵³⁷ Esto implicaría separarse de la concepción de TRECHSEL, para quien la “co-causación del hecho” constituye el desvalor del resultado de la inducción (*Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p.).

¹⁵³⁸ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 226.

lesión o puesta en peligro de sus propios bienes jurídicos.¹⁵³⁹ Así pues, si *A* da una razón prudencial (por ejemplo, amenaza) a *B* para que lo lesione, también está erosionando la norma de conducta que se infiere del correspondiente tipo penal realizado por el ejecutor. Si la “accesoriedad” solo actuase como una condición objetiva de punibilidad a los efectos de evidenciar la eficacia o la mayor peligrosidad del comportamiento del inductor, a *A* se le podría castigar igualmente como autor de este supuesto delito de instigación.¹⁵⁴⁰ Ciertamente, la lesión a la esfera de libertad del instigador demostraría la eficacia de su propio acto corruptor (la erosión de la norma de conducta), por mucho que el lesionado fuera él mismo.¹⁵⁴¹ En tanto que el fundamento del castigo residiría en este efecto corruptor, la efectiva lesión solo evidenciaría el éxito (desvalor del resultado) de un ataque previamente desaprobado a la paz pública (*tesis de García Caveró*) o a la función motivacional de la norma (*tesis propia*).

4. Por todo lo dicho, subsumir en la inducción, a modo de delito autónomo, el desvalor que, desde mi punto de vista, merece la motivación al injusto no permite dar una respuesta convincente a esta disposición legal. Si el legislador castiga al instigador con la misma pena que al autor es porque considera que existe algún punto de conexión entre el acto de aquel y el hecho ejecutado por este último. Al ceñir su fundamentación únicamente a la protección de la función motivadora de las normas, se pierde la posibilidad de identificar la dimensión colectiva que debe presentar toda forma de intervención delictiva. La accesoriedad se acaba convirtiendo en un mero indicativo de la eficacia de la comunicación corruptora, en tanto que erosión de la norma primaria, pero no en el esquema que permite atribuir un significado a la conducta en tanto que parcela estructural de un proyecto colectivo.¹⁵⁴² La necesidad de racionalizar el Derecho positivo se ve sustituida por un programa *de lege ferenda* que encajaría mucho mejor en un delito totalmente desvinculado de las formas de participación y conectado a los delitos destinados a proteger la función del Estado. En este sentido, el inductor debe hacer suyo el hecho del ejecutor. Este último, para el agente motivador, no debe concebirse como un hecho ajeno tal y como considera GARCÍA CAVERO. A estos efectos, para que haya intervención (hacer propio lo que, en principio, parecer ser ajeno) hace falta algo más que el anuncio

¹⁵³⁹ CASTELLVÍ MONSERRAT, *Provocar y castigar*, 2020, p. 227. De modo inverso, como sostiene RUSCA, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, 2020, p. 82, no habría posibilidad de castigar a alguien por corromper a alguien ya corrompido de manera previa.

¹⁵⁴⁰ También, para vincular este mismo inductor con un específico tipo penal, del que se extraería su marco penológico (“misma pena que el autor”).

¹⁵⁴¹ Con independencia de esta crítica, el efecto corruptor existente en este supuesto de hecho, evidenciado a través de la agresión proyectado sobre el “inductor-víctima”, podría servir de sustento para explicar el requisito de la “falta de provocación” de la legítima defensa.

¹⁵⁴² Con respecto al cohecho activo, RUSCA, *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, 2020, p. 82: “[d]e hecho, aun cuando el agente estatal estuviera ya totalmente corrompido, y el soborno careciera de todo efecto sobre su modo de ser, en nada cambiaría la naturaleza ilícita del ofrecimiento. La razón de ello es que la incorrección de la conducta del sobornador radica en su influencia sobre la decisión del funcionario, sobre lo que él *hace*, y no en las consecuencias que pudiera tener sobre su constitución moral.” Trasladado al ámbito de la intervención delictiva: una hipotética intervención motivacional debe caracterizarse, principalmente, por su impacto en el hecho, no solo por la capacidad de erosión de la norma de conducta implícita, según considero, en determinadas formas de motivación al delito (aquellas que, en mi opinión, precisamente, merecen pena).

de un programa contra-normativo que erosione la fuerza motivacional de la norma de conducta. En este sentido, al contenido de antijuridicidad propio de la motivación al delito le falta todavía un vínculo con el hecho delictivo con tal de poder afirmar que el agente motivador, no solo ha perturbado la relación comunicativa norma-destinatario, sino que también ha efectuado una adaptación específica a un hecho delictivo concreto.

2.2. La vinculación de la motivación con el hecho delictivo: presupuestos para la caracterización de la intervención motivacional

1. Todas las anteriores ideas desvelan una incógnita central: para que un agente motivador pueda ser interviniente en el acontecimiento antijurídico ejecutado o (co)realizado por el agente motivado, debe existir una parte del hecho delictivo que aquel pueda hacer suya. En este sentido, el acontecimiento antijurídico debe presentar una compuerta a través de la cual un sujeto pueda tener acceso motivando a los demás intervinientes mediante la erosión de la norma de conducta a ellos dirigidos. De esta forma, debe superarse la dicotomía, defendida por HRUSCHKA y presente en la mayoría de las disquisiciones acerca de la inducción y la complicidad psíquica, entre “hecho” y “autor del hecho”.¹⁵⁴³ Según esta idea, el partícipe psíquico no se conectaría con el acontecimiento delictivo, sino con la decisión delictiva de su autor. Por el contrario, si se quiere hablar de intervención propiamente dicha, es necesario que un hipotético interviniente motivador tenga una conexión directa con el hecho; que pueda decirse que, a través de la motivación, uno puede co-configurar un suceso antijurídico de la misma manera que quien aporta una información técnica o contribuye en su fase ejecutiva.

2. A este respecto, debe recuperarse la idea relativa a la fragmentación de un hecho delictivo: en el capítulo IV indicaba que las contribuciones a un suceso pueden clasificarse según conformen, o bien su *identidad típica*, o bien su *motivación*. Indicaba allí que la “motivación del hecho delictivo” constituye el conglomerado de estímulos que lo han propiciado o promocionado. Estos constituyen la base que da respuesta al *por qué* de la plasmación externa del acontecimiento antijurídico.¹⁵⁴⁴ Así pues, a modo de prehistoria motivacional del suceso, aquella resulta de la suma de estímulos que hubieran podido servir como precondiciones suyas. Imagínese el siguiente caso: *A* promete a *B* que le recompensará con dinero en caso de que mate a *C*; *B* mata a *C* con un cuchillo entregado por *D*. La *identidad típica* de este hecho antijurídico ha sido realizada por *B* a través de un acto ejecutivo y por *D* con un acto de favorecimiento. Su prehistoria motivacional está formada por el conjunto de estímulos que han condicionado su existencia, entre ellos, la promesa económica anunciada por *A*. En este punto de la exposición, lo que está claro es que la persona que realiza la dimensión ejecutiva del injusto expresa, a través de su comportamiento, la concurrencia de este conjunto de fragmentos del hecho delictivo

¹⁵⁴³ HRUSCHKA, *JR*, 1983, p. 178.

¹⁵⁴⁴ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 191, para quien el inductor es un fragmento ineludible de la respuesta a la pregunta “¿Por qué hiciste esto?”.

(tanto los favorecedores efectuados en fase pre-ejecutiva —el cuchillo entregado por *D*— como los motivadores —la promesa efectuada por *A*—).¹⁵⁴⁵ Que debamos preguntarnos si un *motivo* es un fragmento significativo del hecho lo justifican los interrogantes a los que dicho acontecimiento puede estar sujeto cuando se ejecuta. Así, por ejemplo, en un caso en el que *A* persuade a *B* para que mate a *C* y *B* se vale del arma entregada por *D* para alcanzar el resultado típico, la ejecución del hecho llevada a cabo por *B* principia un “diálogo interrogativo” en el que pueden formularse dos preguntas distintas: *¿Qué has hecho?* he matado a *C* con la pistola que me entregó *D* y *¿Por qué lo hiciste?* “porque él (*A*) me persuadió.”¹⁵⁴⁶ Las respuestas ofrecidas por el ejecutor “implican” a los demás agentes y presuponen la necesidad de analizar si la desaprobación jurídico-penal del suceso, que parece ser la obra de múltiples personas, puede alcanzar al agente motivador.

3. Por lo tanto, si el fundamento de la prohibición de intervenir reside en la capacidad que tienen determinadas conductas de acoplarse objetivamente con otras, amoldándose para construir colectivamente un suceso penalmente relevante; ahora cabe plantearse si esta prohibición puede extenderse hacia aquellas conductas que se limitan a motivar. En este sentido, la norma de conducta que se desprende de un tipo de la Parte Especial prohíbe, en el caso particular de la codelincuencia, aquellos actos de coordinación que pudieran dar lugar a un proyecto colectivo que tuviera por contenido la co-creación del hecho a evitar. La necesaria concreción de este mensaje deóntico en atención a la específica posición de su destinatario y el significado de su comportamiento permite incluir sin problemas todos los actos acoplables a la aquí denominada *intervención material*. Por lo tanto, la norma primaria inferida del tipo penal de homicidio (“no mates” o, en el caso de la codelincuencia, “no te coordines con un tercero para matar”), se particulariza en toda aquella situación desde la que un sujeto pudiera estar capacitado para definir el riesgo cuantitativo-cualitativo prohibido, bien en fase ejecutiva, bien en fase previa (p.ej., “no realices un acto ejecutivo de muerte”, “no entregues un elemento favorecedor de tipo instrumental o intelectual al ejecutor” o “no infrinjas tus deberes de garante”). En cambio, mayores dudas implica el preguntarse si este mismo mensaje abstracto puede concretarse para subsumir aquellas conductas estimulantes que pudieran incluirse en el conglomerado de alicientes que conformarían la motivación al delito y, en su caso, hasta qué grado puede llevarse a cabo dicha particularización.

4. La respuesta a esta pregunta conlleva fijarse en el “fragmento motivacional” del suceso delictivo. De esta forma, es necesario entender la “motivación del hecho” como algo más que su “prehistoria motivacional”, esto es, la suma de las motivaciones particulares de cada una de las distintas contribuciones que han podido definir el suceso delictivo (la *causa efficiens*, la *formalis* y la *materialis*). En

¹⁵⁴⁵ Pues la ejecución del delito es, justamente, “el objeto del reparto del trabajo entre los intervinientes, su obrar común”, ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 7. No obstante, ello no significa que el sujeto deba ser considerado “autor” (ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, pp. 6 s.).

¹⁵⁴⁶ GERSON, *ZIS*, (3), 2016, p. 191.

esta primera acepción, en un caso en el que *A* estafa a *B* con la información técnica entregada por *C* y utilizando mecanismo informático elaborado por *D*, la “motivación del hecho” resulta de la conjunción de los motivos de cada uno de los fragmentos del suceso (las razones de *A*, *C* y *D*, respectivamente). De validarse una intervención motivacional proyectada sobre esta manera de comprender la motivación del suceso delictivo, aquella podría articularse a través de la aportación de razones para cometer cualquiera de los fragmentos del hecho (p.ej., motivando la entrega de la información técnica por parte de *C*). Sin embargo, la “motivación del hecho” debe entenderse, desde una perspectiva normativa, como algo que “va de suyo” al acontecimiento antijurídico, esto es, como un elemento consustancial al suceder delictivo que trasciende a las específicas contribuciones que pudieran haberlo moldeado. Solo así puede identificarse un elemento objetivo vinculado al hecho, por lo que más allá de la resolución delictiva de sus ejecutores, que el hipotético interviniente motivador pueda “hacerse suyo”. En esta segunda acepción, la “motivación del hecho” no es la suma de las motivaciones individuales de cada uno de sus intervinientes materiales, sino un soporte unitario que promociona la totalidad del acontecimiento. Tomando el ejemplo de la estafa acabado de exponer como referencia, la “motivación del hecho” no constituiría el conglomerado de razones de *A*, *C* y *D*, sino una *única razón* a través de la que podría explicarse el *porqué* de la lesión del patrimonio de *B*. La respuesta a este “por qué” nos señalará aquello que ha impulsado el hecho delictivo, esto es, su *motor* en tanto que unidad de sentido (= puesta en peligro o lesión del interés jurídico protegido por el tipo penal).

5. Sobre esta premisa, la pregunta que hay que responder es en qué medida un agente motivador puede relacionarse con el “motor del hecho”, es decir, cómo este tipo de sujetos pueden impulsar el suceder delictivo como unidad de sentido. En mi opinión, esto sucederá cuando esta clase de agentes atribuyan al hecho un determinado “estatus deóntico”. Con esta expresión hago referencia a la posibilidad de soportar la futura puesta en peligro o lesión del interés jurídico en una base de *obligatoriedad* o *permissividad*. Con respecto a esta idea, indicaba en los anteriores apartados que la motivación al delito penalmente relevante es aquella que erosiona la norma de conducta, perturbando la comunicación que efectúa el Derecho. Con base en este entendimiento, un agente motivador puede intervenir en un hecho delictivo cuando se asegura que el desarrollo de la *identidad típica* del suceso (el riesgo cuantitativo-cualitativo para con el interés jurídico protegido) constituya un curso de acción *exigible* o *permitido*. Frente a la *necesidad* (obligatoriedad) de no cometer el delito dispuesta por la norma primaria, esta clase de interviniente contrapone una *obligatoriedad* o *permisión paralela* que entra en oposición a la primera. Por lo tanto, el punto que permite traspasar la frontera entre el contenido de injusto material propio de la motivación al delito entendida como corrupción y el ámbito de la intervención delictiva es, precisamente, la fuerza deóntica sobre la que se asienta la razón contra-normativa. Las “armas” con las que un sujeto, al corromper, puede dibujar una “imagen especular” de la norma de conducta permiten adherir a la propuesta delictiva un *estatus deóntico*, en tanto que *curso de acción debido* o *permitido*. Veámoslo con mayor detalle:

a. Desde la perspectiva del agente motivado, el deber de realizar el comportamiento de injusto nace de su interacción con las razones que la persona de detrás le carga en su razonamiento práctico. En el caso de las *razones contra-aflictivas* (o *prudenciales*), porque si aquel quiere evitar el mal (casos de *amenaza*) o si quiere recibir el bien (casos de *recompensa*) *debe* irremediamente efectuar la condición sobre la que estas dos posibles reacciones se asientan, a saber, el injusto penal. En el supuesto de las *razones contra-expresivas* (o *morales*), porque el sujeto reconoce en su dador una fuente de deber a la que se somete de cara al seguimiento de sus dictámenes. Así pues, al componer un mensaje comunicativo a través de *razones contra-normativas*, el agente motivador hace nacer una *obligación* en el receptor de la comunicación. Desde otra perspectiva, a la persona de delante le está *prohibido* no hacer la conducta objeto de la *contra-norma*, pues la “infracción” de este deber le acarreará, o bien la pérdida de la ganancia, o bien la obtención de un mal. El caso de la *amenaza* es el más incuestionable. Ciertamente, la persona a la que se le ha anunciado la causación de un mal en caso de que no realice un comportamiento injusto, *debe* o *tiene la necesidad* de realizar el delito si quiere superar la condición.

b. La *permisión* de realizar lo jurídicamente indebido nace de la anulación de los impedimentos motivadores que existen para que el destinatario de la norma no incumpla con el Derecho. Esto es bastante evidente en algunos casos de *promesas*.

Remarco “algunos” por que no se me escapa que una promesa, en tanto que acto de habla directivo-compromisorio, presenta una estructura equivalente a la de la amenaza.¹⁵⁴⁷ A fin de cuentas, una promesa constituye también el anuncio de un comportamiento futuro (que supone un bien para su favorecido) en caso de que se cumpla con una condición (la realización del delito). Desde esta perspectiva, un acto de habla de estas características también *obliga* a su destinatario, puesto que, si este quiere conseguir el “premio”, *debe* realizar la conducta delictiva. Esto es indudable cuando la promesa tiene por objeto un comportamiento que incrementa el nivel de satisfacción y bienestar del beneficiario. Hago referencia, básicamente, a toda conducta que permite la introducción de un beneficio previamente inexistente en el acervo de bienes e intereses del favorecido por la promesa o la interrupción de un curso de acción que, hasta ese momento, lo desfavorecía. Por lo tanto, este último puede argumentar, sin que ello resulte extraño, lo siguiente: “si quiero este incremento de mi bienestar o si quiero que cese este mal, *debo* cometer un delito.”

La *permisión* de cometer el injusto aparecerá en aquellos supuestos en los que el acto compromisorio tenga por objeto la anulación de algún mecanismo vinculado a la futura efectividad de la norma de sanción (consiguientemente, también a través de la erosión de las llamadas normas de resguardo). Así, quien promete a alguien que le sufragará el importe de la futura pena de multa o que le encubrirá en caso de que cometa un delito, no está obligando al sujeto a realizar un injusto. En todo caso, anula los impedimentos motivacionales que le impedían argumentar a favor de este curso de

¹⁵⁴⁷ Sobre esto, BLANCO SALGUEIRO, «Promises, threats, and the foundations of speech act theory», *Pragmatics*, (20-2), 2010, pp. 217 ss.

acción. Al desmaterializarse la seriedad del mal anunciado por la norma de conducta a través de la amenaza de pena, el sujeto dispone de una “vía libre” hacia la consumación, en tanto que puede excluir de su argumentación (total o parcialmente) las razones que ponderaban la decisión hacia el cumplimiento de la norma. En este sentido, sería un tanto absurdo afirmar que, en circunstancias así, el beneficiario de la promesa detenta una *obligación* o un *deber* para con el agente motivador (“debo realizar el delito *si quiero* que esta persona me encubra” o “debo realizar el delito *para que* esta persona me pague la multa que, en su caso, el Estado me impondrá si me descubre”). Nadie comete un delito a los efectos de conseguir una debilitación de los mecanismos instrumentales que el Derecho penal utiliza para imponer y ejecutar las penas. En todo caso, creo más conveniente indicar que, en estos supuestos, al sujeto *le es permitido* realizar el delito, justamente, por la debilitación de estos mismos mecanismos. Entonces, el argumento que argüiría la persona de delante rezaría: “en tanto que este sujeto me ha prometido que me pagará la multa que me impongan, *puedo* realizar el delito” o “sabiendo que una persona me encubrirá, evitando el descubrimiento por parte de las autoridades, *no tengo (muchos) impedimentos* para cometer el delito.”

6. En este sentido, el agente corruptor se erige como el estructurador de todo o una parte de un contraprograma erigido frente al programa diseñado por el Derecho como guía normativa de los comportamientos de sus destinatarios. JOERDEN ha remarcado este elemento en relación con la instigación, indicando que el “el factor decisivo es que el comportamiento inductor de la persona de detrás se aproxima a un *estado deóntico* en el sentido de que ejerce *una función de diseño que apunta a prescribir el comportamiento de la persona de delante hacia una determinada dirección.*”¹⁵⁴⁸ Sobre esta idea, el agente corruptor actúa a modo de contra-legislador (entiéndase a modo de metáfora) de tal manera que compone o contribuye a componer una base de contra-normatividad formada por “prescripciones” y “permisiones”. Estas últimas guardan paralelismos “con las prohibiciones legales, en el sentido de que también prohíben un comportamiento y amenazan con una sanción y un castigo en caso de incumplimiento.”¹⁵⁴⁹ Al proyectar estas ideas sobre el hecho delictivo se desvela que la contribución de un agente motivador o corruptor constituye un fragmento permanente de la respuesta al “¿por qué?”, no (solo) del comportamiento del autor, sino del acontecimiento antijurídico. En efecto, este último es la consecuencia del “cumplimiento” de una *contra-norma* o, mejor dicho, del programa comunicativo con el que la persona de detrás ha erosionado los instrumentos que el Derecho utilizaba para motivar a sus destinatarios. El hecho en tanto que puesta en peligro o lesión de un bien jurídico responde a un proyecto de acción que está formado por mecanismos capacitados para anular la fuerza rectora de la norma de conducta. A la configuración (total o parcial) de este mismo proyecto ha contribuido la persona de detrás, el agente motivador. Por medio de su participación en la elaboración del programa de conducta delictiva, este sujeto asigna al futuro

¹⁵⁴⁸ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 122, n. 99.

¹⁵⁴⁹ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123.

acontecimiento antijurídico un determinado *estatus deóntico*, con lo que promueve total o parcialmente su efectiva materialización. Consiguientemente, la creación de una actitud subversiva contra el ordenamiento a través del ofrecimiento de una interpretación alternativa a la realidad de primer orden mediante *razones contra-normativas* no es sino el “mecanismo” que utilizan esta clase de actores para configurar el hecho.

7. De esta forma, lo que permite convertir el comportamiento del agente motivador en una *conducta antinormativa de intervención* es su capacidad para *generar la motivación del hecho*. Por lo tanto, en términos más precisos, al agente motivador no se le debe castigar como interviniente por *motivar a un sujeto* (autor, cómplice, inductor), sino por *motivar al suceso delictivo*. Al respecto de esta idea, es evidente que, términos psicológicos, el agente motiva a una persona; sin embargo, en términos normativos, debe entenderse que el interviniente “motiva el hecho”. En este sentido, más allá de las motivaciones particulares de sus distintos intervinientes, hay un único soporte que permite promocionar la totalidad de un acontecimiento antijurídico: que su realización en tanto que puesta en peligro o lesión de un determinado interés sea un curso de acción debido o permitido. Esto constituye el “motor del hecho” como unidad de sentido. Si esto es así, para poder confirmar la intervención motivacional, la persona de detrás solo puede motivar a aquellas conductas que forman parte indisoluble de la futura existencia del suceso delictivo. En efecto, la sustentación del *estatus deóntico* de un suceso (que su realización sea *obligada* o *permitida* para la persona de delante) no puede efectuarse a través de cualquier contribución. En efecto, son muchos los alicientes internos que pueden subsumirse, en términos estrictamente fácticos, en el concepto de “motivación del hecho”. Así, desde las razones que llevaron a *B* a entregar el arma de fuego a *A*, quien la utilizó para matar a *C* ayudado por *J*; los que motivaron la conducta de *E* consistente en vigilar el lugar mientras *F* agredía sexualmente a *G*, quien era sostenido por *N*; hasta las razones que justificaron a *H* la entrega de un consejo técnico a *I*, quien pretendía entrar a robar en una galería de arte con una ganzúa entregada por *K*. Todos estos acicates internos conforman la prehistoria motivacional del suceso, en tanto que conglomerado de motivos que inspiraron a todos sus intervinientes. Pero con respecto a la materialización del hecho delictivo, solo importan aquellos que hayan sostenido su efectiva realización. Consiguientemente, no todos los alicientes internos de todos los intervinientes conforman la *motivación del hecho* en términos normativos, sino solo aquellos que hayan inspirado su existencia como forma de invadir los intereses de un tercero. En el siguiente capítulo, volveré a este punto e indicaré con mayor concreción qué contribuciones pueden ser objeto de motivación por un sujeto para poder afirmar que este ha motivado el acontecimiento. Valga por ahora la idea de que no vale motivar a “cualquier interviniente”, sino solo a aquellos capacitados para evidenciar que el hecho delictivo responde al cumplimiento de un determinado *programa contra-normativo* diseñado (en su totalidad o solo en parte) por un tercero, esto es, el interviniente motivador. Por el momento, a estas aportaciones las podemos denominar *contribuciones motoras* del hecho.

8. En suma, la motivación como forma de intervención se refiere, o bien a una contra-valoración del hecho como positivo (en lugar de negativo, como indica el ordenamiento jurídico) a través de *razones contra-expresivas*, o bien en una contra-prohibición al sujeto que va a ejecutarlo. En ambos casos, el interviniente motivador asienta el hecho sobre un determinado *estatus deóntico*: el suceso delictivo debe o puede realizarse. De esta manera, la lesión o puesta en peligro del interés jurídico protegido por el tipo se torna un extremo sostenido por una *contra-norma*. De allí que el comportamiento del agente motivador, en esta coyuntura, presente el sentido de ensamblaje a un proyecto común: al dar la *razón contra-normativa*, la persona de detrás contribuye a *sostener* el comportamiento delictivo de su receptor como parte integral de un suceso colectivo. El agente motivador colabora en la organización del acontecimiento de injusto al asentarlo sobre un determinado *estatus deóntico* que lo convierte en algo que “debe realizarse” o, en su caso, “puede realizarse”, pues los impedimentos motivacionales desprendidos de la norma de conducta han quedado anulados.¹⁵⁵⁰ Al realizarse el hecho con base en estas *razones contra-normativas*, la persona de delante evidencia que el agente motivador es una parte integral de la necesaria explicación de lo sucedido. Por lo tanto, las respectivas acciones lesivas de aquel les son igual de propias a la persona de detrás pues las ha motivado de forma penalmente relevante.¹⁵⁵¹ El “fenómeno” de *engarzamiento*¹⁵⁵² que debe sostener cualquier forma de intervención se evidencia sin problemas en los casos de motivación al delito como forma de corrupción: en términos objetivos, el agente motivador se coordina con el hombre de delante para “dar forma” a un hecho delictivo a través de la entrega de aquellas razones que pudieran tener la capacidad de socavar los impedimentos motivadores desprendidos de la norma de conducta y que mantenían el hecho en una fase de ideación o, en su caso, de mera inexistencia. El punto que permite vincular al interviniente con el hecho, su “vía de entrada” al acontecimiento a falta de una contribución material que lo vincule con su parte “visible” (la puesta en peligro o lesión cuantitativamente aprehensible del bien jurídico) es la asignación de este “estatus deóntico”.

¹⁵⁵⁰ Aquí entra en consideración el registro prospectivo del principio de accesividad defendido por VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 148 ss. Como indica este autor, en un momento *ex ante*, la accesividad permite asignarle un sentido delictivo a un comportamiento en tanto que destinado a incluirse en una futura agresión o puesta en peligro colectiva de un interés jurídico (p. 149). En este sentido, la conducta del agente motivador debe presentar una *dirección de ajuste delictivo* en tanto que destinada objetivamente a sustentar la motivación de un determinado suceso delictivo. El significado jurídico-penal de su comportamiento de intervención reside en el hecho de que, con el mismo, establece “la virtualidad del acontecimiento *por-venir*” (p. 148). En concreto, (co)establece la *obligatoriedad* o *permisividad* del comportamiento cuantitativamente lesivo para con los intereses jurídicos protegidos para el tipo penal que corresponda. Efectivamente, al dar razones contra-normativas capacitadas para erosionar la fuerza vinculante de la norma de conducta, el interviniente agrega una fuerza vinculante paralela al hecho objeto de su comunicación, en tanto que acontecimiento *debido* o *permitido*, según fuera el caso. El receptor de la comunicación dispone entonces de un soporte adecuado para justificar y argumentar a favor de un curso lesivo determinado en contra de las razones desprendidas de la norma primaria.

¹⁵⁵¹ ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, p. 998: “la teoría de la intervención en el delito (...) permite asignar responsabilidad a un sujeto por acciones que no lleva a cabo personalmente pero que le son tan propias como las que sí lleva a cabo personalmente; estas últimas deben tener el significado de atraer para sí como normativamente propio lo que es naturalísticamente ajeno.”

¹⁵⁵² ROBLES PLANAS, *PC*, (15-30), 2020, pp. 998 s.

9. De esta idea central puede extraerse las siguientes conclusiones en lo que a la estructuración de una intervención motivacional se refiere:

- i. La “motivación del hecho” es el motor que lo impulsa a plasmarse como una puesta en peligro o lesión del interés jurídico protegido por el tipo. Este motor constituye su permisividad u obligatoriedad en contraposición a la interdicción regida por la norma de conducta.
- ii. Interviene en el hecho delictivo quien “hace suyo” este motor, atribuyendo al acontecimiento antijurídico un determinado “estatus deóntico”.
- iii. Esto se conseguirá emitiendo razones contra-normativas a aquellos sujetos con cuyas contribuciones dependa el discurrir del hecho (las “contribuciones motoras”). Por lo tanto, no se puede intervenir en un hecho motivando cualquiera forma de intervención, sino solo aquellas a través de las que pueda asignarse al acontecimiento un “estatus deóntico”.
- iv. La plena tipicidad de la conducta antinormativa del interviniente motivador aparecerá cuando el sujeto motivado haga entrar el hecho en fase de tentativa. A estos efectos, será necesario que la ejecución del acontecimiento (o de la “contribución motora” a través de la cual el agente motivador haya asignado el “estatus deóntico” al hecho delictivo) evidencie que la razón contra-normativa emitida por la persona de detrás se ha convertido en la razón motivadora de la conducta de la persona de delante.
- v. Por lo tanto, intervienen en el hecho quien le asigna un “estatus deóntico”. Su conducta antinormativa (desaprobación *ex ante*) se constituye por la dación de una razón contra-normativa a un sujeto capacitado para efectuar una “contribución motora”. Esta antinormatividad se actualizará típicamente en el hecho (desaprobación *ex post*) cuando dicho sujeto ejecute su conducta con base en la razón previamente entregada por el agente motivador.

Estas conclusiones configuran la estructura básica de la intervención motivacional. En los siguientes dos capítulos, desarrollaré con más detalle esta misma estructura. En todo caso, por ahora sí que puede decirse algo al respecto de la figura del *omnimodo facturus*. Dedico el siguiente apartado a exponer algunas ideas en relación con esta institución.

3. Los supuestos de motivación masiva

La posibilidad de circunscribir la motivación masiva en una estructura de intervención se presenta como una opción más complicada que en los casos de motivación interpersonal. En este sentido, la falta de referencia a un sujeto concreto y la ausencia de controlabilidad dificulta la identificación de un vínculo entre el agente motivador y el ulterior hecho delictivo ejecutado por el o los sujetos motivados. Repárese, a este respecto, como en el caso de la motivación interpersonal, la intervención solo aparece allí donde pueda asegurarse el “estatus deóntico” del hecho delictivo. Esta posibilidad presupone un contacto directo y continuado del que, en el ámbito de la motivación masiva, el agente

motivador no dispone en un principio. Sea como fuere, lo que está claro es que el contenido de antijuridicidad que presenta la motivación masiva puede subsumirse en la provocación delictiva (art. 18 CP), por lo que abordaré en primer lugar esta opción. Solo después, analizaré con detalle si, más allá de las dificultades indicadas, es posible armar un punto de conexión entre el agente motivador y el acontecimiento antijurídico que permita señalar al primer sujeto como interviniente en el delito pese a que la motivación se haya efectuado en contextos masivos. A este respecto, creo que en algunos supuestos puede seguir manteniéndose la idea de que la persona de detrás atribuye al hecho un determinado “estatus deóntico”. Sin embargo, es necesario precisar que esta circunstancia no se dará en todos los casos, sino solo en aquellos donde pueda visualizarse lo que yo denomino un “contexto opositor” a la norma y al Derecho.

3.1. La provocación delictiva

1. El desvalor de la motivación al delito efectuada en contextos masivos encuentra un refugio evidente en todos aquellos tipos penales destinados a castigar determinadas “incitaciones públicas”. En el primer capítulo he efectuado una relación de estas posibilidades legales.¹⁵⁵³ En todo caso, la “provocación para delinquir” (art. 18 CP para el caso español; el § 111 StGB, para el caso alemán) constituye, sin duda alguna, el precepto más paradigmático de entre los que poder canalizar una desaprobación de estas características. Como indica el inciso primero del precepto que la regula, la “provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.” Sobre esta premisa, el contenido de injusto material vinculado a los actos de corrupción en contextos masivos puede subsumirse en este precepto legal. A modo de recordatorio, solo determinados “contextos amplificadores” permiten que un sujeto pueda erosionar la norma de conducta que se dirige a una masa de agentes anónimos. Sin embargo, para acabar de legitimar el recurso a la pena, no es suficiente con perturbar de manera grave la comunicación del Derecho (lo que podría señalarse con el concepto de “orden público” o “paz pública”), sino que es necesario que este mensaje contra-normativo ponga en peligro un específico bien jurídico (el del delito objeto de la exhortación). En concreto, es necesario que la comunicación perturbadora se aproveche del “contexto amplificador” para dirigir un riesgo hacia un interés concreto, como lo pueden ser la vida o la integridad física de un individuo o un grupo. En consecuencia, el precepto que incrimina la provocación delictiva debe interpretarse como un delito de peligro abstracto antesala de una efectiva lesión sobre el bien jurídico protegido por el delito objeto

¹⁵⁵³ Véase *supra* Capítulo I, ap. III.

de la exhortación (el “interés particular” del afectado o afectados por el discurso contra-normativo).¹⁵⁵⁴

A los efectos de desarrollar esta idea, cabe recordar que la doctrina mayoritaria alemana contempla el § 111 StGB como una disposición “híbrida” en tanto que constituiría, por un lado, un delito de peligro abstracto cuyo bien jurídico protegido sería la paz pública y, por el otro, una forma de incitación especial “conectada accesoriamente” con el § 26 StGB, por lo que también protegería el interés protegido por el delito “instigado”.¹⁵⁵⁵ Sobre esta idea, DREHER se encargó en su momento de representar esta disposición legal con el apelativo de la “cabeza de Jano” [*Januskopf*], en referencia al dios latino de dos caras que protegía los hogares romanos y daba nombre a la colina del Janículo, en el Trastevere.¹⁵⁵⁶ Así pues, uno de los “rostros” de este precepto “miraría” hacia el orden y la paz públicas.¹⁵⁵⁷ Por su parte, la otra “cara” se dirigiría hacia el específico bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el destinatario de la exhortación pública.¹⁵⁵⁸ Misma idea puede acogerse para interpretar el art. 18 CP: al efectuar un discurso contra-normativo a través de un “contexto amplificador”, no solo se menoscaba la “paz pública” perturbando la comunicación jurídica que efectúa el Derecho, sino que también se pone en peligro el específico bien jurídico protegido por el delito objeto de la comunicación.

2. No obstante, cabe remarcar que el contenido de antijuridicidad de la provocación delictiva ha sufrido un proceso de vaciamiento. En este sentido, el auge de la incriminación de los “discursos del odio” [*hate speech*] y el adelantamiento de las barreras de punibilidad en el ámbito terrorista, ha marcado el inicio de una tendencia a tipificar supuestos específicos de motivación masiva. A este respecto, por ejemplo, el art. 559 CP indica:

“La distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 bis del Código Penal, o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.”

Por su parte, según el art. 579.1 CP:

“1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o

¹⁵⁵⁴ HORN/WOLTER, «§ 111», *SK-StGB*, 9ª ed., 2017, nm. 2; HAMBEL, «Die öffentliche Aufforderung zur Straftten gem. 111 StGB Am Beispiel der “Bierzelt-Rede” des Bundesinnenministers Horst Seehofer vom 2.8.2018 und der Rede des Chefs des Thürigida Bündnisses David Köckert vom 9.9.2018 in Köthen», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, (1), 2019, p. 10; FAHL, «§ 111», *SSW-StGB*, 2009, nms. 2 s.

¹⁵⁵⁵ DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 312;

¹⁵⁵⁶ DREHER, *FS-Gallas*, 1973, pp. 312 s.

¹⁵⁵⁷ DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 312.

¹⁵⁵⁸ DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 313.

que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.

2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa.

3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo.

4. En los casos previstos en este precepto, los jueces o tribunales podrán adoptar las medidas establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo anterior.”

Todos estos preceptos ejemplifican que la estructura de la provocación delictiva se ha ido desgranando y transportándose a otros ámbitos de incriminación. Sea como fuere, estos preceptos también deben interpretarse como maneras de incriminar motivaciones masivas llevadas a cabo en “contextos amplificadores”. La única diferencia con la provocación ex art. 18 CP es el específico delito objeto del mensaje comunicativo que, en opinión del legislador, merece de una incriminación y una pena específica.

3. Mención aparte merecen los “delitos de odio”. En lo que se refiere a sus características legales, como es de sobras conocido, el art. 510.1 CP indica:

“Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.”

En su redacción actual, parte de la doctrina ha considerado que el art. 510.1 CP castiga el fomento de actitudes internas de discriminación, odio o violencia.¹⁵⁵⁹ Ciertamente, una primera lectura del precepto da pie a interpretarlo como la incriminación de una incitación a un determinado estado de pensamiento u opinión.¹⁵⁶⁰ Según GÓMEZ MARTÍN, “aunque ciertamente las más elementales reglas

¹⁵⁵⁹ GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *RECPC*, (18-20), 2016, p. 10. Sobre las distintas formas de reaccionar a los discursos intolerantes, véase ALCÁZER GUIRAO, «Discurso intolerante y esfera pública», *RAE-IC*, (5-10), 2018, pp. 40 ss.

¹⁵⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, *RECPC*, (18-20), 2016, pp. 7 s.; CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *ADPCP*, (70-1), 2017, pp. 205 s.: “lo que

de la experiencia indican que quien trate de fomentar en otro una actitud discriminatoria o de odio hacia determinados colectivos lo hará impulsado por una actitud interna xenófoba, homófoba, etc., lo que se halla tipificado en el art. 510.1 CP no es la actitud interna de quien realiza la provocación, sino la incitación a que otros acaben mostrándola. El objeto de la prohibición penal no es, por tanto, como exige el concepto de Derecho penal autor expuesto supra una personalidad peligrosa o una actitud interna inmoral, sino la realización de una conducta: fomentar en terceros algunas de las actitudes internas de discriminación, odio o violencia hacia las minorías a las que se refiere el precepto.”¹⁵⁶¹

4. Sin embargo, creo que es perfectamente viable interpretar los delitos de odio, incluso con el redactado actual, como formas específicas de “provocación delictiva”. A estos efectos, ALCÁCER GUIRAO indica que “[l]a inercia expansiva de los límites a la libertad de expresión característica de la doctrina constitucional se materializará también en el denotado afán de encontrar riesgos para la seguridad individual en el discurso del odio, identificando toda expresión infamante y hostil como una forma de incitar a la violencia.”¹⁵⁶² El mismo autor también ha indicado que el “odio es un mero sentimiento, sin vinculación directa o indirecta —a diferencia de la violencia o la discriminación— con la realización de conductas lesivas contra intereses de las personas; la incitación al odio no es más que el intento de generar opiniones (de rechazo, de hostilidad) a través de la opinión.”¹⁵⁶³ A los efectos de superar la aparente incompatibilidad de esta prohibición con la libertad de expresión, el autor citado aboga por “una interpretación restrictiva de esa modalidad delictiva” que solo posibilite el castigo en caso de que “fuera previsible la realización inminente de actos lesivos para miembros del grupo social concernido.”¹⁵⁶⁴ Esto nos aproxima, según las ideas de FUENTES OSORIO, a una caracterización del “odio” como delito vinculado a la “amenaza de daño futuro”.¹⁵⁶⁵ Desde esta perspectiva, el “odio” actuaría “*como ratio de la decisión político criminal de la anticipación de la tutela de penal* por las necesidades de protección (...): el ánimo adverso (odio) explicita un riesgo de daño futuro, hay que evitar que se produzcan las graves conductas lesivas.”¹⁵⁶⁶ La justificación de esta anticipación se canalizaría a través de dos mecanismos: “mediante un juicio de peligrosidad diluido” o “a través de un bien jurídico abstracto.”¹⁵⁶⁷ De esta forma, los verbos utilizados por el art. 510 CP, “fomentar”,

se castigaría no es la provocación a la comisión de delitos basados en la intolerancia o la discriminación, sino directamente la provocación a la intolerancia, el odio y la discriminación.”

¹⁵⁶¹ GÓMEZ MARTÍN, *RECPC*, (18-20), 2016, p. 10.

¹⁵⁶² ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, 2020, p. 200.

¹⁵⁶³ ALCÁCER GUIRAO, «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *RECPC*, (14), 2012, p. 17.

¹⁵⁶⁴ ALCÁCER GUIRAO, *RECPC*, (14), 2012, p. 18.

¹⁵⁶⁵ FUENTES OSORIO, «Concepto de “odio” y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, pp. 137 ss.

¹⁵⁶⁶ FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, pp. 137 s (con cursivas en el original).

¹⁵⁶⁷ FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, p. 138.

“promover”, e “incitar” son todos sinónimos de “provocar”.¹⁵⁶⁸ Partiendo de esta premisa, lo ideal sería interpretar este precepto, no como una incitación a un estado difuso de pensamiento, sino a un peligro real de violencia sobre el grupo protegido. Con ello se impediría, en palabras de ALCÁCER GUIRAO, que se diluya “enteramente la diferencia entre la expresión de opiniones hostiles y la realización de conductas peligrosas.”¹⁵⁶⁹ Por lo tanto, la perturbación masiva de la comunicación jurídica encuentra refugio en el art. 510 CP cuando esta se efectúa en dirección a generar un clima de violencia y/o discriminación a uno de los grupos protegidos por tal precepto.

3.2. La vinculación de la motivación masiva con el hecho delictivo

1. Resulta evidente que la motivación al delito dirigida a una masa puede subsumirse en los esquemas del Derecho positivo. Sin embargo, falta por responder a una pregunta todavía más importante, a saber, si este contenido de antijuridicidad material puede integrarse en la estructura de la intervención delictiva. La cuestión no es insustancial, pues el art. 18.2 *in fine* CP indica que “[s]i a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.” Esta “remisión” a la pena de la participación también la efectúa el art. 557.2 CP con respecto a los delitos de desórdenes públicos (“[c]on las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo”).¹⁵⁷⁰ Misma problemática presentan las inducciones a la rebelión (art. 473.1 CP) y la sedición (545.1 CP), principalmente esta última. En efecto, atendiendo a la literalidad del tipo básico (“se alcen pública y tumultuariamente”) es asumible entender que la sedición, en la mayor parte de los casos, se llevará a cabo de manera masiva a través de un grupo indeterminado de sujetos. Por lo tanto, la “inducción” a la sedición (que, en este caso, se castiga más que a los “autores” del delito) subsumirá, la mayor parte de las veces, casos de “motivaciones masivas”. En consecuencia, la necesidad de analizar si una “motivación masiva” puede señalarse, en términos estructurales, como una forma de intervención delictiva (más allá de la remisión penológica que efectúa el legislador) no solo afecta a la provocación, sino también a otras formas de “incitaciones públicas”. Sea como fuere, la comprensión racional de estos preceptos debe partir necesariamente de un sistema de intervención centrado en la motivación al delito que permita ubicar correctamente esta salvedad, en principio, exclusivamente legal.

2. La primera interpretación de cláusula del art. 18 CP es que la misma constituye una norma de sanción. En este sentido, se podría entender que el legislador ha querido castigar al “agitador” o

¹⁵⁶⁸ CÁMARA ARROYO, «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *ADPCP*, (70-1), 2017, pp. 204 s.; FUENTES OSORIO, en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, 2017, p. 139;

¹⁵⁶⁹ ALCÁCER GUIRAO, *La libertad del odio*, 2020, p. 201.

¹⁵⁷⁰ La mención a “actuaren sobre el grupo” puede vincularse a los casos de motivaciones masivas que son seguidas de la realización del delito objeto de la incitación pública.

“provocador” *como* un inductor sin que ello suponga afirmar que, en términos estructurales, se esté ante una genuina forma de intervención delictiva. Por lo tanto, el precepto implicaría una remisión al marco penológico de la instigación a los efectos de la determinación de la pena en aquellos casos en los que a la provocación le siguiera la ejecución del delito objeto del mensaje. Esta es la idea que parece defender la doctrina española. Según esta última, la remisión expresa del art. 18 CP solo puede entenderse en la medida en que los casos incluidos en el ámbito de la provocación delictiva no constituyen “genuinos” supuestos de instigación.¹⁵⁷¹ La idea se reencuentra con lo comentado a lo largo de este trabajo: en tanto que la opinión mayoritaria considera que solo puede “inducirse” a una persona determinable, los influjos motivadores dirigidos a una masa compuesta por agentes anónimos no integrarían *prima facie* el ámbito típico de esta forma de participación. El art. 18.2 *in fine* CP, al indicar que los casos de provocación seguidos de la perpetración del delito se castigarán “como inducción”, estaría ampliando este ámbito de tipicidad, considerando como formas de instigación comportamientos que, de no existir tal precepto, no podrían castigarse como tales.¹⁵⁷² Así pues, para MIRA BENAVENT, esta cláusula constituye una “ficción jurídica” que, citando a LARENZ, “consiste en la equiparación voluntaria de algo que se sabe que es desigual.”¹⁵⁷³ En opinión de DEL ROSAL BLASCO, “las incitaciones privadas o personales, que se castigan cuando no van seguidas de la ejecución del delito (...), no precisaban de tal inciso para ser castigadas *como* inducciones (cuando el incitado hubiere comenzado la ejecución del delito al que fue incitado) porque *son* auténticas inducciones.”¹⁵⁷⁴ No ocurriría lo mismo, en cambio, con las incitaciones públicas.

3. Imagínese que esta cláusula final no existiera ¿Sería posible entonces castigar al provocador con la pena del inductor en caso de que su acto incitador tuviera éxito? Partiendo de las anteriores ideas, la respuesta sería negativa. Responder afirmativamente a esta cuestión solo sería posible si la motivación masiva pudiera considerarse como una forma de intervenir en el delito en términos estructurales. En otras palabras, a falta de una remisión legal explícita al marco penológico de la inducción, la única posibilidad de castigar al provocador con base en las normas de determinación de la pena de la autoría y la participación sería asumiendo la posibilidad de intervenir, de amoldarse a un hecho antijurídico, por medio de una motivación al delito de clase no interpersonal. Pero incluso con base en nuestra legislación actual, donde sí existe esta remisión penológica, esta eventualidad dogmática podría tener sus consecuencias. Ciertamente, tal y como he indicado en los casos de motivación interpersonal, la

¹⁵⁷¹ MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, pp. 103 ss.

¹⁵⁷² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 301: valor declarativo para la inducción, valor constitutivo para la provocación. Ahora defiende que la proposición subsume la desaprobación *ex ante* de la inducción. MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, p. 137. Igual ocurre en Alemania con el § 111 StGB, así BOSCH, «Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Straftate?», *JURA*, (38-4), 2016, p. 381. En contra, KASISKE, «Die Anstiftung durch Aufforderung an einen unbestimmten Personenkreis und ihr Verhältnis zu § 111 StGB», *GA*, 2016, pp. 760 s., 765, indicando que el § 111 StGB solo castiga la paz pública y el § 26 StGB sí permite castigar al inductor que se dirige a un sujeto no determinado.

¹⁵⁷³ MIRA BENAVENT, *EPC*, (22), 1999, p. 126.

¹⁵⁷⁴ DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el Derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del código penal)*, 1986, p. 140.

vinculación de una conducta motivadora con la estructura de la intervención produce ciertos efectos restringentes (p.ej., solo se puede intervenir en un hecho motivando sus “contribuciones motoras”). De esta manera, en el caso de la interpersonal, no toda motivación al delito puede considerarse una forma de intervención, sino solo aquella que establece el estatus deóntico del hecho. Ello limita el ya de por sí limitado marco de la motivación al delito merecedora de pena que he propuesto en el apartado V de este capítulo. Con esto dicho, la filtración de la motivación masiva en los marcos dogmáticos de la intervención delictiva también podría producir este efecto restrictivo: no toda incitación dirigida a una masa, aunque merecedora de pena por constituir una imagen especular de la norma de conducta dado un “contexto amplificador”, podría conectarse con el hecho antijurídico. Esta eventual consecuencia podría servir de base para una ulterior interpretación restrictiva de la cláusula del art. 18.2 *in fine* CP a los efectos de reducir teleológicamente su alcance. Con ello se conseguiría que la remisión penológica solo alcanzara aquellas conductas provocadoras que, dada una serie de características todavía por descubrir, pudieran considerarse formas de intervención desde un punto de vista estructural.

4. A los efectos de dar una respuesta a este interrogante, puede resultar de utilidad recuperar las ideas de PAEFFGEN al hilo de su crítica a la comprensión que defiende la doctrina mayoritaria del § 111 StGB.¹⁵⁷⁵ Este autor considera que esta disposición no puede contemplarse como un delito autónomo o híbrido (protector, por un lado, de un bien jurídico colectivo y, por el otro, del bien jurídico protegido por el delito objeto de la provocación).¹⁵⁷⁶ Por el contrario, esta disposición legal debe interpretarse como una forma específica de inducción.¹⁵⁷⁷ De esta forma, en palabras del autor, “solo una reducción teleológica impide el veredicto de inconstitucionalidad” pues “[d]e lo contrario, la disposición solo sería funcionalmente una facilitación ilimitada de pruebas” en tanto que “permitiría prescindir de la difícil prueba —sobre todo en eventos con muchos participantes— sobre la producción de un contacto individual entre el orador y el posterior ejecutor (...) precisamente lo que exige el § 26 StGB.”¹⁵⁷⁸ Estas ideas llevan al autor citado a interpretar el § 111 StGB como una genuina forma de participación delictiva y no como un “precepto híbrido” en la línea de indicado *supra* a través de las ideas suscitada por DREHER.¹⁵⁷⁹ Por lo tanto, PAEFFGEN entiende que “la provocación debe condensarse en una incitación 'capacitada' para motivar a los autores potenciales a cometer (determinados) actos ilícitos” por lo que, en consecuencia, “no basta con afirmar que un acto delictivo es justificable, necesario o inevitable; tampoco son suficientes las indicaciones, recomendaciones o similares en las que —más allá de la sugerencia o incluso de la apología de actos delictivos— estos

¹⁵⁷⁵ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 591 ss.; EL MISMO, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 1 ss.

¹⁵⁷⁶ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 591 s.; ; EL MISMO, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nm. 3.

¹⁵⁷⁷ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 591 s.; ; EL MISMO, «§ 111 StGB», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms 4, 11 ss.

¹⁵⁷⁸ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, p. 601.

¹⁵⁷⁹ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 613 s.

no se presentan como de pronta comisión”.¹⁵⁸⁰ Todos estos indicadores deben proyectar una imagen de la provocación que resulte ya insoportable y parezca “gravemente despreciable desde el punto de vista de un observador (normativo).”¹⁵⁸¹

5. El criterio de este autor no supone un bálsamo que permita superar las dificultades que nos encontramos. El propio PAEFFGEN reconoce la dificultad existente a la hora de extraer un criterio universal de merecimiento penal pues, ciertamente, “el significado de las palabras no está fijado objetivamente como los pesos atómicos, sino que depende —sobre todo en el caso de la palabra hablada— de la situación lingüística, del hablante, pero también de horizonte lingüístico de comprensión del oyente.”¹⁵⁸² En todo caso, su línea restrictiva, que ha servido para identificar aquella motivación masiva penalmente relevante, también puede servir para señalar aquella motivación masiva estructuralmente subsumible en el sistema de la intervención delictiva. La idea es muy básica: no toda forma de motivación dirigida a una masa puede constituir una forma de intervenir en el hecho. Y ello, aunque esta pueda señalarse, dados los estándares indicados *supra*, como una forma de configurar una imagen especular de la norma de conducta y, por lo tanto, merecedora de desaprobación penal en términos generales. En otras palabras, solo determinadas motivaciones masivas penalmente relevantes (subsumibles en la provocación) pueden constituir formas estructurales de intervenir en el delito (subsumibles, por lo tanto, en la cláusula final del art. 18 CP). Para identificar el punto de traspaso entre un lado y otro, permítase que recupere la tesis central sobre la intervención motivacional. Así pues, como señalaba en el caso de la motivación interpersonal, aquello que permite convertir estructuralmente a un agente motivador en interviniente del hecho es la atribución a este último de un “estatus deóntico”: gracias al mensaje del agente corruptor, el suceso delictivo es un curso de acción debido o permitido. ¿Puede un agente motivador en contextos masivos atribuir este mismo estatus al hecho delictivo objeto de su exhortación? En principio, ello puede resultar imposible: aunque la existencia de un “contexto amplificador” puede disminuir el nivel de exigencia de los requisitos para poder componer una “imagen especular” de la norma de conducta con la que poder perturbar el mensaje jurídico, difícilmente puede aceptarse que con dicha herramienta comunicativa pueda atribuirse al hecho el carácter de “obligado” o “permitido”.

6. Sin embargo, considero que esto sí será posible en determinados casos, básicamente, aquellos que presentan las características de un “contexto opositor” al Derecho. Entiendo por “contexto opositor” aquella situación en la que el grupo al que se dirige el mensaje presenta una cultura colectiva de incumplimiento. En esta coyuntura, la masa de personas presenta una tendencia contrastada a la comisión delictiva, pues el contexto normativamente degradado que la rodea ha llegado hasta tal punto que la realización de ilícitos se ha convertido en algo constante o habitual. Piénsese, al respecto,

¹⁵⁸⁰ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 607.

¹⁵⁸¹ PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 608.

¹⁵⁸² PAEFFGEN, *FS-Hanack*, 1999, pp. 608.

en un grupo violento seguidor de una determinada consigna política que lleva perpetrando delitos vinculados a su ideología durante un tiempo, en el de un grupo de *hooligans* de un equipo de fútbol que agrede sistemáticamente a los aficionados del equipo rival o en los integrantes fanáticos de una determinada religión cuyos miembros ya han sido protagonistas de una serie de atentados terroristas. Lo importante es identificar en el grupo-masa destinatario del mensaje contra-normativo algún tipo de antecedente que permita afirmar que este está inmerso en un “contexto opositor”, esto es, en los más altos niveles de degradación normativa. Solo de esta manera puede entenderse que el delito objeto de la exhortación sea interpretado por el grupo como una conducta “permitida” o “debida” atendiendo a la dinámica de la propia masa. En esta coyuntura, el agente motivador presenta una preminencia en este “grupo opositor” al Derecho de tal manera que puede dirigirse a la masa y asentar el futurible hecho delictivo en un “estatus deóntico”, estableciendo su obligatoriedad o permisividad. Con su mensaje, la persona de detrás no solo perturba la comunicación jurídica del Derecho, sino que asigna al hecho antijurídico el estatus de “obligado” o “permitido”, pudiendo bastar al efecto una consigna genérica de la que pueda desprenderse el ilícito objeto de la provocación. En este sentido, mientras que el “contexto amplificador” incrementa la intensidad del mensaje (permitiendo señalar como “imágenes especulares” del mensaje normativo conductas que, en otras circunstancias, no lo serían); el “contexto opositor” permite que el mensaje pueda establecer el “estatus deóntico” del posterior hecho delictivo. Por lo tanto, esta clase de contexto constituye la válvula de entrada al acontecimiento antijurídico del agente motivador en situaciones no interpersonales.

CAPÍTULO VI

LA ESTRUCTURA DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL (I): NORMA DE CONDUCTA

I. INTRODUCCIÓN

Para poder castigar a un sujeto como interviniente motivador es necesario, *en primer lugar*, que su conducta tenga el sentido objetivo de coordinarse con un tercero a los efectos de *motivar un hecho delictivo a través de razones contra-normativas*. Consiguientemente, toda persona debe evitar que de su ámbito de organización surjan mensajes comunicativos cuyo estatus deóntico referido al injusto futuro permitieran atribuir al hecho delictivo la cualidad de curso de acción debido o indebido. A estos efectos, la idea del “resultado psíquico”, sea cual sea, en ningún caso puede tomarse como punto de referencia. En el ámbito de la intervención, no se trata de averiguar si concurre una u otra concreta forma de participación. En su contra, el objetivo pasa por advertir si el comportamiento motivador del agente puede señalarse como *antinormativo* con respecto al hecho a realizar por el sujeto motivado. En coherencia con el sistema de autoría y participación aquí defendido, la antinormatividad del actuar de la persona de detrás solo puede extraerse, entonces, de la concreción de la *norma de conducta* conculcada, en tanto que infracción de un deber personal. El objeto de este último lo constituye la emisión de un mensaje comunicativo capacitado para desarrollar la motivación del acontecimiento antijurídico, entendida como la *necesidad o permisividad* de que dicho suceso sea realizado. Esto se efectuará cuando se emitan razones contra-normativas, esto es, opuestas a las expelidas por la norma de comportamiento a los efectos de socavar su fuerza motivadora. En las siguientes páginas, voy a detallar este proceso de desaprobación *ex ante*. A este respecto, la conducta antinormativa de esta clase de intervinientes y su conexión con el hecho delictivo debe tener en consideración los siguientes aspectos. En primer lugar, es necesario concretar quién debe ser el destinatario de la contra-norma emitida por la persona de detrás (ap. II). En segundo lugar, debe precisarse cómo debe componerse el hecho delictivo que sirva de referencia al mensaje contra-normativo (ap. III). Finalmente, haré referencia a los medios con los que el agente motivador puede, no solo perturbar la comunicación del Derecho, sino también adherirle al hecho delictivo un determinado estatus deóntico: las razones contra-normativas (ap. IV). En este último apartado, también presentaré sucintamente la posibilidad de articular una intervención motivacional omisiva.

II. EL DESTINATARIO DE LA MOTIVACIÓN

1. El grado de individualización

1. La dogmática de la inducción considera que es necesario que el influjo psíquico se dirija a un círculo de personas determinables.¹⁵⁸³ De lo contrario, la desaprobación de un influjo motivador debería establecerse conforme a los parámetros que informan la provocación delictiva *ex art.* 18.1 CP y § 111 StGB.¹⁵⁸⁴ Son dos los argumentos principales aducidos a este respecto. En primer lugar, en el caso alemán, una interpretación restrictiva del verbo “determinar” con base en las teorías del contacto comunicativo o espiritual. Como indicaba en el capítulo III, según esta construcción, es necesario que el inductor establezca una relación comunicativa directa con el inducido, por lo que es necesario que aquel pueda individualizarlo *ex ante*. En consecuencia, se exige “una relación personal intensa entre instigador y receptor.”¹⁵⁸⁵ En el caso español, esta conclusión se alcanza con base en la existencia del adverbio “directamente”.¹⁵⁸⁶ En segundo lugar, porque se entiende que, cuando un influjo psíquico se dirige a una masa de sujetos indeterminados, se produce un efecto de “pérdida de control” en lo que respecta a una futurible disuasión.¹⁵⁸⁷ De esta manera, no se podrían validar los requisitos de esta forma de participación allí donde fuera imposible “una influencia específica en el individuo.”¹⁵⁸⁸

2. Estas ideas deben trasladarse al ámbito de la intervención motivacional con ciertas salvedades. En este sentido, ante una masa indeterminada de destinatarios, lo normal será que la persona de detrás no aporte “razones contra-normativas” sino que efectúe un “discurso o arenga contra-normativa”. Este último solo adquirirá relevancia penal cuando se haya formulado en un “contexto amplificador” que lo dote de la intensidad suficiente como para perturbar de manera grave al Derecho. Con ello obtendremos una conducta que podrá subsumirse de manera idónea en la provocación *ex art.* 18 CP. Sin embargo, su conversión estructural como forma de intervención solo sucederá allí donde el “mensaje contra-normativo” se haya efectuado, además de en un “contexto amplificador”, en un “contexto opositor”. Como indicaba al cierre del anterior capítulo, solo en estos casos las “armas más endebles” de las que dispone un agente motivador en situaciones de comunicaciones masivas pueden atribuir al hecho delictivo un “estatus deóntico”. Sin perjuicio de todo lo anterior, esto no significa

¹⁵⁸³ ROGALL, *GA*, 1979, p. 12, exigiendo que el inductor pueda “identificar al autor o autores principales (...) sin mayores dificultades; SAMSON, *JZ*, 1969, p. 260, exigiendo que el inductor pueda concretar el individuo en sus rasgos personales; BLOY, *Die Beiteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 324; ESER, «§ 111», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 4; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 415; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1094.

¹⁵⁸⁴ KASISKE, *GA*, 2016, p. 757 s.; EBERT, *AT*, 3ª ed., 2001, p. 211; KINDHÄUSER, *AT*, 4ª ed., 2009, p. 349; BLOY, *Die Beiteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 324; ESER, «§ 111», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 4.

¹⁵⁸⁵ REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 167.

¹⁵⁸⁶ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 117 s.

¹⁵⁸⁷ Parecido, DREHER, *FS-Gallas*, 1973, p. 312; más en detalle, ROGALL, *GA*, 1979, pp. 11 s.

¹⁵⁸⁸ SCHUMACHER, «Gruppen dynamik und Straftat», *NJW*, (35), 1980, p. 1880.

que en aquellos casos en los que la persona de detrás no pueda interpelar personalmente a la persona de delante no se puedan emitir razones contra-normativas. De esta forma, se puede plantear perfectamente un caso en el que esta clase de razones son distribuidas ante una masa de agentes *ex ante* indeterminables y, pese a eso, “alcanzan” a un destinatario individual. Por ejemplo:

Caso: *A* es absuelto en el procedimiento penal en el que se le acusaba de la violación y muerte de *B* por falta de pruebas que lo vinculasen con el hecho. *C*, el progenitor de *B* y en una situación de incapacidad física, totalmente dolido por el desenlace y convencido de que *A* es el asesino de su hija, emite un video por la plataforma *youtube* pidiendo que alguien comprometido con una sociedad libre de malas personas mate a *A*, anunciando al efecto una remuneración de 10.000 euros en metálico para quien cumpla con la petición. *D*, después de visualizar el video, mata a *A*.

3. Con esto dicho, la importancia del grado de individualización para la estructuración de una intervención motivacional puede resumirse con los siguientes puntos. En caso de que no exista posibilidad de individualización, se tratará de una situación de “motivación masiva”. En estos supuestos, solo existirá intervención de validarse los requisitos relativos al “contexto amplificador” y al “contexto opositor”. En caso de que exista la posibilidad de individualizar al destinatario, la situación deberá calificarse como “motivación interpersonal”. A los efectos de validar una intervención motivacional en estos casos, será necesario que el sujeto aporte a la persona de delante razones contra-normativas. Sin embargo, esta última posibilidad (motivar a través de la entrega de razones contra-normativas) será posible incluso en supuestos de indeterminación cuando, pese a la imposibilidad de individualizar *ex ante* al destinatario, la persona de detrás pueda alcanzar a una persona individual mediante el anuncio de una reacción positiva o negativa o mediante una razón contra-expresiva.

2. La cualidad de la persona de delante

2.1. La capacidad de culpabilidad

1. En la medida en que el interviniente motivador co-configura el acontecimiento antijurídico a través de la perturbación de la relación comunicativa existente entre una norma de conducta y su destinatario, es necesario que este último tenga capacidad de culpabilidad. En otras palabras, se requiere que este sea un sujeto motivable tanto por parte de la norma primaria, como por el mensaje contra-normativo del agente corruptor: quien no entiende el mensaje de la norma de

comportamiento, tampoco puede entender el mensaje de la contra-norma.¹⁵⁸⁹ Así pues, en este punto, acepto plenamente una exigencia defendida por GÓMEZ RIVERO en el ámbito de la inducción.¹⁵⁹⁰

2. Sea como fuere, este requisito no es incompatible con defender una accesoriadad vinculada únicamente a la parte objetiva del hecho y, consiguientemente, no prejuzga la asunción de una accesoriadad máxima. En este sentido, decía que toda forma de coordinación debe entenderse en términos estrictamente objetivos, de tal manera que las cuestiones subjetivas (culpabilidad, dolo, imprudencia) conciernen en exclusiva a cada interviniente. Esto no es óbice para que, en el caso de la intervención motivacional, se pueda exigir esta capacidad de motivación como requisito para poder afirmar la existencia de una verdadera perturbación comunicativa. Esta clase de intervención, en tanto que “especie” con características genuinas, requiere de unas especificidades que en los casos de conductas favorecedoras o materiales no son necesarias. Un sujeto puede coordinarse con una persona irresponsable entregándole una herramienta adecuada para realizar el delito, pero no es posible afirmar este extremo con respecto a la motivación al delito. En este sentido, las razones dirigidas a un sujeto incapacitado de motivarse conforme a la norma deben analizarse de acuerdo con los parámetros de la realización mediata del tipo. Esta incapacidad debe valorarse en el momento de realizar el mensaje contra-normativo, por lo que si esta aparece con posterioridad (p.ej., al ejecutar el delito) y puede seguir afirmándose la existencia de una relación funcional entre la previa motivación y el comportamiento delictivo, el supuesto deberá calificarse como de intervención motivacional. Ello podría ocurrir en un caso de *actio libera in causa*, tal y como se expresa en el siguiente ejemplo:

Caso: *A* amenaza a *B* para que realice el delito *x*. Antes de cometerlo, *B* ingiere una sustancia estupefaciente que produce que, en el momento de realizar el delito, carezca de culpabilidad.

En todo caso, por incapacidad de motivación debe entenderse aquella situación en la que el sujeto no es capaz de entender o actuar conforme al mensaje de la norma y, por ende, de la contra-norma. Así pues, quien actúa bajo un error (de tipo o de prohibición) invencible, bajo una causa de inimputabilidad o bajo una situación de estado de necesidad exculpante, no actúa de manera responsable.

Contra este entendimiento generalizado se han alzado las voces de KÖHLER y NOLTENIUS.¹⁵⁹¹ Para estos tres autores, solo cuando el sujeto se comporta representándose erróneamente la realidad fáctica es cuando puede decirse que este ha actuado de manera plenamente irresponsable. Consiguientemente, en aquellos supuestos de “aparente dominio” proyectado sobre una persona que no incurriera en esta clase de error, se debería apreciar la estructura de la inducción. La tesis de estos autores debe criticarse

¹⁵⁸⁹ En el mismo sentido, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 563, indicando que, para validar la determinación de otro, dicho sujeto debe aparecer como un sujeto todavía motivable.

¹⁵⁹⁰ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 96 ss.

¹⁵⁹¹ KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 514 s.; NOLTENIUS, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft*, 2003, pp. 179 ss., 258 ss.

por dos cuestiones principales. En primer lugar, porque entremezclan los conceptos de “autonomía”, “autoría” y “realización del tipo de propia mano”, de tal manera que, en su opinión, aquella persona que realiza autónomamente el tipo de propia mano es autor. En consecuencia, toda contribución circunstancial a esta debe considerarse una forma de participación accesoria en un hecho ajeno. Por lo explicado más arriba, es evidente que no puedo compartir esta idea. Ciertamente, que el ejecutor presente una plena autonomía no constituye un impedimento para imputar a la de detrás un título de autoría. Esta última operación se produce de conformidad a un análisis individualizado de cada uno de los injustos que han definido el común delictivo desde la perspectiva de la norma de sanción. De nuevo, un sujeto que ha realizado el tipo de propia mano y de manera plenamente responsable puede presentar un contenido de injusto menor, al haber “hecho menos” que una persona que ha realizado el tipo por mano ajena. Consiguientemente, que el hombre de delante sea autónomo o autorresponsable no significa que toda “contribución anterior” a su acto de ejecución deba considerarse participación. En segundo lugar, el propio concepto de autonomía que emplean estos autores no resulta del todo satisfactorio. Principalmente, porque con este se contradice al Derecho positivo. En este sentido, todas las circunstancias que estos autores consideran que no anulan la autonomía del sujeto (p.ej., un error de prohibición invencible o una causa de inimputabilidad) constituyen, sin embargo, aspectos que permiten la exclusión de su responsabilidad. Así pues, resultaría paradójico concluir que un sujeto se ha comportado de manera autónoma pese a que sus circunstancias personales llevan a considerarlo irresponsable. La alegación —principalmente de KÖHLER—¹⁵⁹² sobre la existencia de una libertad general que permite al sujeto reflexionar sobre lo ilícito no es suficiente si se acepta que, en el caso concreto, esta persona ha estado privada de esta misma libertad.¹⁵⁹³

2.2 ¿Autor, ejecutor o interviniente?

1. Si el objeto del proceso de motivación de la persona de detrás es el hecho delictivo y no el actuar de individuo *in concreto*, es preciso reformular la idea por la cual se entiende que el influjo psíquico del inductor debe dirigirse únicamente al futurible autor del delito.¹⁵⁹⁴ Ciertamente, si se parte de la estructura de la participación psíquica con base en el entendimiento clásico del principio de accesoriadad, esta forma de intervención debe caracterizarse de modo contingente al comportamiento del autor:¹⁵⁹⁵ el partícipe favorece externa (complicidad física) o internamente (inducción o complicidad psíquica) a este sujeto y a su acontecer. Por lo tanto, el inducir

¹⁵⁹² KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 509 ss.

¹⁵⁹³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, p. 641.

¹⁵⁹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, 2006, pp. 293 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 118 ss.; quienes invalidan por ello la posibilidad de una “inducción en cadena”. Lo relativiza, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, 1984, p. 532, quien, pese a exigir que el inductor debe proyectar su influjo sobre la figura del autor principal, considera que en caso que exista una tercera persona entre la comunicación y su destinatario, podría plantearse la posibilidad de una “inducción mediata”. En Alemania, aunque se exige que el influjo se dirija al autor del delito, sí se admite la inducción en cadena como forma de “inducción al hecho principal” (por todos, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 272).

¹⁵⁹⁵ O del partícipe. Al respecto, MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 415 s., indicando que, en estos casos, nos encontramos ante supuestos de inducción a un tipo de participación (inducción o cooperación); HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 1 ss. En contra, quienes sostienen que no es viable considerar una “participación en un tipo de participación”.

“directamente a otro u otros a ejecutarlo” del art. 28.a) CP debería interpretarse de tal manera que por “ejecutor” se entendiera “autor”.¹⁵⁹⁶ Sin embargo, desde el modelo aquí defendido, esta idea debe reconfigurarse. Así pues, en el anterior capítulo indicaba que a un agente motivador solo se le puede imputar el hecho en calidad de interviniente cuando establece su *estatus deóntico*. Esto no suscita problemas en los casos en los que el destinatario de la comunicación realiza unilateralmente el encargo delictivo (*A motiva a B a cometer el delito x, B realiza x*). Pero las cosas se complican cuando este destinatario no es más que unos de los múltiples codelincuentes que han co-configurado el suceso. Como primer apunte al respecto, debe incidirse en la idea de que las normas primarias desprendidas de la Parte Especial se dirigen a cualquier sujeto que pudiera contribuir típicamente en la construcción del acontecimiento antijurídico. Sobre esta premisa, la injerencia comunicativa en la relación norma-destinatario puede producirse también cuando este comportamiento típico merece, en un segundo nivel de análisis, un título de intervención distinto a la autoría. No obstante, esto no quiere decir que un interviniente pueda motivar a *cualquier* tipo de codelincuente.

2. Al respecto de este último punto, cabe destacar que la agregación de un *estatus deóntico* al hecho delictivo implica que este *puede* o *debe* hacerse porque el agente corruptor ha erosionado la fuerza motivadora de la norma de conducta, contrarrestando las razones existentes para comportarse lícitamente. Esta idea es la que permite conectar la motivación penalmente relevante con el marco de la intervención delictiva y, en consecuencia, con el acontecimiento antijurídico. Por lo tanto, la lesión o puesta en peligro del interés jurídico tiene que constituir un evento debido o permitido. Para poder afirmar este último extremo, la motivación solo puede tener por objeto aquellas contribuciones que permitan asegurar la viabilidad del hecho delictivo. Ciertamente, únicamente determinadas aportaciones constituyen *aspectos motores* del suceso antijurídico, de tal manera que de ellas depende el éxito de este último. Consiguientemente, solo pueden ser objeto de una motivación penalmente relevante en forma de intervención las *contribuciones motoras*, esto es, aquellas a través de las cuales el agente corruptor puede incorporar un estatus deóntico al hecho, de tal manera que pueda afirmarse que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico constituye un curso permitido o debido.

3. Esta conclusión despierta, no obstante, un nuevo interrogante, a saber, las características que debe presentar una contribución personal en el hecho para constituir una *contribución motora* en tanto que aspecto del que depende la viabilidad del acontecimiento. En mi opinión, el elemento central para caracterizar a un destinatario adecuado es el *peso de su contribución en el suceso delictivo*. Así pues, solo aquellas personas que ejercen un papel esencial e insustituible en el hecho son los que sustentan su viabilidad y, por lo tanto, son los únicos por medio de los cuales puede agregarse un estatus deóntico al acontecimiento. A este respecto, la concreción de este criterio debe discurrir irremediabilmente a través de los criterios señalados por la doctrina para identificar, por un lado, a los *autores*, y para

¹⁵⁹⁶ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 129.

distinguir, por el otro, la cooperación necesaria de la complicidad. Ciertamente, desde la perspectiva del modelo de intervención defendido en este trabajo, debe entenderse que estas pautas asignan una importancia cuantitativa a la contribución del sujeto en el hecho. Y, de lo que se trata, justamente, es de identificar a aquellos sujetos cuya contribución es capital para la correcta definición del acontecer. Sobre esta premisa, no es lugar aquí para efectuar una relación pormenorizada de la discusión que ha generado estos dos extremos. En todo caso, lo importante es que la valoración se efectúe desde una perspectiva *ex ante*, en el momento de la comunicación corruptora.¹⁵⁹⁷ Así pues, la pregunta que debe plantearse es si la proposición delictiva sustentada en razones contra-normativas tiene por objeto una *contribución objetivamente destinada a impulsar el proceso delictivo hacia la consumación del hecho típico*.¹⁵⁹⁸

4. Para un mejor análisis, considero que la concreción de este criterio debe separarse según el momento en el que se haya realizado la aportación: o bien en *fase ejecutiva*, o bien en *fase previa*. En la primera, entiendo que constituyen *contribuciones motoras* todos aquellos comportamientos de los que dependa la correcta ejecución del delito atendiendo a las circunstancias del caso. Por lo tanto, las conductas contingentes al núcleo definidor del suceder delictivo no pueden constituir la válvula de entrada al hecho de una intervención motivacional. En la segunda, constituyen *contribuciones motoras*, por un lado, aquellos comportamientos favorecedores que, de nuevo, sean insustituibles para el correcto desenlace del acontecer típico. Por el otro, también aquellas conductas motivadoras que tengan por objeto otras *contribuciones motoras*. Todas ellas impulsan la viabilidad futura del hecho delictivo a ejecutar, por lo que constituyen fragmentos del acontecimiento a través de los cuales el agente motivador puede atribuir al suceder antijurídico un determinado estatus deóntico. Por ejemplo:

Caso 1: *A* amenaza a *B* para que contrate al sicario *C* para que mate a *D*.

Caso 2: *A* tiene conocimiento de que *B* se dispone a matar a *C* con un cuchillo. Preocupado por la poca viabilidad del plan, *A* le dice a *D*, quien le debe mucho dinero, que le condonará una parte de la deuda en caso de que le entregue a *B* una pistola, aumentando con ello las probabilidades de éxito del suceso. *D* le entrega el arma a *B*, quien la utiliza para matar a *C*.

Caso 3: *A* amenaza a *B* para que le entregue a *C* el número de la caja fuerte que se dispone a robar.

¹⁵⁹⁷ BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria*, 2004, pp. 96 ss.

¹⁵⁹⁸ Si, desde una perspectiva *ex post*, se demuestra que el sujeto no ha realizado un aporte o una contribución motora por las razones que fueran, se deberá negar la imputación del hecho y la conducta del interviniente motivador solo podrá subsumirse en la proposición, de ser el caso.

5. La doctrina mayoritaria, en el marco de la instigación, trata estos casos bajo las etiquetas de la *inducción en cadena*¹⁵⁹⁹ y la *inducción a la complicidad*.¹⁶⁰⁰ Por el contrario, debe entenderse que estamos ante dos casos de intervención motivacional en sendos delitos de homicidio y uno de robo: la intervención no puede estructurarse con respecto a un “tipo de participación”, sino en relación con un hecho delictivo determinado. En los tres supuestos, *A* se ha interferido en la conexión entre la norma de conducta y su destinatario, suplantado su fuerza rectora con el ofrecimiento de una razón contra-aflictiva (la promesa de pago, la condonación de la deuda y la amenaza, respectivamente). En un momento posterior, la persona de delante ha realizado su *contribución motora* con base en la razón previamente entregada.¹⁶⁰¹ Estas conductas merecerán un título de intervención diferente a la autoría (inducción en el primer caso, cooperación necesaria en el segundo y en el tercero). En todos los ejemplos, *A* ha erigido la necesidad de que exista el hecho delictivo, pues se ha coordinado con el comportamiento autorresponsable de un tercero en aras de construir una parcela del acontecimiento. Así pues, la necesidad del hecho también puede establecerse en relación con solo una de sus fragmentos estructurales (siempre y cuando pueda calificarse de “motor” del acontecer), no únicamente motivando su ejecución.

6. A este respecto, los argumentos esgrimidos por la doctrina mayoritaria española para oponerse a una eventual “inducción en cadena” (caso...) deben relativizarse. En este sentido, suele indicarse que los términos “directamente” y “hecho” consignados en el art. 28 CP vetarían la posibilidad de conceptualizar una “instigación a la instigación”, puesto que el influjo psíquico debería emitirse de manera inmediata sobre la figura del ejecutor/autor de un delito de la Parte Especial.¹⁶⁰² Sin embargo, la existencia de impedimentos semánticos para imputar la calificación de *inductor* a aquella persona que motiva de manera jurídico-penalmente relevante a una persona para que motive a otra no son óbice para invalidar la intervención delictiva, pues esta es estructuralmente previa a la valoración de su magnitud de injusto. Obsérvese el siguiente ejemplo:

Caso: “El director de Instituciones Penitenciarias [*A*] ordena al director de un centro que, a su vez, ordene a los funcionarios que no realicen actos determinados de impedimento de lesiones.”¹⁶⁰³

En efecto, en un primer nivel del análisis, la conducta de *A* puede reputarse penalmente relevante en tanto que forma de intervención en un hecho delictivo. Ello, al haber motivado, a través del

¹⁵⁹⁹ KRELL, «Die Kettenanstiftung», *Jura*, 2011, pp. 499; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 272 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739; MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, pp. 415 s.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 118 ss.

¹⁶⁰⁰ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 273.

¹⁶⁰¹ Esta última consideración pertenece al ámbito de la desaprobación *ex post* de la intervención motivacional, que desarrollaré *infra* Capítulo VII, ap. II.

¹⁶⁰² MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 416; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 118 ss.

¹⁶⁰³ Caso expuesto por SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, 1989, p. 394, n. 123. Este caso también implica el problema relativo al tratamiento que merece que la motivación tenga por objeto un hecho típico que se realiza a través de una omisión.

ofrecimiento de una razón cualificada (una orden en el contexto de una estructura jerárquica),¹⁶⁰⁴ una contribución pre-ejecutiva de tipo motivador en el acontecimiento de injusto (la subsiguiente orden específica a los funcionarios). Considero que esta constituye una *contribución motora*, pues de ella depende el correcto discurrir del hecho delictivo. Por lo tanto, en lo que respecta a las eventuales lesiones sufridas por el recluso, ambos sujetos (*A* y el director del centro) han intervenido a través de la entrega de razones contra-normativas. Solo con posterioridad, de considerarse insalvable el obstáculo derivado de la utilización del adverbio “directamente”, el aporte de *A* se podría calificar de manera distinta a través del título de la *cooperación necesaria*.¹⁶⁰⁵ La magnitud relativa de su injusto, identificada en el *quantum* de pena, sería equivalente en caso de que se imputara la calificación de *inducción*. Otra cosa es que, atendiendo a la importancia del aporte sobre la base de la posición jerárquica de su emisor, se imputara un título de *autoría*, algo que, con base en la estructura defendida en este trabajo, sería plenamente posible.

7. Con ello se remarca que el núcleo de la desaprobación de la motivación delictiva no se encuentra en el título que atribuir al comportamiento, sino en la posibilidad de visualizarlo como la asignación de un estatus deóntico al hecho delictivo mediante la suplantación de la fuerza rectora de la norma. De esta manera, lo relevante a la hora de imputar el título de intervención es analizar la magnitud que presenta un contenido de injusto previamente determinado. En realidad, las opciones de la *inducción*, la *autoría* y la *cooperación* (necesaria o no) podrían reestructurarse en *dos polos* que dibujaran una línea gradual desde la pena más baja a imponer hasta la más alta. Sea como fuere, si, por exigencias del principio de legalidad, el injusto del interviniente motivador debe acabar calificándose de alguna de las maneras consignadas por el Derecho positivo, la *cooperación* puede superar, en estos casos, los inconvenientes desprendidos de la expresión “directamente”. Pero, de nuevo, el eje de rotación de este proceso de calificación no pasa por una cuestión meramente *nominal* o *terminológica*,¹⁶⁰⁶ sino por captar la magnitud cuantitativa de un comportamiento previamente desaprobado. Por lo tanto, lo importante, en este segundo nivel de análisis, consiste en determinar si la mayor lejanía entre el acto motivador y el plano ejecutivo del hecho inherente a estos casos repercute o no en la pena *in concreto* a imponer.

¹⁶⁰⁴ Sobre esto, en este mismo capítulo, véase *infra* ap.

¹⁶⁰⁵ Parecido, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995; pp. 125 ss.

¹⁶⁰⁶ Esto es lo que parece desprenderse de la doctrina que, si bien invalida la aplicación del “tipo de inducción”, no tiene impedimentos en calificar estos casos como de “cooperación necesaria”. Teniendo en cuenta su equiparación penológica con la autoría, esta sustitución parece responder a cuestiones más bien “terminológicas” que sustantivas, esto es, relacionadas con la magnitud que imputar al injusto del partícipe.

2.3 Motivar a través de una persona interpuesta

Los casos en los que el acto motivador del interviniente es canalizado por una “persona interpuesta” deben tratarse a parte. Repárese, al respecto, en el siguiente supuesto de hecho:

Caso: *A* le dice a *B* que le diga a *C* que, en caso de no realizar un robo en la tienda de su enemigo *D*, le denunciará a la policía por un ilícito jurídico-penal que cometió hace unos años y que todavía no ha prescrito.

En este caso, *A* motiva el hecho (= le asigna un estatus deóntico) a través de *C* valiéndose, a efectos meramente comunicativos, del comportamiento de *B*. Por lo tanto, *A* interviene en el suceso delictivo motivando una contribución ejecutiva jurídico-penalmente relevante de *C*, no de *B*. En supuestos como el presentado, nos encontramos ante motivaciones delictivas canalizadas por medio de “actos comunicativos mediatos”. Esta última característica no impide considerar que ha existido una transacción comunicativa entre *A* y *C* en la que el primero le ha dado al segundo una razón prudencial para cometer un delito. El problema, en realidad, reside en cómo valorar el comportamiento de la “persona interpuesta” que simplemente se ha ocupado de trasladar un “mensaje antinormativo” a su destinatario. En mi opinión, pese a la existencia de un favorecimiento fáctico al dar impulso al acto comunicativo, la conducta de *B* debe reputarse como una mera infracción de sus deberes de solidaridad, no como un acto de intervención en el delito eventualmente ejecutado por *C*. Esto, porque el actuar como “mensajero” supone un comportamiento neutral al limitarse a transmitir una comunicación cuyo contenido depende, en todo caso, de su emisor. Otra cosa es que el sujeto compense un déficit o impedimento comunicativo del hablante que, de otra manera, no podría emitir su mensaje. En este último caso, sí podría hablarse de intervención delictiva por la existencia de un favorecimiento típico del acontecimiento, precisamente, al establecer las condiciones contextuales propicias para que el acto motivador pueda realizarse. Por ejemplo, en un caso en el que el tercero, no solo se limita a “transmitir un mensaje”, sino que busca el sujeto idóneo para recibirlo. Por ejemplo:

Caso: *A* quiere matar a *B* y se lo comunica a *C*. Este le indica que le ayudará a dar con un sicario, pues conoce a alguno. *C* se pone en contacto con el asesino a sueldo *D* a quien le indica la petición de *A*. *D* mata a *B*.

Como indicaré más adelante, estos supuestos podrían llegar a valorarse como casos de “co-intervención motivacional”, en la que dos o más sujetos se reparten aspectos de la transacción comunicativa.

2.4. Motivación mediata

1. Es posible que el acto motivador se lleve a cabo de forma mediata. En estos casos, el agente corruptor se vale de un instrumento para efectuar la transacción comunicativa. Pese a la existencia de esta mediatez naturalística, en estos casos y en términos normativos, quien motiva a cometer el delito es la persona de detrás y no el sujeto interpuesto. Por lo tanto, la parte del hecho es realizada de manera unilateral por aquel agente y no en coordinación con el otro. Sin embargo, procede reformular esta aceptación con base en las tesis aquí defendidas. Así pues, el establecimiento de un estatus deóntico al hecho delictivo por medio del ofrecimiento de razones contra-normativas puede realizarse naturalísticamente de manera mediata a través de un “instrumento”, lo que sucederá cuando el comportamiento externo de este sujeto sea reconducible a la esfera de organización de la persona de detrás. Por ejemplo:

Caso: *A* ordena a su secretario que envíe una carta a *B* en la que se detalla el encargo de la comisión de un delito a cambio de una recompensa económica. El secretario desconoce por completo el contenido de esa carta y se limita a enviarla junto con la demás correspondencia de *A*.

Caso: *A* amenaza a *B* con dispararle con una pistola en caso de que, en ese preciso momento, no llame al sicario *C* para solicitarle que mate a *D*.

2. En ambos casos, *A* ha intervenido motivacionalmente en el hecho de forma mediata, valiéndose de *B* a modo de instrumento. No obstante, ello no quiere decir que *A* haya realizado el tipo de inducción en autoría mediata.¹⁶⁰⁷ Ciertamente, el tipo de inducción no “se realiza”, pues constituye una de las múltiples calificaciones que puede merecer un supuesto de intervención motivacional. Lo que ocurre es que la co-configuración de un suceso delictivo, esto es, la coordinación con otro sujeto para construir un hecho delictivo puede llevarse a cabo de forma mediata. Por lo tanto, debe criticarse la opinión de GÖSSEL cuando indica que no puede aceptarse una inducción mediata al no ser autor el inductor.¹⁶⁰⁸ En efecto, lo mediato es el acto personal de co-configuración del acontecimiento, sin perjuicio de la calificación que este pueda merecer en un segundo nivel de análisis.

2.5. “Co-intervención” motivacional

1. Es posible que se den casos en los que el “reparto de tareas” se produzca a la hora de efectuar el propio acto motivador.¹⁶⁰⁹ En estos supuestos, la motivación jurídico-penalmente relevante es llevada a cabo por dos o más personas. Por lo tanto, el mensaje comunicativo contenedor de una razón moral

¹⁶⁰⁷ Así, la doctrina dominante. Por todos, ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 271.

¹⁶⁰⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 432.

¹⁶⁰⁹ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 422 ss.; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 167 ss., 270 s.

o prudencial se configura, no de manera unilateral por parte de un único sujeto, sino a través de la coordinación de varios. Esto puede ocurrir de diversas formas. En primer lugar, cuando dos o más personas dominan la fuerza vinculante de la razón contra-normativa, bien porque de ellos depende la realización de la sanción positiva o negativa anunciada, bien porque ambos pueden atribuir a su mensaje la fuerza contra-expresiva necesaria para contraprogramar el mensaje de la norma de conducta. Por ejemplo:

Caso 1: *A* y *B* se ponen de acuerdo para contratar los servicios del sicario *D* para que mate a su común progenitor. A estos efectos, deciden sufragar una parte proporcional del precio.

Caso 2: *A* y *B*, dirigentes de una organización criminal, acuerdan ordenar a su subordinado *C* que cometa el delito *X*.

2. En segundo lugar, se dará un caso de co-intervención motivacional cuando el reparto se produzca con respecto a las distintas partes de una transacción motivadora de corte contra-normativo. En este sentido, indicaba en el capítulo anterior que esta última puede distinguirse en dos partes diferenciadas. Por un lado, su *contenido motivador* que, en lo que interesa, está formado por una o más razones morales o prudenciales opuestas a las que sostienen la vigencia de la norma primaria. Por el otro, en lo que a su fisonomía externa se refiere, toda transacción motivadora toma la forma de *mensaje comunicativo* en tanto que *acto de habla*. Así pues, puede ocurrir que dos personas acuerden repartirse la consecución de estos dos segmentos de la transacción: de uno dependerá la vinculatoriedad de la razón contra-normativa, mientras que del otro la realización del mensaje comunicativo. Sin embargo, como indicaba *supra*, en estos casos será necesario que la transmisión del mensaje compense algún déficit comunicativo del otro sujeto para equiparar en importancia a ambos comportamientos.

3. Finalmente, puede ocurrir que alguien se aproveche, a los efectos de motivar a alguien, de la existencia de una persona dispuesta a motivar a un tercero a cometer un delito. Por ejemplo:

Caso: *A* tiene conocimiento de que *B* está dispuesto a pagar cualquier precio para que alguien mate a *C* pero le es imposible dar con la persona adecuada. *A*, sin concertarlo con *B*, pone esta información en conocimiento del sicario *D* quien asesina a *C* y recibe la recompensa de un satisfecho *B*, quien desconocía el plan.

En este supuesto, *A* ha aprovechado el plan de *B*, valiéndose de su predisposición a pagar un precio a cambio de la comisión de un homicidio (*razón prudencial*) para motivar a un tercero. En estos casos difícilmente puede afirmarse que se den las características de una “co-intervención” motivacional. En todo caso, sí se puede castigar a *A* como interviniente motivador, pese a que la razón contra-normativa utilizada no dependa de él ni forme parte de su ámbito de organización. De esta forma, quien se aprovecha de la predisposición de ofrecer una razón para el injusto, utiliza un mecanismo adecuado para perturbar la comunicación normativa del Derecho y asignarle al hecho un estatus

deóntico. Sin embargo, *B* debe permanecer impune, pues anunciar que se está predispuesto a pagar un precio si alguien mata a alguien, sin proyectar esta promesa hacia un individuo específico, no supone todavía intervenir en el futuro hecho delictivo.

4. Una vez indicados los posibles supuestos en los que puede producirse un acto motivador de forma coordinada por varias personas, es de remarcar que no es correcto calificarlos con el término de coinducción o de inducción en coautoría, tal y como efectúa la doctrina mayoritaria.¹⁶¹⁰ De nuevo como en la motivación mediata en lo que se refiere al fenómeno de la instrumentalización, la coordinación se produce en estos casos con respecto a la contribución penalmente relevante en el hecho, no con respecto a la “realización” del tipo de inducción. Esta última calificación se extraerá de una ponderación de la magnitud de injusto expresada por ambos sujetos. Ello podrá dar como conclusión que ambos son, o bien inductores, o bien autores dada su importancia en la construcción colectiva del hecho.

III. EL HECHO DELICTIVO OBJETO DE LA MOTIVACIÓN

1. El proceso de extracción del hecho delictivo de referencia

1. La aportación de una *razón para una acción u omisión ilícita* debe tener indefectiblemente como objeto a un injusto. Este último posibilita identificar el hecho delictivo a cuya motivación se dirige la transacción comunicativa. Así pues, el ilícito proyectado por la razón contra-normativa descubre la norma de conducta que tomaremos como soporte para analizar la antinormatividad del interviniente. Por estos motivos, es menester que, con anterioridad a la subsunción de la contribución de la persona de detrás en los márgenes de relevancia jurídico-penal, se identifique el “delito predicado” [*predicate offence*]¹⁶¹¹ por el mensaje comunicativo emitido por el sujeto. Solo a partir de este es posible desligar el correspondiente proceso de concreción de su desaprobación penal, cuyas implicaciones repercuten (i) tanto en la configuración de su conducta prohibida en términos *ex ante*, (ii) como en la de imputación objetiva del “resultado” (hecho delictivo) desde una perspectiva *ex post* en atención al *topos* de los excesos y desvíos de la persona de delante.

2. En el ámbito de la inducción, la doctrina suele analizar este asunto cuando aborda el grado de detalle que debe presentar la propuesta de incitación. Esta discusión se efectúa, de costumbre, al amparo de las cuestiones relativas al tipo subjetivo de esta forma de participación.¹⁶¹² Por el contrario, como defiende HAAS para el caso concreto de la instigación, es preferible discutir este tema como

¹⁶¹⁰ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 270; JESCHECK/WEIGEND, *PG* (trad. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 739; KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 8; HEINE/WEIBER, «§ 26», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 6; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 423.

¹⁶¹¹ JACONELLI, *Criminal Law and Philosophy*, (12-2), 2018, p. 246.

¹⁶¹² JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p.

una cuestión de tipicidad objetiva, puesto que la “determinación” [*Bestimmung*] característica de aquella está dirigida, justamente, a un acto concreto.¹⁶¹³ De igual manera, para el supuesto de la intervención motivacional, solo es posible conformar su marco de relevancia una vez identificada la norma jurídico-penal y el hecho a cuya configuración se dirige el comportamiento de la persona de detrás. En efecto, la construcción de los contornos típicos de un comportamiento de intervención en términos *ex ante* debe efectuarse en correspondencia con un hecho delictivo (futuro) reconocible. No existe algo así como una conducta típica de intervención *sin más*, sino, en todo caso, una que tiene por objeto un hecho antijurídico en específico.¹⁶¹⁴

3. La extracción del injusto de referencia deberá moverse por el ámbito de lo comunicativo. De esta manera, valdrá tanto una mención explícita como implícita, debiendo atender también a los códigos de comunicación que pudieran existir entre emisor y receptor. Por lo tanto, frente a expresiones más porosas como “darle una lección”, “saquearlo” o “darle un susto”, se debe analizar qué tipo de injusto es esperable que se realice dada la relación entre ambos sujetos. En todo caso, la emisión de la razón moral o prudencial debe establecerse en un contexto comunicativo efectivo que permita al receptor del acto de habla reconocer la existencia de esta misma razón y el hecho debido o permitido. Como indica MOLINA FERNÁNDEZ, “sería difícil realizar algún tipo de juicio valorativo sobre una persona que no nos da la hora cuando no ha escuchado nuestra petición, ya que no existe ninguna norma social que determine que debe darse la hora a quien se encuentre cerca de uno, lo haya o no pedido.”¹⁶¹⁵ Ciertamente, para constatar que la persona de delante tiene una razón en virtud del comportamiento de la de detrás que le obliga o le permite realizar un hecho de injusto, es necesario que este reconozca tal estatus deóntico. En caso contrario, el ofrecimiento de la razón en tanto que acto de habla habrá fracasado.¹⁶¹⁶

En principio, nada obsta a que el interviniente pueda fundamentar la motivación de cualquier hecho de injusto: desde un delito de peligro abstracto¹⁶¹⁷ hasta un delito de actividad sin resultado, pasando

¹⁶¹³ HAAS, «§ 26», MATT/RENIKOWSKI-StGB, 2ª ed., 2020, nm. 13. Igualmente, KOCH/WIRTH, *JuS*, (3), 2010, p. 205. La apreciación es igualmente válida para la individualización del destinatario del influjo, otro extremo que la doctrina mayoritaria suele apreciar en el ámbito del tipo subjetivo. Ya antes, HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, p. 569, denunciando “la tendencia de nuestra dogmática a explicar en el tipo subjetivo lo que tendría que resolverse ya en el objetivo.”

¹⁶¹⁴ Como indica, BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 31, toda complicidad e inducción presupone un “objeto”. Para ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 145, un sistema de intervención “no se limita a entender las conductas punibles como meras infracciones de normas aisladas (...). Solo cuando la lesión de una norma se objetiviza como hecho (como suceso social con unidad de sentido) es posible hablar de intervención.”

¹⁶¹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 508: “[q]uien emite una expresión con el ánimo de guiar el comportamiento ajeno no se limite a expresar un deseo, sino que intenta que dicho deseo se haga realidad entre otras cosas en virtud de su emisión, de manera que a la vez está reconociendo que un presupuesto elemental de operatividad del directivo en cuanto tal es que llegue a ser conocido por el destinatario.”

¹⁶¹⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 510: “[c]uando A manda, ordena, ruega, pide, etc. a B que realice X no lo está meramente diciendo que hay razones independientes del hecho de que él esté mandando, rogando, etc., para que realice X, (aunque pueda haberlas) sino que además indica que hay una nueva razón que surge del hecho de estar pidiéndoselo, ordenándoselo, etc.”

¹⁶¹⁷ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 263 s.

por los delitos de acción. Sin embargo, esta primera impresión debe concretarse, principalmente, para los casos de los delitos de omisión. En efecto, algunos autores han considerado imposible conceptualizar una inducción que tenga por objeto un ilícito jurídico-penal omisivo.¹⁶¹⁸ Básicamente, esta idea se ha asumido por entender que estos supuestos deben resolverse de acuerdo a los parámetros que informan las denominadas interrupciones de cursos causales salvadores.¹⁶¹⁹ Sobre este aspecto, la doctrina mayoritaria no ha tenido problemas en concebir una inducción a la omisión.¹⁶²⁰ Lo mismo podría decirse para la intervención motivadora: en principio, sería posible suplantar la fuerza rectora de una norma que impusiera el deber de actuar a su destinatario. Por lo tanto, quien entregara razones calificadas en los términos aquí defendidos a los efectos de socavar la capacidad motivadora de una norma de estas características, intervendría en el hecho eventualmente realizado. Ello se daría con independencia de si este hecho fuera constitutivo de un delito de omisión pura o uno de resultado en comisión por omisión. Sin embargo, Armin KAUFMANN opinó en su momento en contra de esta idea. Para este autor, no se puede plantear una “inducción a la omisión” pues, en un caso así, no nos encontramos ante una “instigación” [*Anstiftung*], sino ante una “disuasión” [*Abstiftung*] del cumplimiento del deber que atañe a la persona de delante.¹⁶²¹ El citado autor alcanza esta conclusión al entender que no es posible “inducir”, en tanto que “creación del dolo del autor”, a esta clase de delitos puesto que el “dolo de omisión” sería inexistente.¹⁶²² De esta manera, en supuestos así, “o se trata de provocar la decisión del hacer prescrito (...); o de impedir mediante influjo psíquico *esta decisión de cumplir el mandato*, sino está tomada, o de eliminarla (en su potencialidad), si ya se ha tomado.”¹⁶²³ En consecuencia, toda forma de “disuasión” de la acción debida constituiría, para Armin KAUFMANN, un caso de “delito comisivo” respecto del que el “disuasor” respondería como autor.¹⁶²⁴

La construcción que plantea Armin KAUFMANN plantea como alternativa conecta el problema de la “inducción a la omisión” (en lo que aquí concierne, motivar a la realización de un acto omisivo como forma de intervención delictiva) con el *topos* de la “interrupción de cursos causales salvadores”. En estos supuestos, un agente detiene un curso (propio o ajeno) dirigido a proteger los bienes jurídicos de otra persona. El ejemplo paradigmático es aquel en el que un sujeto impide que otro lance un flotador para salvar a alguien que se está ahogando o, directamente, inhabilita el instrumento para suprimir cualquier función eventualmente salvadora. Como puede observarse, no solo sería posible interrumpir un curso causal salvador a través de constricciones externas (p.ej., la destrucción del medio

¹⁶¹⁸ A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2005, p. 204; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, p. 305.

¹⁶¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, p.

¹⁶²⁰ Por todos, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, EL MISMO, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 2016, pp. 269 s.; pp. 495 ss.

¹⁶²¹ A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2005, p. 204.

¹⁶²² A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2005, p. 204.

¹⁶²³ A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2005, p. 204.

¹⁶²⁴ A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión* (trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), 2005, p.

salvador) o internas (p.ej., creando una situación de imputabilidad en el agente obligado),¹⁶²⁵ sino también por medio de actos motivadores. Por lo tanto, de modo estrictamente provisional, tiene razón SILVA SÁNCHEZ al incluir lo que la doctrina mayoritaria denomina “inducción a la omisión” en el ámbito problemático de las interrupciones de acciones salvadoras.¹⁶²⁶ Según este autor, “se trata de [aparentes] intervenciones en un hecho omisivo de otra persona que decide personalmente omitir”.¹⁶²⁷ Por lo tanto, deben diferenciarse de aquellos otros supuestos en los que el sujeto que interrumpe el curso causal “impide” al otro cumplir con su deber por medio de su instrumentalización. Consiguientemente, no se podría hablar, en principio, de “intervención delictiva” *strictu sensu* en estos casos, sino de realización directa del tipo penal de homicidio. En tanto que esta interrupción se podría realizar tanto por medios “físicos”, como por medios “morales”, a quien motivara a alguien a cesar o a no iniciar la acción salvadora debida se le debería imputar el eventual resultado a título de autor. Junto con esta estructura, aparecería la posibilidad de castigar, también, por una inducción a la comisión por omisión o a una omisión pura, respectivamente. En tanto que situación de concurso de leyes, para el primer caso (delito comisivo + instigación a la comisión por omisión), se podría apreciar cualquier de ellas dado que “ambas agotan el desvalor del hecho”, pese a que lo normal sería hacer prevalecer el delito comisivo.¹⁶²⁸ Para el segundo supuesto (delito comisivo + inducción a la omisión pura), prevalecería la primera opción al estar capacitada para subsumir toda la desaprobación del suceso en detrimento de la segunda.¹⁶²⁹ Pese a lo sugerente de esta idea, no es menos cierto que pueden existir ciertos inconvenientes en afirmar que alguien, al motivar a una omisión en los términos aquí defendidos, interrumpa un curso causal salvador de la misma manera que interrumpe quien utiliza una restricción física o psíquica (p.ej., a través de un error de tipo). Sea como fuere, dejo planteada esta hipótesis que, como puede comprobarse, merece de una mayor profundización crítica.

2. Propuesta de injusto y programa delictivo

1. Como decía, del mensaje comunicativo de la persona de detrás debe inferirse un injusto penal que permita identificar el suceso delictivo a cuya motivación (= atribución de un estatus deóntico) se encauza dicho sujeto. De esta manera, el injusto objeto de la razón contra-normativa señala la *norma de conducta* que está infringiendo el interviniente. Pero la conculcación de una norma primaria puede dar lugar a una variada tipología de hechos delictivos. Por ejemplo, la entidad deóntica que subyace al art. 138 CP se puede infringir matando tanto a *A*, como a *B*, ahogando a *C* o disparando sobre *D*. Esta salvedad ha generado una idea generalizada en la doctrina por la que se entiende que, para el caso del inductor, la proposición delictiva debe hacer referencia a un hecho determinado.¹⁶³⁰ Este

¹⁶²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, p. 305.

¹⁶²⁶ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, p. 305.

¹⁶²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2003, p. 305.

¹⁶²⁸ SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, 1989, p. 394.

¹⁶²⁹ SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, 1989, p. 394, n. 127.

¹⁶³⁰ STRATENWERTH, *PG* (trads. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), 2005, p. 355; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1094, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 15; INGELFINGER, *Anstiftungsvorsatz und Tatbestimmtheit*,

proceso de “determinación” incluiría, no solo la mención explícita o implícita al verbo típico consignado por la norma (por ejemplo, matar, robar, hurtar), sino también de aquellos elementos que permitieran identificar los *rasgos esenciales* del hecho (p.ej., el objeto o la modalidad del ataque).¹⁶³¹ Solo en caso de producirse esta concreción, al comportamiento del agente se le podría atribuir la peligrosidad necesaria como para considerarlo antinormativo.¹⁶³² Ciertamente, junto con la exigencia de un contacto comunicativo, el requisito de que el influjo psíquico se refiere a un hecho concreto es una de las herramientas que utiliza la doctrina mayoritaria para intentar restringir el ámbito de prohibición emanado de la inducción.

2. En contra de lo que estima parte de la doctrina, considero que la peligrosidad de un acto motivador no nace de la mayor o menor concreción del hecho, sino de que este último sea o no el objeto de una razón contra-normativa. Lo importante es que el interviniente se interfiera en la específica relación entre una norma identificable y un destinatario, suplantado su fuerza rectora. A través de este proceso, la persona de detrás construye la necesidad de que exista un hecho delictivo en tanto que lesión o puesta en peligro de una posición jurídica protegida por un tipo penal. De esta idea se infiere que una proposición que tiene por objeto una infracción generalizada del Derecho, pese a sustentarse en una razón cualificada, no constituye intervención motivacional. Y ello por la imposibilidad de identificar la norma de referencia del proceso de suplantación y, por consiguiente, el acontecimiento delictivo. Por ejemplo:

Caso: *A* le dice a *B* que le pagará 10.000 euros en caso que cometa cualquier comportamiento delictivo. *B* acaba realizando un robo.

Por el contrario, no es necesario concretar el hecho más allá de aquel contenido básico de injusto que permita reconocerlo como un comportamiento delictivo prohibido por una norma jurídico-penal.¹⁶³³ Sobre esta base, es igual de peligroso (otra cosa es la posibilidad de graduar esta peligrosidad) que se prometa dinero para realizar “un homicidio sobre cualquiera” como si se hace para ejecutar “un homicidio sobre una persona determinada”.¹⁶³⁴ Consiguientemente, en todos los siguientes supuestos, puede validarse la desaprobación *ex ante* del interviniente motivador:

1992, pp. 100 s., al concebir la inducción como una participación con “predominio sobre el autor”, requiere que se fijen elementos añadidos a la dimensión de antijuridicidad que permitan captar esta situación de dominio en la decisión.

¹⁶³¹ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 253.

¹⁶³² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 392.

¹⁶³³ Parecido, HERZBERG, *ADPCP*, (48-2), 1995, p. 568, aunque basando esta “peligrosidad” en otra clase de incentivos: “[e]l inductor puede acompañar una propuesta indeterminada de un robo o un hurto con un incentivo sólido, altamente peligroso (la entrega de una pistola); entonces supera el límite del riesgo tolerado, sin que se haga en lo más mínimo representaciones más concretas de cómo sucederá el hecho.” Igualmente, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 538. Parecido, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 720.

¹⁶³⁴ Incluso la indeterminación puede ser, fácticamente, más peligrosa: se elegirá a la víctima más débil y accesible.

Caso 1: *A* le dice a *B* que, o mata a alguien, o revelará a los medios de comunicación unas comprometedoras fotografías en las que aparece con un menor de edad.

Caso 2: *A*, ascendente moral de *B*, le ordena que “se haga con un banco o una gasolinera”.

Caso 3: *A*, ferviente defensor de la pureza racial de los integrantes del país *Y*, que últimamente ha recibido mucha inmigración proveniente del país *Z*, le dice a *B* que le pagará 10.000 euros si mata a cualquier persona del país *Z*.

Caso 4: *A* amenaza a *B* con solicitar a un tribunal que ejecute sobre su bien inmueble una deuda contraída por el valor de 100.000 euros en caso de que no le entregue un ejemplar del incunable *Sinodal de Aguilafuente*, en posesión de un famoso bibliófilo.

3. En los tres ejemplos dispuestos, el injusto de referencia es perfectamente identificable. El interviniente ha asentado la base de contra-normatividad que impulsará a un hecho entendido como lesión o puesta en peligro de un interés jurídico en un futuro. La única diferencia existente es el grado de desarrollo de la concreción de este futurible suceso antijurídico, lo que implica un mayor o menor “margen de libertad” para la persona de delante a los efectos de cumplimentar con la contra-norma. Sobre esta premisa, no es necesario que la persona de detrás detalle aquellos aspectos del suceso que van más allá de su contenido básico de antijuridicidad, así como la víctima en concreto o el objeto del robo.¹⁶³⁵ Con esta referencia esencial se estará en condiciones de construir la antinormatividad de la conducta en coalición con una *norma* individualizable. Sin embargo, pese a que esta última consideración es perfectamente asumible en el ámbito de la desaprobación *ex ante*, puede llevar a equívocos en lo que a la imputación objetiva del resultado se refiere. En este sentido, por lo general, el interviniente motivador sí hará referencia a “elementos contingentes” con respecto al núcleo del contenido de injusto del suceso. Básicamente, detallando el objeto del comportamiento típico o, incluso, la modalidad del ataque, el lugar o el tiempo. Repárese, así pues, en los siguientes ejemplos:

Caso 1: *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que mate a *alguien*.

Caso 2: *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que mate a *C*.

Caso 3: *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que mate a *C* con una pistola.

Caso 4: *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que mate a *C* con una pistola a medianoche mientras duerme en su casa de campo.

4. Como puede comprobarse, una propuesta de injusto puede ir desde la mención más abstracta — que ya cumplimentaría, por sí sola, los requisitos de la desaprobación aquí defendidos— (caso 1), hasta una planificación más detallada que incluya el objeto (caso 2), la modalidad de ataque (caso 3)

¹⁶³⁵ Parecido, KRETSCHMER, «Anforderungen an versuchte Anstiftung», *NStZ*, (8), 1998, p. 402.

o aspectos más accesorios como el lugar o el tiempo (caso 4). Permítase que aglutine a estos “elementos” bajo el término “programa delictivo”, enfatizando con ello que estos suponen facetas eventuales del contenido básico de injusto del hecho. Por lo tanto, un interviniente motivador puede ofrecer razones presentando una simple *propuesta de injusto* (caso 1) o acompañándola con un *programa delictivo* que detalle dicha proposición (casos 2, 3, y 4). Tanto en uno como en otro supuesto, la persona de detrás habrá realizado una conducta prohibida de intervención motivacional desde una perspectiva *ex ante* si sustenta dicha propuesta con base en razones contra-normativas. El problema, como decía, se da en el momento de desaprobación en términos *ex post* este mismo comportamiento. De esta manera, si para superar los umbrales de tolerancia típica de esta clase de intervención es suficiente con ofrecer razones cualificadas que tengan por objeto un ilícito jurídico-penal (*propuesta de injusto*), uno podría pensar que, en caso de que la proposición se acompañara con ulteriores elementos circunstanciales (*programa delictivo*), no sería necesario que la persona de delante los realizara para imputar el hecho típico a la de detrás. Ejemplifico este problema reformulando el caso 4:

Caso: *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que mate a *C* con una pistola mientras duerme. *B* mata a *D*.

5. Si la razón por la que imputamos un hecho a un interviniente motivador es por interferirse en la relación entre una norma y un destinatario, no sería descabellado concluir que el suceso es imputable a *A*. Esto, pese a que no se haya realizado su *programa delictivo*: la norma de conducta que prohíbe el homicidio no ha regido en *B* como consecuencia de la suplantación de su fuerza motivadora efectuada por *A*. Abogar por esta opción supondría reformular por completo todo el entendimiento básico relativo a los excesos y desvíos realizados por la persona de delante. Por lo tanto, permítase que traslade esta problemática al ámbito de discusión oportuno, el nivel de desaprobación *ex post*, donde lo analizaré con más detalle. Sea como fuere, sirva por el momento la idea, ya remarcada con anterioridad, de que a un agente motivador no se le debe castigar solo por erosionar la capacidad de motivación de una norma. Por el contrario, principalmente, por erigir gracias a ello el estatus deóntico de un suceso delictivo. En virtud del principio de accesoriedad y del principio de lesividad del hecho, difícilmente puede sostenerse que pueda imputarse a la persona de detrás un acontecimiento delictivo que no responde al *programa delictivo* emitido por esta, aunque el *injusto* siga siendo el mismo. Justamente, porque la motivación como forma de intervención consiste en dotar al suceso antijurídico que ejecutará la persona de delante de un determinado estatus deóntico. Por lo tanto, si se ha motivado el hecho de “matar a *B*” pero se acaba “matando a *C*”, pese a que el ejecutor lo haya hecho con base en la razón contra-normativa entregada,¹⁶³⁶ no se habrá realizado el mismo suceso que se disponía motivar el interviniente. Faltará por ver, en todo caso, cuáles son aquellos elementos del *programa*

¹⁶³⁶ Por ejemplo, el sujeto engaña al agente motivador, indicando que ha cometido el delito objeto de su propuesta cuando, en realidad, ha cometido otro.

delictivo que la persona de delante debe realizar para “dar cumplimiento” a la contra-norma y, con ello, realizar el acontecimiento delictivo que, precisamente, motivaba la de detrás.

IV. LOS “MEDIOS DE LA MOTIVACIÓN”: LAS RAZONES CONTRA-NORMATIVAS

1. Las razones contra-aflictivas

1.1. Características generales

1. La amenaza de pena constitutiva de la dimensión aflictiva de la norma puede ser revertida por parte del interviniente motivador a través de la configuración de una *razón contra-aflictiva*. Denomino de esta manera toda razón que permite anular subjetivamente el impacto aflictivo producido en el destinatario por parte del mal anunciado en la norma jurídico-penal. Así, la pretensión de erigir una (contra)normatividad paralela a la emanada del Derecho se satisface contrarrestando la fuerza de la amenaza de pena inherente a la norma con el anuncio de una determinada reacción o sanción [*Sanktion*].¹⁶³⁷ Esta última, bien puede tomar una forma *negativa*, o bien puede revestirse de un carácter *positivo*.¹⁶³⁸ Consiguientemente, por medio de este “juego de reacciones”, el interviniente dota a su propuesta de injusto de una dimensión *infra* o *supra-aflictiva*, equilibrando de esta manera la conminación contenida en la norma —expresada *in concreto* en la amenaza de pena— en tanto que anuncio de un dolor condicional.

2. Esta clase de razones son las que mayor proximidad presentan con aquellas tesis que caracterizan a la inducción como una exhortación sancionadora de comportamiento. Efectivamente, a través de las razones contra-aflictivas, la persona de detrás configura una suma de intereses que se contraponen a aquel interés que se infiere del cumplimiento de la norma jurídico-penal (= “no recibir pena”, esto es, el “interés de la impunidad” [*Freistraffinteresse*]).¹⁶³⁹ Todo ello, a través de la devaluación del contramotivo inferido de la norma penal y la revaluación del motivo para realizar el hecho delictivo.¹⁶⁴⁰ Al respecto, cabe remarcar que no es factible efectuar un *numerus clausus* (más allá de otras clasificaciones generales) de todos estos “intereses” con los que el interviniente motivador puede trabajar para configurar la contra-normatividad sustentadora del acontecimiento delictivo. Ciertamente, como indica AMELUNG, “[l]a evaluación de las necesidades e intereses con cuya manipulación trabaja el inductor es de naturaleza subjetiva, ya que el éxito de una incitación no depende del grado de reconocimiento general de una necesidad, sino únicamente de si, para el

¹⁶³⁷ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, p. 122; 1988, AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 167.

¹⁶³⁸ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, p. 123; 1988, AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006.

¹⁶³⁹ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 156.

¹⁶⁴⁰ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 157.

inducido, esta es más importante que su lealtad al Derecho.”¹⁶⁴¹ Sea como fuere, sí creo posible presentar una serie de características generales que relaciono a continuación:

a. La razón prudencial puede tomar la forma de una amenaza o de una promesa de recompensa. Ambos actos de habla se han relacionado históricamente con los de tipo compromisivo, en los que el hablante se compromete a hacer algo ante el destinatario de su comunicación. Sin embargo, dependiendo del contexto, tanto una amenaza como una recompensa pueden adquirir también el carácter de un acto de habla directivo. A los efectos de explicar esta idea, permítase que tome el ejemplo de la amenaza. En atención a las reflexiones de BLANCO SALGUEIRO, este acto de habla se puede dividir en dos clases: las amenazas *condicionales comisivas* y las *condicionales directivo-comisivas*.¹⁶⁴² En las primeras, “la acción futura del hablante está condicionada a la satisfacción de alguna condición, pero el objetivo principal de la promesa o la amenaza no es conseguir que *R* satisfaga la condición, algo que normalmente no está en manos del receptor” (p.ej., “si me nombran jefe de departamento, te haré la vida imposible”).¹⁶⁴³ En cambio, en las amenazas de la segunda clase, vinculadas al lenguaje prescriptivo, “el punto ilocutivo principal es directivo, y el compromiso [del hablante] con una acción futura está condicionada, no solo al cumplimiento de la condición especificada, sino a que el receptor provoque ese cumplimiento” (p.ej., “si no dejas de ver a Julia, te mato”).¹⁶⁴⁴ Ambas categorías son predicables también para el caso de la promesa. Así pues, *A* puede prometer *x* a *B* en caso de que suceda *y* sin que ello presuponga que *A* quiera que *B* satisfaga la condición (promesa *condicional comisiva*).¹⁶⁴⁵ De otro modo, la realización del contenido de una promesa sí puede estar supeditada a que el receptor se comprometa a cumplir con la condición (promesa *condicional directivo-comisiva*). En este último caso, la promesa adquiere un sentido directivo. Solo estas últimas pueden reputarse como razones contra-aflictivas.

b. El comportamiento objeto de la reacción puede consistir en un *hacer* o en un *no-hacer*. En el primer caso, el hablante se compromete a iniciar un curso de acción que favorecerá o perjudicará al receptor de la comunicación en el supuesto de que cometa el delito. Por ejemplo:

Caso: *A*, alto directivo de la empresa *X*, le indica a *B* que, en caso que no se apropie de unos documentos confidenciales de *C*, otro directivo de la compañía, hará todo lo posible para que lo despidan.

En el segundo caso, el hablante se compromete a abstenerse de iniciar un curso de acción que podría perjudicar o beneficiar al receptor. Por ejemplo:

¹⁶⁴¹ AMELUNG, FS-Schroeder, 2006, p. 158.

¹⁶⁴² BLANCO SALGUEIRO, *Pragmatics*, (20-2), 2010, p. 217.

¹⁶⁴³ BLANCO SALGUEIRO, *Pragmatics*, (20-2), 2010, p. 217.

¹⁶⁴⁴ BLANCO SALGUEIRO, *Pragmatics*, (20-2), 2010, p. 218.

¹⁶⁴⁵ Ejemplo: prometer *X* a *B* en caso de que pase *Y*, lo que no está en manos de *B*.

Caso: en el mismo supuesto anterior, *A* indica que, si *B* no hace lo que le pide, se abstendrá de promocionarle para que accede a un puesto superior.

En todo caso, la dimensión naturalística del comportamiento objeto del acto compromisorio no es relevante siempre y cuando su futura realización conlleve una disminución de los bienes o intereses del receptor, un aumento de los mismos o el cese de un curso causal que estaba perjudicándole o beneficiándole.

c. La fuerza contra-normativa de la razón contra-aflictiva solo se consigue si la futura canalización de la reacción anunciada depende del interviniente motivador.¹⁶⁴⁶ Solo así es posible configurar un *alter*-sistema contrapuesto al emanado del ordenamiento jurídico, de la misma manera que la imposición de una pena “depende” de los operadores del Derecho cuyas normas se conculcan.¹⁶⁴⁷ En efecto, la agregación de un estatus deóntico al hecho injusto se consigue gracias a que la persona de delante, receptora de la razón, asume que de la “infracción” de la contra-norma se deriva, o bien la obtención de un perjuicio (*sanción negativa*), o bien la pérdida del beneficio anunciado (*sanción positiva*). Justamente por esto, el comportamiento ilícito objeto de la razón contra-aflictiva se presenta como algo *debido*. Este estatus deóntico está ligado al carácter sancionador inherente a la razón concedida, precisamente, porque existe un sujeto (el interviniente motivador) en condiciones y dispuesto —como mínimo, así es percibido por el ejecutor— a “accionar” el mecanismo de respuesta en caso de cumplimiento o incumplimiento de la contra-norma. Esto último significa que el accionamiento de la reacción positiva o negativa debe partir necesariamente del ámbito de organización de la persona de detrás. Esto permite incluir aquellos supuestos en los que la promesa o amenaza, o bien se efectúa a través de un sujeto instrumentalizado, o bien se comunica mediante una persona interpuesta. También se pueden desaprobador aquellos casos en los que el accionamiento de la reacción positiva o negativa se efectúa mediante una tercera persona. Por ejemplo:

Caso: *A* le indica a *B* que, en caso de que no falsifique unos documentos, le dirá a *C* que lo despida de la empresa.

Como consecuencia de lo dicho hasta ahora, la apelación a una “recompensa situacional”, entendida como aquella consecuencia natural e inherente a la comisión de un delito, no debe reputarse una *reacción contra-aflictiva* (positiva o negativa). Ciertamente, el cumplimiento de esta “reacción” no depende de la persona de detrás. Ilustro la idea con el siguiente ejemplo:

¹⁶⁴⁶ Igualmente, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 123; NEPOMUK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 167; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 521; ABRAHAM, *HRRS*, (25), 2018, p. 166

¹⁶⁴⁷ En palabras de MAÑALICH RAFFO, «El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales», *Doxa*, 2018, p. 250: “acto de habla estratégico consistente en la formulación de una exigencia de comportamiento apoyada en el anuncio del eventual acaecimiento o no-acacimiento de un evento de cierta clase, cuya ocurrencia o no-ocurrencia se presenta como sometida al control de quien formula la exigencia de comportamiento.”

Caso: *A* le indica a su amante *B* que, en caso de matar a su pareja legal, ya no tendrán impedimentos para casarse.¹⁶⁴⁸

d. La efectiva realización de dicha reacción o sanción no tiene por qué ser real, pues solo es necesario que así sea percibido por el destinatario de la razón para el injusto.¹⁶⁴⁹ Por ejemplo:

Caso 1: *A* le dice a *B* que, en caso de no realizar el delito que le ha propuesto, hará públicas unas imágenes con contenido sexual que le comprometen. En realidad, no existen tales fotografías.

Caso 2: El empresario *A* quiere que su competidor *B* sea asesinado. *A* le promete a *C* el pago de 20.000 euros en caso de que mate a *B*. No obstante, *A* en ningún caso piensa pagar lo prometido y, una vez realizado el delito, no lo hace.¹⁶⁵⁰

En el contexto de un programa de acción u omisión contra-normativo, el destinatario de la apelación no puede disfrutar del derecho a exigir la efectiva realización de la reacción anunciada por el interviniente motivador. De esta suerte, en palabras de NEPOMUCK, el incumplimiento de lo anunciado, “ya estuviera planeado desde el principio o se contemplara después de la realización del hecho principal, no altera la valoración de la promesa de recompensa [también, incluyo, de la amenaza de un mal] como inducción.”¹⁶⁵¹ Por lo tanto, siguiendo a REDMANN, “[d]ado que el destinatario cree en la autenticidad de la recompensa ofrecida en el momento de la acción, no hay diferencia entre las recompensas engañosas y otras”.¹⁶⁵² Consiguientemente, solo es necesario que la promesa o la amenaza presenten una determinada dimensión de seriedad, de tal manera que el receptor de la comunicación pueda desprender una realidad hipotética de la reacción anunciada. Al respecto, son criterios intersubjetivos los que deben operar en esta apreciación, por lo que adquirirá este valor de “seriedad” aquel acto de habla condicional-comisivo respecto del que cualquier individuo posicionado en las circunstancias del recepto del mensaje hubiera podido apereibir como una promesa o amenaza real. Así pues, los mensajes efectuados en un tono humorístico o que no presenten ningún viso de significación *ex ante* (p.ej., prometer al receptor la dignidad de heredero del Imperio Romano de Oriente) no son penalmente relevantes, por mucho que el receptor pudiera interpretarlos como reales.¹⁶⁵³ En cambio, sí lo serán aquellos que, desde una valoración objetiva

¹⁶⁴⁸ NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 171, quien considera, en contra de lo defendido en este texto, que *A* debería castigarse. En cambio, entiendo que si la promesa tuviera por objeto un beneficio cuyo accionamiento sí dependiera de *A* (p.ej., la promesa consiste en que *A* se casará con *B* solo si mata a su mujer) sí podrá reputarse como una razón contra-aflictiva.

¹⁶⁴⁹ Como indica ABRAHAM, *HRRJ*, (25), 2018, p. 167: “[e]l inductor crea de forma manipulada una razón para a la acción que motiva al destinatario. La base motivacional puede ser verdadera, al igual que la consecuencia que el instigador quiere provocar (...). Sin embargo, desde el punto de vista de un observador razonable, la base motivacional también puede ser infundada y ficticia.”

¹⁶⁵⁰ Caso planteado por NEPOMUK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 172.

¹⁶⁵¹ NEPOMUK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 174.

¹⁶⁵² REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 135.

¹⁶⁵³ A no ser que la falsa representación subjetivo sobre la seriedad de la promesa o amenaza surja de un déficit legalmente reconocido en la figura de la persona de delante. En estos casos, cabe aplicar la estructura de la motivación dirigida a

atendiendo a las circunstancias conocidas por el receptor, pudieran adquirir un carácter definitivo — aunque faltara, por parte del emisor, una “intención real” —.

e. El contenido directivo de la razón ofrecida puede fracasar, siguiendo a MOLINA FERNÁNDEZ en su análisis de los mensajes directivos, porque su objeto es de cumplimiento imposible.¹⁶⁵⁴ La idea se desprende del principio *ultra posse nemo obligatur*, según el cual, un directivo fracasa si su destinatario no puede realizar lo prescrito.¹⁶⁵⁵ En estos casos, ocurre que la persona de detrás plantea una propuesta de injusto que la persona de delante, por mucho que reconozca las razones contra-aflictivas que acompañan dicho proyecto, no está capacitado para realizar. El caso paradigmático lo constituye la proposición delictiva que implica la realización de un delito especial propio cuando el sujeto destinatario de la comunicación no presenta las características personales para ser considerado *intranseus* (p.ej., amenazar a alguien cualquiera para que prevarique). Pero también pueden incluirse los supuestos en los que, dadas las capacidades físicas y demás circunstancias contextuales que rodean al receptor de la comunicación, sea imposible establecer una mínima previsibilidad de éxito. Por ejemplo:

Caso: *A* amenaza a *B*, un joven de 19 años que ha cometido algunos actos vandálicos con su pandilla, con denunciarle por el pequeño hurto que cometió semanas atrás en caso de que no robe los lingotes de oro que el Estado resguarda en la cámara acorazada del Banco de España, debajo de la Plaza de Cibeles de Madrid.

En estos casos, no se trata de una cuestión relativa a la “efectividad de la motivación”, sino a la “factibilidad de su objeto”. Ciertamente, la razón normativa puede pasar a integrar los motivos que el sujeto arguya a favor del inicio del curso de acción propuesto. Sin embargo, lo importante es que este último, dada las circunstancias conocidas *ex ante*, carecía de una determinada dimensión de viabilidad. Así pues, toda razón contra-normativa debe proyectarse sobre un hecho de posible cumplimiento por parte de su receptor, de tal manera que pueda predicarse una *previsibilidad objetiva* en lo que respecta al inicio de una tentativa punible (idónea o inidónea). Si, dada ciertas circunstancias extraordinarias, el sujeto intenta dar cumplimiento a la contra-norma (p.ej., en el caso acabado de plantear, *B* es detenido días más tarde cerca las puertas que conducen a la cámara del Banco de España portando un cúter y un plano del edificio), no se podrá imputar el hecho a la persona de detrás.

f. La razón prudencial que erosiona la dimensión aflictiva de la norma, en tanto que directivo sobre lo que el sujeto *debe* hacer, bien puede asentarse sobre la autoridad del emisor sobre el oyente, o bien

personas en situaciones de anormalidad motivacional o, en caso de total ausencia de culpabilidad, la opción de la realización mediata del tipo.

¹⁶⁵⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 507 s.

¹⁶⁵⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 524.

sobre la sanción incorporada al mandato en caso de incumplimiento.¹⁶⁵⁶ Ciertamente, como decía páginas atrás, el anuncio de una reacción positiva o negativa no tiene por qué ser explícita, pues puede desprenderse de forma implícita de la posición del hablante sobre el receptor de la comunicación. Dado que el concepto de autoridad tiene una gran relación con los *ascendentes morales*, permítase que lo desarrolle en su lugar correspondiente. Además, muchas veces, esta prevalencia será ostentada por parte de un sujeto que ocupará una determinada posición jerárquica en el marco de una organización. Ello nos aproxima al concepto de *aparato organizado de poder* que, de nuevo, analizaré más adelante. Allende de estos dos supuestos, inclúyanse en el marco de las razones contra-aflictivas los casos en los que, con independencia tanto de la *ascendencia moral* del sujeto como de su posición en el seno de un grupo, el receptor del mensaje comunicativo, dadas las circunstancias, puede prever que a la comunicación le es implícito el anuncio de una reacción positiva o negativa.

3. Establecidas estas características generales, paso a continuación a precisar las dos manifestaciones de una razón contra-aflictiva. Por un lado, los anuncios de una reacción positiva (*promesas de recompensa*); por el otro, los anuncios de una reacción negativa (*amenazas*).

1.2. La reacción positiva: promesas de recompensa

1. Por medio del anuncio de una *reacción positiva*, el interviniente motivador neutraliza la advertencia de un mal expresada por la norma jurídico-penal a través de la promesa de un *bien*. De esta manera, en estos supuestos, la persona de detrás establece un mensaje con el que se deteriora contra-aflictivamente la dimensión cognitiva de la norma con la ayuda de una futura respuesta positiva. Las propuestas de injusto acompañadas del anuncio de esta clase de reacciones se evidencian con claridad en el supuesto paradigmático de la inducción, esto es, el caso del sicario.¹⁶⁵⁷ Así pues, si *A* le promete al asesino a sueldo *B* un pago de 3.000 eur. en caso de que mate a *C*, estaremos ante un supuesto de intervención motivacional. Esto último, en la medida en que a la propuesta de injusto (matar a *C*) le habrá sido acoplada una dimensión contra-aflictiva a modo de reacción positiva (la promesa de pago de 3.000 eur.) con la que se erosionará la dimensión conminatoria de la norma a conculcar por el destinatario. Por lo general, valdrá cualquier gratificación que, a ojos de la persona de delante, mantenga una posición preferente a la eventual imposición de la pena.¹⁶⁵⁸ Al respecto, se deberá

¹⁶⁵⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 505; NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 168, indicando que no es necesario que se exprese la sanción, pues esta puede quedar implícita a la comunicación dada la posición del hablante con respecto a su destinatario.

¹⁶⁵⁷ Lo remarca REDMANN, *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, 2014, p. 121: “[l]a promesa de una recompensa material o inmaterial, en caso de realizarse un hecho punible, es considerado por la opinión mayoritaria como el caso paradigmático de inducción”.

¹⁶⁵⁸ AMELUNG, FS-Schroeder, 2006, p. 156, apoyándose en estudios sociológicos y de psicología (que, en mi opinión, no son necesarios a los efectos de construir un esquema normativo) “las personas tienen una variedad de necesidades e intereses. No es necesario que una persona tenga clara la relación entre estas necesidades e intereses, siempre que puedan satisfacerse de forma consecutiva o paralela. Esto cambia cuando la satisfacción de una necesidad o interés solo es posible a costa de otra. Si dos intereses son mutuamente dependientes, la persona afectada debe clasificarlos por orden de valor y

atender al contexto del agente corrompido a los efectos de graduar este carácter preferencial. Con ello se abre un determinado espacio a la “decisión en el caso concreto”, pero no de la manera en cómo lo expande la doctrina mayoritaria. Se trata, al fin y al cabo, de identificar una *promesa* con un contenido preferente al de la conminación de la norma según los intereses del agente ejecutor, lo que solo podrá establecerse en atención a sus circunstancias personales y a la gravedad de la propuesta. En este sentido, lo que para una persona con una socialización normal puede no suponer un interés preferente (p.ej., un pago de 10 eur. para matar a otro o un simple plato de comida caliente), para otra puede resultar, dado su contexto específico, una buena razón para cometer el delito.

2. En todo caso, el contenido de esta promesa deberá constituir una *imagen especular* de la amenaza de pena, de tal manera que la anule total o parcialmente. Esto podrá ocurrir, o bien porque el destinatario del mensaje cuenta con la futura obtención de un incremento de sus intereses o bienes preferente a la eventual imposición de una pena, o bien porque la propia “seriedad” o “realidad” de la conminación es objeto de un debilitamiento gracias al contenido de la promesa. Bajo esta última posibilidad, sí es posible establecer un baremo más objetivo, pues la promesa tiene por objeto el menoscabo de aquellas normas dirigidas a reforzar la vinculatoriedad de la norma de conducta y la plena realización de la norma de sanción. En este grupo se incluirían (i) las promesas destinadas a afectar las denominadas *normas de resguardo*, (ii) los actos compromisorios que tuvieran por objeto la afectación del carácter personal de la pena (principalmente, las pecuniarias) y —aunque sujetas todavía a una ulterior discusión crítica— (iii) las promesas de pago de la hipotética responsabilidad civil *ex delicto*. Finalmente, también conviene tratar aquellos actos compromisorios que tienen por objeto, (iv) o bien una intervención concomitante (activa u omisiva) en el hecho delictivo que, en el momento de su realización, no se lleva a cabo, (v) o bien una omisión pura basada en la infracción de los deberes de solidaridad.

a) Promesas que tienen por objeto la inhabilitación de las normas de resguardo

i) Caracterización de las normas de resguardo

1. En el primer grupo de casos, la persona de detrás promete un comportamiento destinado a atentar contra los instrumentos que el Estado utiliza para reforzar la función de la pena instituida por el delito cometido. En estos supuestos, el agente motivador no tiene por objeto una erosión directa de la amenaza de pena inherente a la norma de conducta, sino que desvirtúa la efectividad de otro tipo de entidad deóntica: las denominadas *normas de resguardo*.¹⁶⁵⁹ De este modo, es conocido que el Derecho penal dispone de una serie de instrumentos normológicos con los que respalda la seriedad de su

decidir qué interés o necesidad debe satisfacerse primero. El interés que debe superar el instigador es el 'interés de la impunidad'.”

¹⁶⁵⁹ Por todos, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 270 ss.

conminación. El caso más paradigmático es el de la propia norma de sanción. A este respecto, indica MOLINA FERNÁNDEZ que “[l]os instrumentos de un sistema jurídico son sus normas de conducta, por lo que el aseguramiento de una norma frente a su eventual infracción solo puede conseguirse mediante otras normas que impongan, a otros sujetos, la obligación de reacción frente al incumplimiento.”¹⁶⁶⁰ En este contexto, las normas secundarias o normas de sanción “sirven para apoyar su cumplimiento [el de las normas de conducta] y sancionar su infracción.”¹⁶⁶¹ Ciertamente, de nada sirve conminar penalmente a los ciudadanos si no puede garantizarse la efectiva imposición de la sanción instada. En caso contrario, la amenaza se acabaría convirtiendo en una comunicación frustrada que evidenciaría una pretensión irrealizable en todo caso. Sea como fuere, aquí interesan, principalmente, aquellos instrumentos que acompañan, protegen y refuerzan (de allí, *resguardan*) esta norma secundaria y, con ello, dotan a la propia amenaza de pena instada por la norma de comportamiento de una “seriedad” basada en su futura realización.

2. A estos efectos, la norma de sanción se dirige a determinados sujetos (los jueces) para que dispongan los mecanismos adecuados para realizar, en su caso, la conminación penal. El imperativo instado en esta clase de normas, siguiendo a SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “se halla garantizado por diversos preceptos del sistema, sobre todo por los que describen la prevaricación judicial.”¹⁶⁶² A su vez, este tipo de normas requieren “*garantizarse frente a otros posibles factores que perturban su efectividad*”, en especial, “frente a aquellas conductas tendentes a hacer ineficaz la amenaza de la norma penal.”¹⁶⁶³ Entre estos instrumentos, el autor incluye los casos del *encubrimiento* y la *receptación*, cuya existencia estaría destinada a garantizar la sanción de la norma secundaria. Así pues, “la norma que define bajo pena el favorecimiento (encubrimiento y receptación) adquiere sentido como complemento necesario para la efectividad de las normas que prevén consecuencias jurídicas.”¹⁶⁶⁴ En tanto que forma de proteger adicionalmente a la función de la norma de sanción y de conducta, el autor denomina a estas entidades deónticas como *normas de resguardo*, las cuales “*operarían tras cualquier otra norma penal tendente a imponer una consecuencia jurídica por su infracción.*”¹⁶⁶⁵

ii) Normas de resguardo e intervención motivacional

Sobre la base de la contraposición entre *norma primaria* y *norma de resguardo*, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ propone establecer una clasificación entre conductas de *intervención delictiva*, vinculadas a la norma primaria, y conductas de *favorecimiento* (encubrimiento, receptación, etc.), conectadas con la

¹⁶⁶⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 615.

¹⁶⁶¹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 615.

¹⁶⁶² SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 270.

¹⁶⁶³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, pp. 270 s. (con cursivas en el original).

¹⁶⁶⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 273.

¹⁶⁶⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 280. (con cursivas en el original).

norma de sanción a través de la infracción de las normas de resguardo.¹⁶⁶⁶ En casos de promesas de encubrimiento, su automática consideración como formas de participación en el hecho delictivo a encubrir, en palabras de SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, “puede encerrar una presunción de participación o constituir simplemente una «airosa salida» para los casos de difícil o imposible prueba de la cooperación; esto es, una falta de prueba.”¹⁶⁶⁷ Esta consideración, que aquí se comparte, solo es predicable, sin embargo, frente a la caracterización tradicional de la complicidad psíquica como forma de “refuerzo de la resolución.” Ciertamente, el criterio del *reflejo especular* es más seguro que el de la “efectividad psíquica”, pues con este se comprueba si el agente motivador ha utilizado mecanismos *reflejos* o *especulares* a los utilizados por la norma de conducta para motivar a sus destinatarios.

iii) Encubrimiento y receptación

1. Las ideas vinculadas a las normas de resguardo se han construido al hilo, principalmente, de la discusión generada por la naturaleza jurídica e interés protegido por la receptación y, muy especialmente, por el encubrimiento. Con respecto de esta última figura, pueden reproducirse ciertas ideas comentadas en el primer capítulo.¹⁶⁶⁸ Ciertamente, es innegable el peso histórico que ha tenido la consideración del encubrimiento como una forma de participación (*post delictum*) en su propia configuración teórica. Pese a la superación dogmática y legal de este entendimiento, el hecho de que las formas de adhesión post-ejecutiva se construyan siempre en referencia a un ilícito previo ha empujado a la doctrina a preguntarse qué es exactamente lo que protegen: o bien el mismo interés jurídico del delito previamente cometido, o bien la Administración de Justicia. Con base en las premisas establecidas *supra*, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ indica a este respecto que el *encubrimiento* consiste en la “previsión de una cláusula general que se añada a cualquier delito con el fin de asegurar, de garantizar —de *blindar*, en una palabra— la eficacia de la amenaza penal de los respectivos tipos.”¹⁶⁶⁹ Por su parte, la *receptación* constituiría una “cláusula general que vendría a asegurar la efectividad de la protección jurídica del patrimonio frente a delitos que atentan contra éste”, garantizando con ello “el restablecimiento de la situación, en cuanto restauración del *status* previo a la comisión del delito.”¹⁶⁷⁰ Esta concepción sigue la línea de la denominada “teoría de la vigencia del Derecho” [*Rechtsgeltungstheorie*] defendida en Alemania, principalmente, por MIEHE y WALTER.¹⁶⁷¹ En palabras de este último, el encubrimiento contendría una “función de refuerzo [*Verstärkerfunktion*]”

¹⁶⁶⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 399.

¹⁶⁶⁷ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430. Ya antes, en el mismo sentido crítico, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Encubrimiento y receptación*, 1955, pp. 126 s.

¹⁶⁶⁸ Véase *supra* Capítulo I, ap. V.3.5.ii.

¹⁶⁶⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430 (con cursivas en el original).

¹⁶⁷⁰ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 430.

¹⁶⁷¹ MIEHE, «Die Schulzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei», *FS-Hönig*, 1970, pp. 91 ss.; WALTER, «§ 257», *LK-StGB*, 12ª ed., 2019, nms. 9 ss.

de las normas primarias.¹⁶⁷² En este sentido, indica el autor que este delito “refuerza un fragmento del ordenamiento jurídico, a saber, la parte que el Derecho penal flanquea”, de tal manera que protegería “el interés de la comunidad jurídica en garantizar el cumplimiento de sus normas de conducta más importantes, las legalmente punibles.”¹⁶⁷³ A través de esta función, la disposición que castiga el encubrimiento produciría una *amplificación de las respectivas amenazas de castigo* “y, por tanto, también de las normas primarias subyacentes, en el sentido de que, además del castigo, también pueden provocar un aislamiento del delincuente, que le dificultará disfrutar de los beneficios de sus actos.”

2. Con esto dicho, es posible afirmar que quien promete a alguien que le encubrirá en caso de que cometa el delito, da una *razón contra-normativa* para realizarlo. En efecto, al contar con un favorecimiento (por el momento, personal) post-ejecutivo, la persona de delante puede superar los impedimentos motivadores dispuestos por la amenaza de pena, pues la virtualidad de esta última para imponerse se ve desgastada. Aquí no se trata de una medición profana de un supuesto riesgo psíquico, sino de la caracterización de la promesa como razón especular que permite sostener una toma de posición contra al Derecho dada la erosión de los mecanismos impositivos que este había dispuesto para evitar la comisión delictiva.¹⁶⁷⁴ Así pues, al efectuar la promesa y adjuntarla a una propuesta de injusto o a una resolución delictiva ya tomada, el hablante infringe la norma de conducta en forma de interviniente, pues deteriora los mecanismos que la sostenían. Aunque, más en detalle, el dispositivo de refuerzo no esté establecido directamente por la norma (como sí ocurre con la amenaza de pena), sino por una norma de resguardo, al anularlo, el agente motivador desviste de seriedad a la propia conminación penal, pues su “altavoz” o “amplificador” es silenciado. Efectivamente, el Derecho penal no se contenta con utilizar el contenido explícito de la norma primaria para motivar a sus destinatarios, sino también, como iba diciendo, otras normas que, indirectamente, refuerzan esta comunicación.

3. Para el caso específico del encubrimiento real y de la receptación es necesario añadir algunas consideraciones. Así pues, su castigo está destinado a evitar que el autor de un delito (o un tercero) disfrute de los beneficios de la comisión de un ilícito de dimensión patrimonial. A este respecto, se podría pensar que su existencia no está destinada a “amplificar”, siguiendo los términos acabados de emplear, el mensaje motivador de la norma de conducta. Ciertamente, por medio del establecimiento de determinados mecanismos, el Derecho avisa a sus destinatarios que, en caso de quebrantar la

¹⁶⁷² WALTER, «§ 257», *LK-StGB*, 12ª ed., 2019, nm. 9.

¹⁶⁷³ WALTER, «§ 257», *LK-StGB*, 12ª ed., 2019, nms. 9, 11.

¹⁶⁷⁴ Igualmente, OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg*, 2002, p. 202, aunque utilizando “leyes de la probabilidad” basadas en la experiencia y la equidad judicial: “[l]as razones que impiden a un delincuente cometer el delito pueden ser normalmente el miedo al castigo y la conciencia de que 'no hay nada que ganar' (...). Cualquier acción de un tercero que libera al autor de estos temores elimina, por tanto, los obstáculos al delito en el proceso de toma de decisión personal que conduce a la tentativa.”

norma, estos no podrán aprovechar ni disponer de los frutos de la comisión de un hecho ilícito.¹⁶⁷⁵ El objetivo del encubrimiento real y la receptación consiste, por lo tanto, en restituir el *status quo* anterior a la comisión del delito.¹⁶⁷⁶ Sin embargo, esto también supone una razón (de menor intensidad a la amenaza de pena) para no realizar el injusto, principalmente, aunque no exclusivamente, en el ámbito de la delincuencia económica. Así pues, considero que el proceso de “amplificación” de la conminación penal puede incluir sin problemas el mensaje por el cual se avisa a su destinatario que no podrá disfrutar los beneficios ilícitamente obtenidos (básicamente, a través de las disposiciones sobre el comiso).¹⁶⁷⁷ Frente a este proceso comunicativo, al darse una promesa que tenga por objeto la infracción de una norma de resguardo en forma de receptación o encubrimiento real, esta previsión queda anulada.

4. En estos casos, el beneficiario de la promesa puede contar con la posibilidad de retener los frutos del delito en perjuicio del Estado. En los ilícitos jurídico-penales cuya realización persigue, como regla general, la obtención de determinados provechos, esto puede resultar capital para armar al destinatario de la norma de razones suficientes como para superar el “interés de la impunidad”. De esta forma, el Derecho penal complementa (“nutre”, como indicaba páginas atrás) su mensaje normativo con el siguiente añadido: “no pretendas conseguir un incremento patrimonial cometiendo el delito pues, a través de determinados mecanismos, evitaré que puedas realizar actos de disposición efectiva sobre sus frutos.” Esto supone una razón prudencial de peso para no llevar a cabo la conducta delictiva, en tanto que la consecución del elemento destinado a revertir el “interés de la impunidad” (el beneficio) constituye un extremo de difícil realización. En el momento en el que el agente motivador contrapone a este mensaje la promesa de encubrimiento o receptación, reevalúa el “interés de la comisión delictiva”. En realidad, estructuralmente, es como si la persona de detrás prometiera un pago monetario independiente a los frutos del delito: en ambos casos, el destinatario del mensaje sabe de antemano que, de realizar el injusto, obtendrá un beneficio económico (bien a través de un incremento de sus bienes o intereses aislado de las “consecuencias naturales” de la realización típica, bien por medio de la ocultación de los frutos directos que generara la ejecución del hecho antijurídico). Este proceso dota al comportamiento de injusto de un carácter deóntico, en tanto que conducta (relativamente) *devida*: si el sujeto quiere disfrutar de un acrecentamiento patrimonial, *debe* realizar el delito. Igualmente, este tipo de comunicaciones también contribuyen colateralmente a erosionar la propia amenaza de pena, pues a través de la ocultación de los frutos del delito se dificulta la tarea de indagación de la Administración de Justicia.

¹⁶⁷⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 299: “no toda conducta adhesiva subsiguiente posee el significado de relativizar la norma primaria al frustrar las pretendidas consecuencias jurídicas (de *sanción* en caso de encubrimiento, y de *restitución*, en el de la receptación)” (sin cursivas en el original).

¹⁶⁷⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *¿Encubridores o cómplices?*, 2004, p. 404

¹⁶⁷⁷ Por todos, BLANCO CORDERO, «Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España», en DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO/URGARTERMENDÍA ECEIZABARRENA (dirs.), *Armonización penal en Europa*, 2013, pp. 154 ss.

iv) Blanqueo de capitales. En especial, los deberes de colaboración

1. Las anteriores consideraciones sobre el encubrimiento real y la receptación pueden trasladarse al caso del blanqueo de capitales. En este sentido, RAGUÉS I VALLÈS indica que su castigo “se justifica en tanto que *instrumento político-criminal necesario para reforzar la función de la pena prevista para los delitos previos*.”¹⁶⁷⁸ Ello se lograría estableciendo mecanismos que impidieran el posterior disfrute del producto de un delito con un móvil lucrativo, en tanto que lo que “impulsa al autor a cometer ciertos ilícitos es la voluntad de alcanzar y mantener los incrementos patrimoniales conseguidos con la consumación.”¹⁶⁷⁹ De tal manera que “disminuyendo las posibilidades *a priori* de ver satisfecho su propósito, se estará reduciendo en mayor o menor medida el número de personas dispuestas a delinquir por tal razón.”¹⁶⁸⁰ Ciertamente, a la doctrina no le escapa el evidente paralelismo entre el blanqueo y los tipos de adhesión post-ejecutiva o favorecimiento real post-delictivo.¹⁶⁸¹ Al fin y al cabo, se trata de una conducta que dificulta la posterior investigación del delito precedente y, con ello, su efectivo castigo. Este paralelismo estructural trae como consecuencia que la promesa que tiene por objeto la realización de un proceso de blanqueo de capitales puede considerarse una razón contra-normativa si se proyecta sobre un futuro hecho delictivo.

2. Fuera de estos casos, resulta de especial relevancia tratar los supuestos en los que la promesa tiene por objeto, no el accionamiento de un mecanismo de lavado de activos, sino la infracción de los deberes de colaboración que determinados sujetos tienen con el Estado a los efectos de prevenir el blanqueo. La doctrina discute si el incumplimiento de estos deberes de colaboración puede servir de sustento para construir una responsabilidad penal por un delito de blanqueo en comisión por omisión. No puedo detenerme en este asunto, aunque, atendiendo al carácter positivo del deber, vinculado al ejercicio de una función en beneficio del Estado y no a un acto de organización, resulta complicado equiparar su infracción a la comisión activa de este delito.¹⁶⁸² Sea como fuere, aquí me centro en la *promesa de futuro quebrantamiento del deber de colaboración*, con independencia de la valoración que merezca su *efectiva infracción*. En este sentido, entiendo que quien efectúa un acto compromisorio de estas características realiza una conducta de intervención motivacional en el delito precedente objeto del futuro blanqueo. Así pues, el beneficiario de la promesa sabe, antes de la comisión del

¹⁶⁷⁸ RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, p. 150 (con cursivas en el original).

¹⁶⁷⁹ RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, p. 151.

¹⁶⁸⁰ RAGUÉS I VALLÈS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, p. 151.

¹⁶⁸¹ CARLOS DE OLIVEIRA, «Blanqueo de capitales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 647.

¹⁶⁸² CARLOS DE OLIVEIRA, en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 658.

delito precedente, que el obligado a informar a las autoridades competentes sobre el origen irregular del dinero no cumplimentará con dicho deber. Con ello, dispone de una razón contra-aflictiva, por bien que un mecanismo fundamental de los dispuestos por el Derecho para iniciar la investigación de la comisión delictiva previa no se va a accionar. De esta manera, la efectiva imposición de la pena se convierte en una posibilidad todavía más lejana e improbable, lo que repercute indirectamente en la erosión de la seriedad de la conminación.¹⁶⁸³

v) La prevaricación y otras conductas lesivas para la Administración de Justicia

1. La prevaricación constituye un paradigma de norma de resguardo, pues su objetivo (de entre otros) consistiría en garantizar la efectiva realización de la norma de sanción. Por lo tanto, parece que una promesa que tuviera por objeto este delito en conexión con el injusto a realizar podría subsumirse en los contornos de la intervención motivacional. Sin embargo, se hace difícil imaginar un caso en el que una autoridad judicial pueda anticipar su protagonismo en un proceso penal de tal forma que pueda comprometerse a resolver injustamente de manera favorable al destinatario de su acto comunicativo y futuro infractor. En todo caso, si el compromisario puede garantizar ante el receptor de su mensaje que, en un momento futuro, podrá “tomar las riendas” del proceso y prevaricar a su favor, su conducta podrá desaprobarse de conformidad con los parámetros de la intervención motivacional. Recuérdese, a este respecto, que no es necesario que la promesa o la amenaza sean verdaderas si con ellas se logra revertir los contramotivos del delito dictados por la norma de conducta. Por lo tanto, si el receptor, dada la comunicación, confía en que la pena no se realizará, pues un tercero dictará una resolución absolutoria, puede decirse que dispone entonces de una razón contra-normativa para cometer el delito, aunque su realidad diste de ser asegurada.

2. También puede ocurrir que la promesa tenga por objeto otros delitos conectados tenuemente con la seriedad de la amenaza de pena a través de la futura conculcación de determinadas normas de resguardo. Esto ocurre en caso de que el ilícito objeto del acto compromisorio atente contra la función de la Administración de Justicia a la hora de cumplimentar con el mandato desprendido de la norma de sanción. Principalmente, en el delito de falso testimonio¹⁶⁸⁴ y en el de obstrucción a la justicia. En estos supuestos, la persona de delante puede contar con un debilitamiento (relativo) de la seriedad de la amenaza de pena. Ciertamente, estos delitos protegen determinadas normas de resguardo dirigidas a reforzar y afianzar la futura aplicación de la norma de sanción. Con ellas, el

¹⁶⁸³ Al hilo de este problema, cabría la posibilidad de plantearse la susceptibilidad de subsumir en los esquemas de la intervención motivacional todos aquellos supuestos vinculados a los procedimientos de contabilidad y auditoría, el control de la contratación o, muy especialmente, los canales de denuncia interna existentes en una empresa (sobre estos casos, véase por todos NIETO MARTÍN, «La privatización de la lucha contra la corrupción», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, 2013, pp. 203 ss.). Dejo apuntada esta breve referencia.

¹⁶⁸⁴ Igualmente, ROXIN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 506, aunque refiriéndose a un caso (RG HRR 1938, nº 629), en el que la promesa de falso testimonio se refiere a un procedimiento desvinculado del eventual comportamiento delictivo (el proceso de divorcio en el que estaba inmerso el futuro autor del delito)

mensaje comunicativo de la norma de conducta resulta más reforzado: no es solo que el Derecho emita una conminación penal, sino que dispone de mecanismos que posibilitarán su efectividad en caso de quebrantamiento de la norma de conducta. Al efectuar promesas que contienen comportamientos lesivos para con estos instrumentos, la gravedad de la amenaza se debilita. Por lo tanto, su formulación debe quedar integrada en los márgenes de la intervención motivacional.

b) Promesas de pago de la cuantía de la pena de multa

En este trabajo se parte de la idea de que la multa es una verdadera pena con una notable dimensión aflictiva.¹⁶⁸⁵ Esta última no consiste en una mera obligación civil, sino que constituye un mal identificado, siguiendo a COCA VILA, entre otros, en la reducción de la capacidad de consumo del afligido.¹⁶⁸⁶ Por lo tanto, quien promete a otro que le sufragará el importe de la multa que eventualmente se le pudiera imponer como consecuencia de la infracción delictiva contrarresta esta dimensión fáctico-aflictiva. En estos casos, el futuro sujeto infractor sabe de antemano que esta reducción de su libertad económica no se va a llevar a cabo, por lo que la razón prudencial que le *obligaba* a no realizar el injusto desaparece. Consiguientemente, la comisión delictiva muta en un extremo *permitido*. Para que esta manera de suplantar la fuerza rectora de la norma sea exitosa, es necesario, obviamente, que la multa sea una de las posibles reacciones penales a la realización del delito objeto de la propuesta de injusto (de manera única, alternativa o cumulativamente con otras penas). Solo de este modo, la contra-norma puede dibujarse como una imagen especular de la norma jurídico-penal. Aunque los autores que han tratado este asunto lo discuten en el ámbito de la complicidad psíquica,¹⁶⁸⁷ el título de intervención que imputar a un comportamiento de estas características es una cuestión que dejo para un ulterior desarrollo. Por ahora, solo indicar que este acto compromisorio, o bien puede utilizarse como razón para una propuesta de injusto original (en términos clásicos, el receptor es un *non omnimodo facturus*), o bien como razón añadida a un proyecto personal previo contra al Derecho (en términos clásicos, el receptor es un *omnimodo facturus*).

c) Promesas de pago de la cuantía de la responsabilidad civil ex delicto

1. Más allá de su indudable efecto psicológico, resultan dudosas las promesas que tiene por objeto el pago de la responsabilidad civil derivada de delito. Esto ocurre, principalmente, por la complicada naturaleza jurídica de esta institución, que, de antemano, no parece consistir propiamente en un instrumento penal dirigido a motivar a los destinatarios de las normas de conducta. Como indica

¹⁶⁸⁵ Por todos, COCA VILA, «La pena de multa en serio. Reflexiones sobre su dimensión y aseguramiento aflictivos a través del delito de quebrantamiento de condena», *InDret*, (3), 2021, pp. 76 ss.

¹⁶⁸⁶ COCA VILA, *InDret*, (3), 2021, p. 78, con ulteriores referencias en n. 37.

¹⁶⁸⁷ HECKER, «§ 258», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 29: “si se promete al delincuente, ya antes o durante la comisión del delito predicado, el reembolso de una multa posiblemente esperada a causa de este delito, entre en consideración la responsabilidad penal por complicidad (psicológica) del delito referido.”

MOLINA FERNÁNDEZ, la responsabilidad civil tiene como “finalidad última (...) repartir conforme a criterios que se estiman justos los perjuicios entre los diversos intervinientes en el hecho” de tal manera que “[e]ste reparto puede hacer responsable, tanto a quien ha actuado de forma ilícita, como, en algunos casos, a quien se ha mantenido dentro del riesgo permitido o está amparado por una causa de justificación.”¹⁶⁸⁸ A estos efectos, cabe recordar lo que destacó en su momento SILVA SÁNCHEZ: la “responsabilidad civil derivada de delito no *funciona* (...) en la práctica como una mera modalidad de responsabilidad civil extracontractual” puesto que, bajo su paraguas, “se comprenden, en no pocas ocasiones, pronunciamientos que muy difícilmente pueden ser reconducidos” a esta institución.¹⁶⁸⁹ En todo caso, la propia denominación de responsabilidad civil “derivada de delito” sería impropia, pues sería perfectamente posible la existencia de una obligación de reparar el daño, aunque este no fuera la consecuencia de un comportamiento típico¹⁶⁹⁰, antijurídico¹⁶⁹¹ o punible.¹⁶⁹²

2. Aunque es cierto que la responsabilidad civil extracontractual tiene como finalidad la asignación de las correspondientes cargas que genera la causación (culposa o no, según el caso) de un daño, es innegable el efecto motivador que genera su inclusión en la dinámica del sistema penal. Pese a su distinta naturaleza jurídica, el hecho de que se englobe dentro de los múltiples mecanismos con los que el Estado responde a la comisión de un delito evidencia la importancia que el Derecho penal le concede. Esto último, entiendo —entre otras razones vinculadas al objetivo de protección de la víctima—, porque anunciar que el que cometa un delito tendrá la obligación de reparar el daño causado contribuye a reforzar la dimensión motivadora de la norma de conducta. Ciertamente, a la amenaza de pena se le agrega, de modo totalmente accesorio, el aviso de un hipotético retroceso del perjuicio que genere la realización del ilícito hacia la esfera patrimonial del infractor. Un “efecto rebote” cuya realización asume el Derecho, hasta el punto de que el Ministerio Fiscal tiene la obligación de entablar la acción civil junto con la penal, con independencia de la personación del perjudicado y salvo en aquellos casos en los que este renunciase expresamente a aquella (art. 108 LECrim).

3. Este mismo sentido, MOLINA FERNÁNDEZ indica que “en algunas ocasiones [la responsabilidad civil derivada de delito puede] cumplir una función preventiva —el autor de hechos posiblemente

¹⁶⁸⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 642. Es lo que ocurre en las situaciones de estado de necesidad.

¹⁶⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, «¿“*ex delicto*”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret*, (3), 2001, p. 3, citando más adelante en p. 11 determinadas resoluciones jurisprudenciales en las que se evidencia que este tipo de responsabilidad civil “comprende hoy el pago de obligaciones *ex delicto* o, más genéricamente, *ex damno*, pero también obligaciones *ex contractu* o *ex lege*, de las que es acreedor el sujeto pasivo del delito y que guardan algún género de conexión —incluso difusa— con dicho delito” (p.ej., un caso en el que se consigna la obligación de los encubridores a indemnizar a la víctima pese a que, por razones obvias de la adhesión post-ejecutiva, no “causaron” el daño inherente a la comisión del delito, p. 10).

¹⁶⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2001, pp. 4 s., poniendo como ejemplo el daño causado a través de la comisión de un delito de peligro, no comprendido en la descripción típica, puesta esta consiste en un adelantamiento de las barreras de punibilidad

¹⁶⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2001, p. 6, comentando el ejemplo del estado de necesidad agresivo.

¹⁶⁹² SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, (3), 2001, pp. 6 s., refiriéndose al ejemplo de una excusa absolutoria.

lesivos para intereses ajenos toma en cuenta la circunstancia de que al final el efecto perjudicial puede repercutir en él—.”¹⁶⁹³ Este extremo se evidencia más cuando un lego en Derecho, muchas veces, puede llegar a desconocer la diferencia entre una pena de multa y una indemnización, descompuestas ambas en el convulso abrigo del término “sanción” en su sentido profano. En su toma de posición frente a la norma y en aquellos casos en los que su eventual quebrantamiento pueda generar daños, su destinatario también articula esta salvedad como razón para no cometer el delito dispuesta, precisamente, por el Derecho penal. Esta, de tipo prudencial y, en general, de menor intensidad que la propia amenaza de sanción y las razones morales, contribuye contingentemente a dotar al mensaje de la norma de conducta de una mayor fuerza. Sobre estas ideas, en supuestos así, la promesa que tenga por objeto el futuro pago de la responsabilidad civil *ex delicto* constituirá una razón contra-normativa y su entrega permitirá caracterizar al hablante como un interviniente motivador. En todo caso, será necesario que de la comisión del hecho objeto de la razón contra-aflictiva sea posible derivar una obligación civil. En otras palabras, el futurible acontecimiento delictivo al que el interviniente acople su conducta motivadora deberá generar, previsiblemente, un daño.

d) Promesas de intervención concomitante

1. En estos casos, el presunto agente motivador se dirige a impulsar la conducta del receptor de su comunicación prometiéndole que intervendrá en el hecho delictivo que pretende realizar. Esto puede ocurrir tanto en un momento *pre-resolutivo*, como en un momento *post-resolutivo*. De igual forma, el tipo de intervención puede ser tanto activa (como en los casos anteriores), como omisiva. Los casos en los que el objeto de la promesa constituye una intervención previa (p.ej., prometer dar una información valiosa o un instrumento efectivo para la ejecución días antes de la comisión delictiva) no son problemáticos: en caso de incumplimiento, el sujeto receptor del acto compromisorio ya puede contar con que, en el momento de realizar el delito, no dispondrá del favorecimiento prometido. Tampoco lo son aquellos en los que el futuro incumplimiento de la promesa es comunicado de manera previa al inicio de la ejecución. De igual manera, es evidente que tampoco plantea ningún problema el caso en el que el emisor del mensaje cumple con su promesa, pues su conexión con el hecho delictivo puede fundamentarse entonces en la realización del acto de intervención al que se había comprometido. La dificultad, en todo caso, aparece cuando este acto no se cumple ni se avisa previamente de ello.

2. Como es sabido, a falta de una conexión “física” con el hecho, la doctrina busca en estos casos una conexión “psíquica” identificada en el refuerzo de la resolución delictiva que produce la promesa (evidentemente, solo en un momento *post-resolutivo*), a castigar a través de la complicidad psíquica. En capítulos anteriores, he criticado esta manera de operar, pues evidencia que esta forma de

¹⁶⁹³ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 642.

participación, en su caracterización tradicional, funciona a modo de “válvula de escape”. Sea como fuere, no desconozco que, en términos de simple psicología popular, no es descartable afirmar que una de las razones por las que el sujeto ha realizado el delito en circunstancias así es la “garantía” de favorecimiento y efectiva materialización que le ofrecía el tercero. Sin embargo, la efectividad psicológica, como he ido repitiendo a lo largo del texto, no es el paradigma sobre el que asiento la desaprobación jurídico-penal de la intervención motivacional. En este sentido, la característica de una razón contra-normativa es que constituye una *imagen especular* de las razones con las que el Derecho penal arma a sus destinatarios para que cumplimenten con sus mandatos. Para que su dación constituya una conducta antinormativa de intervención, es necesario que aquella agregue al hecho delictivo un determinado estatus deóntico, en tanto que acontecimiento *debido o permitido*.

3. Sobre esta premisa, no parece que se dé esta circunstancia cuando el objeto de la promesa constituye una futura intervención concomitante. Ciertamente, la dificultad de estos casos reside en el siguiente hecho: quien cuenta con que una intervención futura pueda favorecer su ejecución delictiva, sigue contando con la amenaza de pena de la norma de conducta. En este sentido, quien dispone de la “garantía” de un futuro comportamiento favorecedor, no puede contar ni con que no se accionaran los mecanismos dirigidos a realizar la norma de sanción, ni con un debilitamiento o erosión de la propia conminación penal. Así pues, de lo único de que dispone el sujeto es de un elemento instrumental hipotético cuya efectividad solo podrá demostrarse en el momento de ejecutar el delito. En estos términos, existe una cierta equivalencia estructural entre el hecho de disponer realmente de un artefacto capacitado para impulsar la ejecución delictiva y el hecho de representarse mentalmente su disposición en el momento de iniciarla (p.ej., en caso de que el futuro interviniente haya prometido al ejecutor entregarle un arma justo en el momento de iniciar el delito).¹⁶⁹⁴ En ambos casos, la planificación delictiva puede considerar la existencia (real o hipotética) de un “instrumento favorecedor” (entiéndase, también, un comportamiento) cuya efectividad, sin embargo, solo podrá demostrarse una vez se dé comienzo a la ejecución del delito. Por lo tanto, de considerar que la promesa de una futura intervención concomitante constituye una razón contra-normativa, misma solución debería alcanzarse para los supuestos en los que dicha intervención (consistente en la entrega de un bien físico o intelectual con capacidad lesiva) se efectuase de manera previa. Tanto en forma de promesa, como en forma de útil (tangibles —p.ej., una ganzúa— o intangibles —p.ej., un consejo técnico—) la acción de la persona de detrás podría reinterpretarse como una manera de dar razones para el injusto, en tanto que permitirían argumentar a favor de la comisión delictiva a su beneficiario.¹⁶⁹⁵

¹⁶⁹⁴ No se me escaba que también existen, evidentemente, notables diferencias que, en todo caso, argumentan a favor de la mayor peligrosidad de disponer efectivamente de un bien lesivo frente a la mera disposición de una promesa que garantiza la futura disponibilidad de este bien lesivo.

¹⁶⁹⁵ Lo que daría como resultado la necesidad de castigar, como interviniente (motivador) doloso, a la persona que entrega una pistola, sabiendo que no funciona, a un sujeto que, al darse cuenta de su inutilidad, acaba apuñalando a la víctima con

4. En mi opinión, estos casos deben resolverse conforme a las características que debe presentar cualquier comportamiento para ser considerado intervención motivacional. A este respecto, no vale cualquier “efectividad motivacional”, sino solo aquella capacitada para erosionar los operadores deónticos con los que el Derecho penal cuenta para proteger los bienes jurídicos. En otras palabras, solo es penalmente relevante la motivación que suplanta (total o parcialmente) la norma de conducta oponiendo una capacidad motivadora alternativa. Cuando la promesa tiene por objeto una intervención concomitante, puede que la realización del delito se visualice como una opción más factible, pero los operadores deónticos con los que el Derecho pretende interpelar al beneficiario de la promesa no se deterioran. Consiguientemente, a la persona de delante no se le está ofreciendo un interés prevalente al interés de la impunidad, pues solo se le está comunicando un compromiso personal con la futura ejecución del hecho. De esta forma, cuando la persona de detrás incumple su promesa, en realidad, evidencia objetivamente que está renunciando a aportar algo penalmente significativo en la construcción del delito.¹⁶⁹⁶ El desvalor remanente puede quedar perfectamente subsumido, según fuera el caso y se dieran los requisitos objetivos, en la conspiración. En caso contrario, los supuestos subsumibles en este acto preparatorio se convertirían *ipso facto* en supuestos de intervención motivacional dada la existencia de una transacción de razones para el delito. En definitiva, quien efectúa una promesa de estas características no interviene con aportes motivadoras penalmente relevantes en el acontecimiento antijurídico. Su comportamiento podrá castigarse de conformidad con los requisitos aplicativos de la conspiración y, solo en caso de que “cumpla su promesa” e intervenga en un momento concomitante, podrá castigarse como interviniente (material).

d) Promesas de omisión pura en relación con los deberes de solidaridad

Los casos en los que la promesa tiene por objeto, no una intervención en el hecho, sino la realización de una omisión pura que refleja el quebrantamiento de un deber de solidaridad general, pueden resolverse de manera prácticamente equivalente que en el caso anterior. De nuevo, en términos de simple psicología popular, una promesa de estas características puede “motivar” a la comisión del delito. Ciertamente, el receptor del mensaje cuenta entonces con un futuro comportamiento que, en términos estrictamente fácticos, puede favorecer la comisión del hecho. Por ejemplo:

Caso: *A* está resuelto a cometer un delito de homicidio sobre *B*, quien suele acudir de buena mañana a un pequeño bar, siendo su único cliente a esa hora. *A* se lo comunica al propietario del lugar, *C*, quien le promete que no hará nada para evitar el desenlace. *B* mata a *A* en el bar. Sin embargo, ese

un cuchillo que encuentra en la escena. Lo que desde el prisma de la intervención no-motivacional no puede desaprobarse (prestar instrumentos inútiles), se desaprobaba desde la perspectiva de la intervención motivacional (dar razones contra-normativas). De nuevo, ello serviría de “válvula de escape” a imagen y semejanza que la complicidad psíquica.

¹⁶⁹⁶ Lo que no quiere decir que este cumplimentando con su deber de renuncia, que solo puede aparecer en el momento en el que se realiza la conducta antinormativa.

día, *C* se encontraba indispuerto y su lugar de trabajo era ocupado por un sustituto, *D*, extremo que pasó inadvertido por *A*.

La persona de delante puede “contar” con la inactividad fácticamente favorecedora del compromisario, pero no con una erosión de los mecanismos motivadores que emplea el Derecho penal. Por lo tanto, la mejor opción pasa por no dotar de relevancia penal a la promesa como forma de intervención y esperar a si su cumplimiento puede subsumirse en un algún delito de omisión pura. De no seguir la opción propuesta, una promesa de omisión del deber de socorro o del deber de impedir delitos debería castigarse con más pena que el propio hecho de no socorrer o de no impedir el delito. Y ello se justificaría por una “eficacia motivacional” incapacitada, sin embargo, para deteriorar los operadores deónticos de la norma de conducta.

1.3. La reacción negativa: amenaza de un mal o de pérdida de una oportunidad

1. A través del anuncio de una *reacción negativa*, el interviniente motivador implanta en el entramado de intereses y valores de su destinatario el aviso de un *mal futuro* con el que se busca una *mayor aflicción* a la comunicada por la norma. Sobre esta premisa, la composición del anuncio debe establecerse de tal manera que sea posible inferir del mismo que, en caso de no cumplimentarse con el comportamiento ilícito objeto de la proposición, la persona de detrás iniciará un mecanismo de reacción con el que se afectarán los bienes del destinatario de su requerimiento.¹⁶⁹⁷ En estos casos, el interviniente motivador acopla a su propuesta de injusto una dimensión *supra-afflictiva*. Este último adjetivo debe entenderse en el siguiente sentido: no se trata de aumentar el dolor penal en términos exactos, pues entonces la reacción debería consistir en la amenaza, o bien de una privación de libertad mayor a la expresada por la norma, bien de una lesión patrimonial cuantitativamente más intensa, o bien, directamente, de una reacción mayor a las consignadas en el sistema de penas de un ordenamiento jurídico dado, que podría radicar en la propia destrucción física del destinatario. Por el contrario, es suficiente con que el destinatario del anuncio se represente subjetivamente como creíble el mal anunciado por el interviniente y lo interprete personalmente como una amenaza de mayor entidad (o mayor urgencia) que la inferida por la norma penal.¹⁶⁹⁸

2. Sea como fuere, la amenaza no deberá provocar una situación psíquica que permita colocar al receptor de la comunicación en una situación de irresponsabilidad. Esto conforma la línea de separación entre un supuesto de intervención (motivacional) y un caso de realización mediata del tipo. De esta forma, la doctrina mayoritaria alemana coincide en determinar que instrumentaliza a

¹⁶⁹⁷ JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, pp. 122, poniendo como ejemplo la amenaza, siempre y cuando no supere la “frontera” del § 35 StGB, por lo que, en cualquier caso, no debe impedir seguir contemplando al ejecutor como “*causa libera*”, fundamentando la elección del sujeto, pero no eliminándola.

¹⁶⁹⁸ Véase en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. 2, 7ª ed., 1989, p. 440 una lista de ejemplos de amenazas que no coartan hasta tal punto la libertad de la persona de delante como para tener que considerar la opción de la autoría mediata (aquí, realización mediata del tipo).

otro quien lo coloca en una situación de estado de necesidad exculpante según los parámetros del § 35 StGB.¹⁶⁹⁹ Solo las amenazas que no permitan la exculpación de la persona de delante deberán analizarse desde la perspectiva de la coordinación objetiva entre dos comportamientos (intervención). De nuevo, la exigencia de que la amenaza cree un estado de exculpación debe entenderse como un producto de la reinterpretación aquí defendida del principio de responsabilidad. Así pues, en el momento en que pueda decirse que el sujeto, pese a la perturbación anímica que haya producido la amenaza, ha actuado libremente, la conducta de la persona de detrás deberá valorarse conforme a los parámetros de la intervención delictiva (= coordinación objetiva y no realización mediata del tipo).¹⁷⁰⁰ Con esto dicho, establecer baremos generales y universalizables para distinguir aquellas amenazas que provocan la exculpación del sujeto de las que no lo hacen puede resultar complicado.¹⁷⁰¹ En todo caso, se deberá atender caso por caso a la intensidad de la amenaza o situación coactiva en atención a las circunstancias particulares del afectado. En dicho contexto, juega un papel importante la existencia de posibilidades para institucionalizar una posible reacción a la perturbación anímica que permita al sujeto superar la condicionalidad de la comunicación.

2. Las razones contra-expresivas

2.1. Características generales

1. La norma de conducta no solo presenta razones prudenciales a sus respectivos destinatarios, sino también razones morales. A través de estas, la entidad deóntica enfatiza el valor que merece un determinado bien o interés en el seno de la comunidad política. Sobre esta premisa, la configuración de un programa contra-normativo con el que se atribuye el estatus deóntico de un hecho delictivo puede basarse en la erosión de este tipo de razones. A estos efectos, el agente motivador efectúa su propuesta de injusto menoscabando el contenido moral de la norma primaria, esto es, aportando un contra-valor al valor protegido por esta. Es fácil imaginarse un supuesto de estas características: un sujeto convence a otro sobre la necesidad de matar a los integrantes del grupo étnico o cultural x al no ser estos dignos titulares del derecho a la vida; alguien argumenta sobre la conveniencia de quemar una entidad financiera por ser esta un símbolo del sistema capitalista; o un agente le dice a otro que tiene el deber de matar a todas aquellas personas que no participan de una determinada religión, pues la herejía es intolerable. Como puede comprobarse, en todos estos casos, el agente motivador apoya su propuesta en un argumento de tipo moral, no prudencial, de tal manera que pretende situar al

¹⁶⁹⁹ Para LAMOND, «Coercion, Threats, and the Puzzle of Blackmail», en SIMESTER/SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, 1996, p. 218, entre la *vis absoluta* (“*use of force against the victim’s body to make it move in particular way*”) y la *vis compulsive* (“*extreme emotions and sensations*”) hay lugar para casos de “decisiones forzadas”. Repárese que el autor utiliza los conceptos “physical compulsión” y “psychological compulsión” para definir lo que, desde la tradición dogmática europea, calificaríamos como casos de “vis absoluta” y “vis compulsiva”, respectivamente.

¹⁷⁰⁰ Igualmente, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 611 s.

¹⁷⁰¹ Igualmente, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 246.

destinatario de su comunicación alejado del sistema de valores que la norma de conducta pretende instaurar o proteger. Como ha indicado a lo largo de estos dos últimos capítulos, denomino a esta clase de mecanismo motivador con el término de “razón contra-expresiva”.

2. Sin embargo, este tipo de razones contra-normativas son las que más ponen en entredicho la libertad de expresión del sujeto. De esta forma, en una sociedad que reconoce la libertad comunicativa de sus ciudadanos, la emisión de argumentos contra-expresivos o contra-normativas constituye, como regla general, un riesgo permitido. Con el fin de evitar una expansión de la incriminación en estos casos y a los efectos de remarcar que la razón para el injusto debe sostener una contra-norma que presente un estatus deóntico frente a la persona de delante (esto es, imagen especular de la norma de conducta) es pertinente que el “argumento contra-normativo” presente una serie de características adicionales. A este respecto, es necesario que la razón contra-expresiva permita atribuir al hecho delictivo objeto de la propuesta de injusto la cualidad de curso de acción debido o permitido. Esto solo se logrará, a mi entender, atendiendo a las capacidades de su dador frente a su receptor. Más en detalle, es necesario que este sujeto constituya un ascendente moral del destinatario de la comunicación, pues solo así el agente motivador estará en condiciones de atribuir a su argumentación contraria al valor expresado de la norma de una determinada fuerza deóntica.

2.2. Los ascendientes morales

1. Una razón contra-expresiva superará un determinado umbral de tolerancia penal cuando haya sido anunciada por un “ascendente moral”. En mi opinión, este último agente tiene la capacidad de incorporar, con carácter general, un contenido prescriptivo o permisivo a la comunicación sin necesidad de hacer uso de una ulterior razón prudencial. Tal y como ha señalado OLMEDO CARDENETE, esta circunstancia no deja de ser uno de los criterios que más ha utilizado la jurisprudencia española para confirmar la eficacia de un acto de inducción.¹⁷⁰² La propuesta que estructura este autor al hilo de una revisión de distintas resoluciones históricas puede resultar esclarecedora. En este sentido, el autor utiliza el criterio de la ascendencia moral como un indicio para confirmar la eficacia psicológica de un acto inductor cualquiera. A su parecer, “será decisiva la fijación de los vínculos que anudan los comportamientos del autor y el partícipe, pues en muchas ocasiones sirven de indico para afirmar o no la idoneidad de la instigación.”¹⁷⁰³ Al respecto, es importante precisar que no se trata aquí de identificar indicios sobre una presunta “eficacia motivadora”. De esta forma, no es la eficacia o mayor probabilidad psíquica el criterio que permite confirmar la concurrencia de un caso de intervención motivacional, sino la erosión del mensaje normativo y la ulterior asignación de un estatus deóntico al (futuro) hecho antijurídico. Sobre esta

¹⁷⁰² OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 682 ss.

¹⁷⁰³ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 683.

base, el objetivo se identificar aquellas conexiones interpersonales que pudieran atribuir a un sujeto la condición de “ascendente moral” y, de esta manera, confirmar la capacidad general de sus enunciados de menoscabar de manera penalmente relevante la razón moral contenida en la norma de conducta. Sin embargo, los criterios utilizados por OLMEDO CARDENETE pueden aclarar la construcción de este concepto.

2. El propio autor transcribe el contenido de la STS de 1 de julio de 1961, la cual indica que la eficacia de la inducción se desprenderá de “la situación de hecho en que el inductor se encuentre con el inducido, ascendiente superioridad moral o de otra índole del uno sobre el otro.”¹⁷⁰⁴ Con base en esta idea, la jurisprudencia española habría identificado hasta cuatro tipos de conexiones interpersonales a través de las cuales asignar a un sujeto el estatus de “ascendente moral”. En primer lugar, las *relaciones de parentesco*.¹⁷⁰⁵ Ciertamente, no puede dudarse de la clara ascendencia que puede presentar un determinado miembro de una familia con respecto a otro. OLMEDO CARDENETE cita tres sentencias en las que se condenan, respectivamente, a un padre, a una madre e, incluso, a una nodriza, quien era considerada una segunda madre por el inducido.¹⁷⁰⁶ En segundo lugar, las *relaciones de amistad*.¹⁷⁰⁷ Al respecto, el autor cita la STS 11 de junio de 1992, quien asegurar que el inductor se sirvió de la amistad que le unía con el inducido para convencerlo y comprometerlo a realizar el delito. En tercer lugar, las *relaciones amorosas o sentimentales*.¹⁷⁰⁸ Según el autor citado, esta última clase de relación “también ha sido considerada relevante a la hora de medir el éxito de la influencia psicológica” afirmando que “algunas resoluciones han destacado la existencia de una posición dominante en las relaciones afectivas, como elemento determinante para medir la capacidad persuasiva del influjo psíquico.”¹⁷⁰⁹ En cuarto lugar, las *relaciones laborales o jerárquicas*.¹⁷¹⁰ Sobre estas, OLMEDO CARDENETE indica que su existencia “otorga un ascendiente perfectamente idóneo para servir de indicio de una inducción eficaz.”¹⁷¹¹ Finalmente, el autor señala otro tipo de relaciones más heterogéneas basadas en la prevalencia moral del inductor con respecto al futuro inducido, entre las que incluye un caso en el que el inducido se sentía “en deuda” con el inductor por haberle prestado este último dinero para que comprara un piso.¹⁷¹²

¹⁷⁰⁴ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 686.

¹⁷⁰⁵ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 683.

¹⁷⁰⁶ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, pp. 683 s. El autor cita las SSTS 18 de octubre de 1952 y 3 de julio de 1914, 25 de enero de 1921.

¹⁷⁰⁷ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 684.

¹⁷⁰⁸ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 684.

¹⁷⁰⁹ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 684.

¹⁷¹⁰ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 685.

¹⁷¹¹ OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 685.

¹⁷¹² OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 685, caso resuelto en la STS 18 de junio de 1977. En esta categoría, el autor incluye también los supuestos como el de la “modesta condición social” del inducido, la autoridad al liderar una organización o la presencia de “temperamentos sugestionables”. La idea de la ascendencia moral era recurrente en la doctrina y jurisprudencia españolas del siglo XIX. Por ejemplo, VIADA Y VILASECA, *Código penal reformada*

2.3. “Contextos contra-normativos”: las subculturas criminales

1. La ascendencia moral del sujeto con respecto al agente motivado puede proyectarse también a través de determinadas estructuras sociales. A este respecto, en el ámbito de la criminología se discute sobre la denominada teoría de las subculturas.¹⁷¹³ Según esta línea de pensamiento, determinados grupos de personas generan unas dinámicas conductuales que alejan a sus miembros del reconocimiento de las normas sociales más convencionalmente aceptadas. En esta coyuntura, como indica COHEN, los integrantes del grupo no delinquen sobre la base de motivos utilitaristas (razones prudenciales), sino por cuestiones relacionadas con “una especie de *malicia*, de disfrute por la incomodidad de los demás, de deleite en el propio desafío de los tabús.”¹⁷¹⁴ Esto es así porque, de nuevo con este autor, “la subcultura criminal toma sus normas de la sociedad, pero las invierte. La conducta del delincuente es correcta, según las normas de su subcultura, precisamente porque es incorrecta según las normas sociales.”¹⁷¹⁵ Las características de una subcultura son (i) su no utilitarismo, pues las acciones de sus miembros no suelen basarse en las bases de la economía racional, (ii) su malicia, pues uno de los propósitos es hacer daño a los demás, (iii) su negativismo, puesto que tienden a negar las convenciones más básicas de la sociedad y su (iv) versatilidad, pues de ellos se desprenden múltiples conductas delictivas, de tal manera que una actividad criminal específica no tiene el “monopolio” del grupo.¹⁷¹⁶ COHEN y SHORT han intentado efectuar una clasificación de estas subculturas criminales. En este sentido, para estos autores pueden distinguirse, además de las típicas bandas de criminalidad juvenil [*parent male subculture*],¹⁷¹⁷ las subculturas orientadas al conflicto [*conflict-oriented subculture*], en la que sus miembros defienden una determinada consigna ideológica o de otro tipo;¹⁷¹⁸ la subcultura de los adictos a las drogas [*drug addict subculture*];¹⁷¹⁹ los grupos de ladrones semiprofesionales [*semi-professional Theft*];¹⁷²⁰ y las subculturas de delincuentes de clase media [*middle-classe delinquent subculture*].¹⁷²¹

2. Por lo tanto, determinadas dinámicas sociales provocan que sus participantes queden inmersos en una subcultura de la criminalidad. En situaciones así, la norma de conducta tiene severas dificultades

de 1870, 1874, p. 68 indica que solo cabrá inducción cuando el influjo sea poderoso, de tal manera que “es preciso que el que tales consejos dé ó tales palabras diga tenga un gran ascendiente un gran influjo sobre la persona que obra, y además es preciso que sean aquellos tan directos, tan eficaces, tan poderosos, como una coacción física ó moral, como la misma violencia.”

¹⁷¹³ Para un resumen histórico, véase BLACKMAN, «Subculture Theory: An Historical and Contemporary Assessments of the Concept for Understanding Deviance», *Deviant Behavior*, (35), 2014, pp. 496 ss.

¹⁷¹⁴ COHEN, «The Content of the Delinquent Subculture», en JACOBY (dir.), *Classics of Criminology*, 1994, p. 202.

¹⁷¹⁵ COHEN, en JACOBY (dir.), *Classics of Criminology*, 1994, p. 202.

¹⁷¹⁶ COHEN, en JACOBY (dir.), *Classics of Criminology*, 1994, pp. 202 ss.

¹⁷¹⁷ COHEN/SHORT, «Research in Delinquent Subcultures», *Journal of Social Issues*, (14-3), 1958, pp. 24 s.

¹⁷¹⁸ COHEN/SHORT, *Journal of Social Issues*, (14-3), 1958, p. 25.

¹⁷¹⁹ COHEN/SHORT, *Journal of Social Issues*, (14-3), 1958, p. 26.

¹⁷²⁰ COHEN/SHORT, *Journal of Social Issues*, (14-3), 1958, p. 27.

¹⁷²¹ COHEN/SHORT, *Journal of Social Issues*, (14-3), 1958, p. 28.

para penetrar en sus destinatarios individuales. A los casos citados por COHEN, podemos añadir todos aquellos grupos que, por las razones que sean, han integrado unas normas opuestas a las normas sociales y, por ende, a las normas jurídicas. De esta manera, no solo cabe señalar a las bandas de delincuentes, sino también a las organizaciones terroristas o a los grupos políticos fanatizados, entre otros. En estos contextos existe lo que se puede denominar como una “tendencia contra-normativa”, en tanto que las normas que operan en el grupo son, por definición, las opuestas a las que operan en la sociedad leal con el Derecho.¹⁷²² Estas actuarían de igual modo con el que operan en los denominados “aparatos organizados de poder”: la tendencia al delito de los integrantes del grupo facilita a su dirigente que estos cumplimenten con sus propósitos, muchas veces, incluso sin necesidad de hacer uso de las características de su autoridad o amenazar al destinatario de la comunicación. Al valerse de un “contexto contra-normativo”, en el que se ha producido un intercambio de los operadores deónticos (lo prohibido es debido o permitido), el agente motivador no necesitará de muchos esfuerzos para que sus propuestas de injusto sean realizadas por los demás participantes.

3. La intervención motivacional omisiva

3.1. Motivar a través del “silencio”

1. En el ámbito de los “medios de la motivación” es conveniente plantear la posibilidad de dar cabida a una motivación por medio de una omisión. Al respecto, esta salvedad choca con dos muros conceptuales largamente polemizados. Por un lado, el problema que suscita la participación por omisión.¹⁷²³ Por el otro, en lo que a la concreción de esta contingencia en el ámbito de la motivación al delito se refiere. A la primera cuestión ya le he dado una respuesta más arriba: desde el sistema de intervención defendido en este trabajo, es perfectamente viable concebir un caso de intervención delictiva a través de una omisión.¹⁷²⁴ Con respecto a la segunda pregunta, es pertinente introducir sucintamente cuál ha sido la opinión de la doctrina con respecto a la posibilidad de una inducción omisiva. El abordaje de este problema ha estado caracterizado por la equiparación de la “instigación a través de la omisión” con el “silencio”. Según esta concepción, si en las conductas favorecedoras o

¹⁷²² Para un análisis del fenómeno sectario desde el punto de vista del Derecho penal, acogiendo al efecto del denominado modelo sistémico para entender el grupo sectario como una estructura criminógena, véase BADAÍO ANTÓN, *Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectario*, 2018, pp. 381 ss., indicando en pp. 456 que, en estos casos, “[e]l sujeto obra aceptando libremente las decisiones, pero a causa de una restricción de las posibilidades de elección o de las expectativas, cuando a dicha restricción se unen factores como el aislamiento social y cultural, el control emocional, social, ambiental y comunicativo, y la dinámica coercitiva comportamental del grupo” añadiendo que “el sujeto [integrado en la secta] sigue teniendo capacidad de voluntad pero queda *necesariamente* limitada a unas *pocas expectativas*, que son las que el líder y la dinámica del grupo le ofrecen.”

¹⁷²³ Sobre las distintas posturas doctrinales al respecto, véase, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 49 ss.

¹⁷²⁴ Al respecto, entre muchos otros y con ulteriores referencias, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 2000, pp. 507 ss.; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 200 ss.; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 235 ss.; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 495; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 4ª ed., 2017, p. 364.

ejecutivas, la omisión se presentaría como la *ausencia de un movimiento físico*, en el ámbito de la instigación se significaría por la *ausencia de un mensaje comunicativo*.¹⁷²⁵ Por lo tanto, la instigación activa, en tanto que “hacer”, supondría la emisión de un determinado mensaje (*decir algo*), en cambio, la omisiva, a modo de “no hacer”, vendría configurada por la ausencia de tal mensaje (*no decir nada*). En este contexto, son muchos los autores que niegan que tal caracterización pueda conciliarse con los presupuestos de desaprobación de esta forma de participación. Ciertamente, si esta última se define, por lo general, desde la idea de un contacto e influjo psíquico, para algunas voces siempre sería necesario la existencia de un “actuar positivo” (*decir algo*).¹⁷²⁶ Por ello, la inactividad de un sujeto en lo referido a un mensaje con contenido comunicativo equivaldría, en todo caso, a la “no evitación del nacimiento autónomo de la resolución delictiva”, pero no a su determinación.¹⁷²⁷ En tanto que con el silencio se deja de emitir, *a priori*, mensaje alguno, difícilmente podría aceptarse la existencia de un influjo comunicativo que dotara de contenido esta exigencia restrictiva, por lo que la inducción por omisión sería irrelevante.¹⁷²⁸ A estos efectos, se ha llegado a concluir que “[d]e la esencia de la inducción como acuerdo volitivo [*Willensabstimmung*], se deduce que la inducción a través de una omisión es inconcebible.”¹⁷²⁹

2. Sin embargo, otras voces doctrinales han venido señalando que también un *silencio* puede configurar, implícitamente y según el contexto dado, un mensaje aprehensible para terceros. Antes de incidir en esta idea, dejo de lado el hecho de que los casos de “estricto silencio” serán casi inexistentes en la práctica. Ciertamente, en toda transacción interpersonal se acaba por dar algún mínimo comportamiento “activo” del que puede inferirse una determinada dimensión comunicativa (guiñar un ojo, asentir ligeramente con la cabeza, hacer una mueca). En todo caso, también en un supuesto de “silencio absoluto” (plena ausencia de un mensaje comunicativo explícito) es posible inferir un mensaje de una manera implícita. En efecto, la doctrina mayoritaria no desconoce que determinadas expresiones dotadas de un significado jurídico-penal “no solo pueden hacerse expresamente, sino también a través de *comportamientos concluyentes*.”¹⁷³⁰ Frente a estos casos, que LOEWENHEIM denomina con el término de “silencio elocuente” [*beredten Schweigen*], no cabe afirmar

¹⁷²⁵ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 524; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 235.

¹⁷²⁶ OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 495; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, 1984, p. 520; SILVA SÁNCHEZ, *CPC*, 1989, p. 380, n. 103.

¹⁷²⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT*, 11ª ed., 2003, p. 731.

¹⁷²⁸ DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986, p. 318, indicando que en estos casos no existe una comunicación expresa.

¹⁷²⁹ D. MEYER, «Anstiftung durch Unterlassen?», *MDR*, (12), 1975, p. 984.

¹⁷³⁰ LOEWENHEIM, *Anstiftung durch Unterlassen, Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johan Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/Main*, 1962, p. 11 (sin cursivas en el original), con citas en n. XX de la doctrina del momento. Actualmente, véase, p.ej., GEPPERT, *JUR4*, (6), 1997, p. 303.

que nos encontremos ante supuestos de omisión, “sino ante una forma específica de un hacer positivo.”¹⁷³¹

Para fortalecer esta impresión, resulta esclarecedor aportar algunas reflexiones suscitadas en la dogmática de la estafa, habida cuenta de sus históricos paralelismos con el tema que interesa.¹⁷³² Al respecto, en este ámbito existe una interesante discusión dirigida a determinar si estos supuestos de comportamientos concluyentes constituyen casos de omisión o, por el contrario, deben reputarse como estructuras de estafa por acción. Mayoritariamente se opta por esta segunda opción.¹⁷³³ En efecto, se tiende a aceptar que el “silencio” también forma parte del lenguaje, de tal manera que puede servir de base locucionara de la que inferir, según las convenciones en las que aquel se contextualiza, una fuerza ilocucionara concreta.¹⁷³⁴ Así pues, el silencio del que puede extraerse una “conclusión” [*Rückschluss*] no es una omisión, sino una acción positiva.¹⁷³⁵ Esto último puede predicarse de cualquier comportamiento con una dimensión comunicativa de la que pueda derivarse un mensaje implícito más allá del contenido explicitado. Entonces, no se trata de contraponer el “silencio” con un “mensaje claro y concreto” sino, en todo caso, los “mensajes comunicativos explícitos” con los “mensajes comunicativos implícitos”.¹⁷³⁶ En los primeros, el contenido motivador se expone al público de manera “visible” en el soporte fonético-transmisor utilizado por la persona de detrás. En los segundos, en cambio, será necesario inferir este mismo contenido a partir de la contextualización del soporte en el marco convencional en el que se ha desarrollado (p.ej., un “guardar silencio” del comisario de policía frente a la pregunta “¿debo cometer este delito?” formulada por su subordinado). De esta manera, solo estaremos ante un caso de “omisión estricta” en aquel supuesto en el que, del silencio, no pueda extraerse una conclusión comunicativa determinada, o bien porque el comportamiento efectuado por el sujeto puede dar lugar a múltiples conclusiones, o bien porque, directamente, no da lugar a ninguna.¹⁷³⁷

A partir de esta premisa estructural, el rechazo a que los casos de “silencio” integren el contenido típico de la inducción ya no puede vincularse a la falta de un contacto comunicativo. Por el contrario, su exclusión solo puede fundamentarse, a lo sumo, por descartar que una comunicación implícita pueda satisfacer las exigencias de tipicidad de esta misma forma de participación.¹⁷³⁸ No obstante,

¹⁷³¹ LOEWENHEIM, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962, p. 11.

¹⁷³² LOEWENHEIM, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962, p. 12, suscitando el paralelismo existente entre la inducción y la estafa por la concepción tradicional de esta última a modo de influjo psíquico dirigido, no ya la creación de la resolución delictiva (caso de inducción), sino al engaño en su receptor.

¹⁷³³ Véase, principalmente, PASTOR MUÑOZ, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, 2004, p. 266; IZQUIERDO SÁNCHEZ, *Estafa por omisión*, 2018, pp. 118 ss.; DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario» en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2012, pp. 131 ss.

¹⁷³⁴ POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, «Silencio delictivo. La comisión de delitos mediante el silencio», *LH-Mir Puig*, 2017, pp. 787 ss.

¹⁷³⁵ LOEWENHEIM, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962, p. 30.

¹⁷³⁶ FUENTES OSORIO, *La preparación delictiva*, 2007, pp. 285 s.

¹⁷³⁷ LOEWENHEIM, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962, p. 14.

¹⁷³⁸ Así, p.ej., DEL ROSAL BLASCO, *CPC*, (4), 1999, p. 97; exigiendo para los casos de inducción siempre una comunicación explícita.

una parte de la doctrina (al igual que en el caso de la estafa), no tiene impedimentos en incriminar por inducción a aquellos supuestos de los que puede inferirse un determinado mensaje del silencio.¹⁷³⁹ En todo caso, ello se produce, no por aceptar una hipotética instigación por omisión, sino por entender que estos casos son de inducción activa y no implican problemas dogmáticos adicionales que en los supuestos de comunicaciones explícitas —más allá de cuestiones probatorias—. Así pues, siempre que de la ausencia de un mensaje explícito pueda desprenderse un determinado contenido comunicativo determinante de la resolución, podrá validarse la instigación activa. Por ejemplo, en aquel caso en el que el padre no desaprueba la pretensión delictiva de su hijo quien, a la vista de lo sucedido, decide definitivamente llevar a cabo el comportamiento ilícito.

5. Mismas conclusiones pueden trasladarse al ámbito de la intervención motivacional. Ciertamente, la estructura “dar razones para el injusto” puede vehicularse a través de mensajes comunicativos implícitos. Entre estos, pueden incluirse los supuestos en los que el agente motivador comunica su mensaje a través del silencio. De este modo, si, con base en las reglas convencionales que rodean la comunicación entre la persona de detrás y la persona de delante, es posible extraer un contenido comunicativo de un “permanecer callado” que implique la entrega de una *razón contra-normativa*, deberá aceptarse la concurrencia de una intervención motivacional a través de un comportamiento activo. Y ello, con independencia de la posición de garante que ocupe el emisor con respecto al receptor.¹⁷⁴⁰ Esto podrá suceder tanto en caso de *razones contra-aflictivas*, como de *razones contra-expresivas*. En el caso de las *razones contra-expresivas*, la posibilidad de inferir un contenido comunicativo del silencio será más habitual. Repárese, por ejemplo, en el *ascendente moral* que “guarda silencio” ante una petición de permiso por parte de su descendente del que es posible inferir un asentimiento inequívoco. En definitiva, el silencio que es “expresión de algo” no supone una omisión, sino una acción. Por lo tanto, de confirmarse la inferencia comunicativa, deberá concluirse que el comportamiento constituye un caso de intervención motivacional activa. Con esto dicho, se dispone de un punto de partida para trasladar el problema al objeto del presente estudio. De esta forma, la intervención motivacional omisiva no debe vincularse a los casos en los que el acto motivador es llevado a cabo a través del silencio. Sobre la base de lo acabado de indicar, estos supuestos constituyen estructuras de intervención activa si es posible desprender del silencio un determinado mensaje comunicativo (acto concluyente).

¹⁷³⁹ SCHÜNEMANN/GRECO, «§ 26», *LK-StGB*, 13ª ed., 2021, nm. 51; HAAS, «§ 26», *Matt/Renzikowski-StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 9; MURMANN, «§ 26», *StW-StGB*, 2009, nm. 4.

¹⁷⁴⁰ El silencio no se torna “expresión de algo” por la posición de garante del emisor, sino porque, de su contextualización en las reglas convenciones que informan la relación comunicativa con el receptor, es posible extraer un determinado mensaje comunicativo.

3.2. Riesgos motivacionales, ámbito de organización y omisión

1. La opción de una intervención motivacional por omisión sí puede plantearse en aquellos casos en los que un sujeto omite controlar los riesgos motivacionales incluidos en su propio ámbito de organización. La doctrina no ha reparado en estos casos más allá de presentar el supuesto en el que este peligro comunicativo se desprende de la conducta de una persona de la que el interviniente es garante. A este respecto, cabe recordar que el principio *neminem laedere* se infringe cuando se organiza defectuosamente un ámbito propio. En palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “de la institución negativa de la prohibición de organizar defectuosamente se sigue que quien organiza debe responder de su organización actuando (toman de nuevo las riendas) u omitiendo (no dirigiendo el carruaje contra las personas). En caso contrario, puede hablarse por tanto del quebrantamiento de una expectativa negativa, no dañar, que se ve defraudada ya por acción, ya por omisión, según el *statu quo* previo de la organización.”¹⁷⁴¹ En este ámbito de gestión deben incluirse todos los riesgos asumidos por el sujeto, desde su propio cuerpo, hasta elementos peligrosos externos. Así pues, como indica JAKOBS, “un ámbito de organización por regla general no sólo está compuesto por un cuerpo animado, sino que de él forman parte ulteriores propiedades, como, por ejemplo, una casa, un automóvil, una empresa, etc., y respecto de todo ello existe —por esta misma razón— un deber de aseguramiento (...) debe evitarse la existencia de un *output* lesivo del ámbito de organización (...), y un estado de organización inicialmente inocuo deberá modificarse cuando resulte que podría producir lesiones.”¹⁷⁴²

2. En efecto, hay agentes que gestionan áreas de organización en los que se pueden incluir a terceros peligrosos. Tal y como expresa ROBLES PLANAS, existen “ámbitos en los que la realización de determinadas actividades por parte de determinadas personas no resulta ya tolerable por su especial peligrosidad para los demás” de tal manera que quien “administra uno de tales ámbitos, convirtiendo en permitida la conducta peligrosa en cuestión, asigna frente a los demás la disposición de lo necesario para compensar la peligrosidad inicial.”¹⁷⁴³ De esta forma, se produce la “asunción del control de la conducta de terceros peligrosos” que se torna evidente en aquellos supuestos en los que dicha persona constituye un sujeto plenamente irresponsable.¹⁷⁴⁴ En todo caso, esta asunción también puede efectuarse con respecto a agentes plenamente responsables. En todos estos supuestos, quien infringe el deber de asegurar la conducta peligrosa del tercero se organiza defectuosamente, debiendo responder por las consecuencias lesivas que estos pudieran haber provocado. Con base en estas ideas, un sujeto cuyo control está incluido en el ámbito de gestión de otro agente también puede realizar

¹⁷⁴¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», *CPC*, (68), 1999, p. 349.

¹⁷⁴² JAKOBS, «Actuar y omitir», en EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trads. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), 2003, p. 109.

¹⁷⁴³ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 65.

¹⁷⁴⁴ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 65.

una conducta motivacional en los términos aquí defendidos. De efectuarse dicho comportamiento, el riesgo comunicativo deberá imputarse a la persona de detrás. En esta misma línea apunta SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES cuando indica que “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 (...) de todas formas no ha sido revertida.”¹⁷⁴⁵

3. En consecuencia, el carácter comisivo de la intervención motivacional, en tanto que invasión de la esfera de protección de un bien jurídico a través de la asignación de un estatus deontológico a un acontecimiento de injusto, puede realizarse por acción u omisión. Tanto motiva jurídicamente quien emite (expresa o implícitamente) una razón moral o prudencial, como quien no impide que un tercero lo haga teniendo el deber de gestionar los peligros que este pudiera generar. Aunque me haya centrado en los supuestos en los que el riesgo motivacional es realizado por una persona sujeta al control del interviniente, no cabe duda de que en esta estructura también pueden incluirse todos aquellos peligros comunicativos pertenecientes al ámbito de organización del agente motivador. Así pues, en algunos supuestos, no será necesario plantearse si la persona de detrás tenía el deber de controlar la conducta del emisor de la comunicación. En su contra, será suficiente con determinar, en palabras de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “si la información [entiéndase, el mensaje motivador] pertenece al ámbito del «inductor» y si fundamenta una posición de garante.”¹⁷⁴⁶ Efectivamente, como indica JAKOBS, el deber sobre los riesgos motivacionales “ha de dirigirse al aseguramiento o salvación ante una información inductora que, si no se lleva a cabo la acción del que omite, sale del ámbito de organización de este.”¹⁷⁴⁷ En este sentido, es plenamente factible plantear un supuesto en el que el riesgo motivador se desprende de la esfera de libertad de la persona de detrás mediante el comportamiento de un sujeto con respecto del cual no puede afirmarse la existencia de un deber de control. En caso de que este riesgo motivador en forma de razón contra-normativa formara parte del ámbito de gestión de la persona de detrás, a este se le imputará la ulterior motivación de la persona de delante como si la hubiera realizado de forma activa. Ciertamente, en estos casos, la intervención motivacional omisiva se fundamenta en el no aseguramiento de un riesgo en forma de razón para el injusto, con independencia de que se tuviera o no un deber de control sobre el sujeto que hubiera pronunciado o transmitido el mensaje.¹⁷⁴⁸ Por ejemplo:

¹⁷⁴⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 32.

¹⁷⁴⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, (48-1), 1995, p. 249.

¹⁷⁴⁷ JAKOBS, *PG*, 1997, p. 1025.

¹⁷⁴⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, (48-1), 1995, p. 250, n. 169: “la posición de garante viene definida si concluimos que ya un simple borrador es riesgos (...), o si decidimos que en todo caso fundamenta la existencia de un riesgo especial (...); no nos referimos pues a una supuesta posición de garante del jefe respecto de lo que pueda realizar su secretaria.”

Caso: *A* ha preparado un correo electrónico con el que contactará con el sicario *B* a través de la *Deep web*. En el mensaje, *A* ha estipulado que pagará 10.000 euros a *B* en caso de que mate a *C*. Días después de escribirlo, *A* se arrepiente y decide no enviar el correo, aunque se le olvida borrar su contenido. Su hijo pequeño encuentra el mensaje y pulsa el botón “enviar”. Horas más tarde, *A* recibe un correo de *B* aceptando el encargo. *A*, pese a que, en un primer momento, se había arrepentido, decide aprovechar la oportunidad y no le dice nada al sicario. *B* mata a *C*.

4. En este caso se ha emitido una razón contra-aflictiva des del ámbito de organización de *A*, por mucho que, en términos estrictamente naturalísticos, fuera su hijo quien pulsara el botón “enviar”.¹⁷⁴⁹ Este primer comportamiento se ha realizado de manera imprudente: el sujeto no era consciente de que estaba contratando a un sicario para matar a *C*, pese a lo cual, se le podía seguir exigiendo una mayor diligencia para evitar que el mensaje acabase en manos de aquel. Como he indicado, se produce aquí una intervención motivacional: una tercera persona —el sicario— detenta ahora una razón contra-normativa que atribuye un estatus deóntico a un hecho delictivo —la muerte de *C*— y que puede convertirse en motivo de su injusto. En este sentido y reiterando una idea recurrente en este trabajo, el comportamiento desaprobado puede realizarse de manera *dolosa* o *imprudente*, pues la verificación de un supuesto de intervención no requiere de más elementos que aquellos que permitan certificar objetivamente un caso de coordinación. En todo caso, esta injerencia comunicativa genera un deber de renunciar a la contribución que, en términos prácticos, consiste en anular la promesa de recompensa. Sin embargo, y aquí reside el problema, *A* ha infringido este deber de manera dolosa. Al respecto, en la medida en que este sujeto no ha acabado de perder el control sobre el riesgo comunicativo, este último (en forma de correo electrónico) le “sigue” perteneciendo, de tal manera que cuando se da cuenta de que ha llegado al sicario tiene el deber de retirarlo. Al no hacerlo, permite que la contribución motivacional siga su curso hacia el hecho delictivo, readaptándose, no solo subjetivamente, sino objetivamente a la nueva situación: el comportamiento adquiere un sentido de intervención distinto al primer caso imprudente. Por lo tanto, el sujeto debe considerarse un interviniente motivador doloso por omisión en el acontecimiento antijurídico.

5. En definitiva, puede plantearse una intervención motivacional omisiva allí donde un sujeto no evita la emisión de un peligro motivador en forma de razón contra-normativa de su propio ámbito de organización. Sin embargo, otra cosa bien diferente es reparar en aquellos casos en los que un sujeto

¹⁷⁴⁹ Ante un caso así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, (48-1), 1995, p. 247, indica que “se puede afirmar que existe inducción omisiva, allí donde se ha producido por imprudencia una *comunicación suficiente*, esto es, la que de haber mediado dolo habría supuesto una inducción activa, si después de esa comunicación suficiente, imprudente, el sujeto del que partió descubre los planes delictivos del receptor de la misma y no hace nada por impedirlos.” Así pues, “[p]uesto que la comunicación es riesgosa y pertenece a su círculo de organización —como en el caso del agente provocador—, se convierte en garante de dicha comunicación, debiendo impedir el resultado lesivo, puesto que tanto antes como ahora es incumbente.”¹⁷⁴⁹ Al omitir de manera dolosa, el sujeto infringiría este deber, lo que equivaldría, para el caso de la inducción, a la provocación activa de una resolución delictiva, pues, “el ingerente (agente provocador) *también está vinculado al suceso cuando surge su dolo*; quizás no en un sentido naturalista (desde este punto de vista sólo lo estaba cuando provocó), sí, empero, en un sentido normativista que es lo que importa; en otras palabras, ser *incumbente* (y lo es cuando surge el dolo) *versus ser causal* (*ADPCP*, (48-1), 1995, p. 249).

no motiva a otro a cumplir con el Derecho. Sobre este punto, deben efectuarse una serie de aclaraciones. A este respecto, la intervención motivacional implica un “deber de no motivar”, lo que significa, a su vez, un *deber de evitar que surjan razones contra-normativas del propio ámbito de organización*. Considero que este deber conlleva una estructura totalmente diferente a la de un hipotético “deber de motivar”. Este último supondría la *obligación de reintroducir a un sujeto resuelto a cometer un delito en un ámbito de lealtad con el Derecho*. Ciertamente, no es lo mismo concluir que una persona tiene que refrenar algunos actos comunicativos, que señalar que tiene el deber de “desmotivar” a un sujeto determinado a realizar un injusto penal. En este último caso, la omisión se significaría por la no reinclusión del sujeto en el entramado normativo del Derecho o, más en detalle, por la no aportación de razones para que el agente resuelto delictivamente retomara una actitud de lealtad con ordenamiento. Esta caracterización conlleva un tratamiento especial alejado, en todo caso, de la estructura de la suplantación de la fuerza motivadora de una norma de conducta. En efecto, la cuestión debe relacionarse con la posibilidad de que existan determinados “garantes de la motivación”, lo que implicaría la conclusión de que algunos agentes tienen una competencia sobre la motivación de terceras personas.

Esta última posibilidad abre un camino con problemas diametralmente distintos a los que han acompañado el tratamiento de la motivación al delito hasta este momento. Por lo tanto, resumo a continuación una serie de reflexiones a modo de simple *excursus*. En este sentido, la posibilidad de articular unos hipotéticos “garantes de la motivación” puede canalizarse por dos vías. La primera es entender que algunos sujetos pueden incluir en su ámbito de organización el acervo motivacional de un tercero. Sin embargo, en el momento en el que puede afirmarse esto, también puede decirse que este sujeto ha incluido en dicha esfera la propia conducta responsable de ese mismo tercero. Ciertamente, la motivación al cumplimiento del Derecho es uno de los múltiples mecanismos de los que estos sujetos disponen para evitar que los agentes incluidos en su ámbito de gestión cometan delitos. A los efectos de cumplimentar con los deberes de control y vigilancia, el agente podrá optar, de entre otros instrumentos, por motivar al sujeto responsable a que cumpla con el Derecho. Pero también podrá utilizar otros. Por ejemplo, estableciendo mecanismos fácticos que impidan al tercero realizar el delito sin que ello suponga inmiscuirse en su fuero personal. Desde esta perspectiva, una hipotética competencia sobre la motivación de otros agentes implica un solapamiento con los deberes de vigilancia y control. La segunda vía pasa por configurar un eventual *deber positivo de motivar al cumplimiento del Derecho*. La idea sería la siguiente: el Estado pretende que los miembros de la comunidad alcancen una actitud de cumplimiento de las normas del ordenamiento y que esta se generalice. Como indica PAWLIK, a este hábito o predisposición “deben su estabilidad el Ordenamiento jurídico y el ordenamiento social.”¹⁷⁵⁰ Ciertamente, sin ciudadanos que hayan asimilado “hasta el tuétano” el contenido de las prescripciones del Derecho,¹⁷⁵¹ puede resultar imposible garantizar la continuidad de la comunidad política. A estos efectos, cuando se emiten normas jurídicas se busca este hábito de

¹⁷⁵⁰ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, p. 38.

¹⁷⁵¹ PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad*, 2019, p. 37.

cumplimiento a través de mensajes deónticos de corte imperativo. No obstante, ello puede resultar insuficiente para asegurar esta pretensión. Por lo tanto, el Ordenamiento confía en otras instancias sociales para que colaboren en la asunción de una cultura de cumplimiento que afiance un ámbito de respeto a las normas jurídicas. Más en detalle, el Estado delegaría a (o confiaría en) determinados agentes sociales (padres, madres, tutores legales, profesores de enseñanza básica, por ejemplo) un deber de fomentar la generalización del respeto a los derechos de los demás. El deber de motivar al cumplimiento de las normas jurídicas constituiría, consiguientemente, en un deber de prestación o de colaboración con la comunidad política (*deber positivo*) con el fin de promover una actitud de respeto a las normas. Así pues, el deber positivo se relaciona fuertemente con la idea de *mandato*, en tanto que obligación al favorecimiento o prestación en favor de un determinado interés. En este caso, este interés constituiría la cultura de cumplimiento necesaria para el mantenimiento de la estabilidad del ordenamiento social y jurídico. Los sujetos que tuvieran este deber positivo de motivar (si se quiere, “garantes de la motivación”) tendrían la obligación de fomentar una actitud de cumplimiento normativo en determinados sujetos. Por ejemplo, los padres con respecto a los hijos o los profesores de educación primaria o secundaria con respecto a sus alumnos. Este deber incorporaría una serie de “obligaciones pedagógicas” cuyo cumplimiento se satisfaría a través de la integración del “sujeto a motivar” en el campo ético promovido por el Derecho. Dejo apuntadas estas ideas aquí que, sin duda, ameritan de un mayor desarrollo.

4. Casos límite: entre la intervención motivacional, la intervención material y la realización mediata del tipo

En lo que sigue, voy a presentar una serie de supuestos que se han tratado históricamente bajo el *topos* de la participación psíquica, tanto a través de la inducción como la complicidad psíquica. A mi parecer, estos casos pueden reconsiderarse como formas de intervención material o de realización mediata del tipo sin atender a su contenido motivador.

4.1. De nuevo, la aportación de consejos técnicos

1. La aportación de un consejo técnico, al desarrollar el “cómo” del acontecimiento antijurídico,¹⁷⁵² supone una forma de intervención delictiva en tanto que manera de co-configurar el riesgo prohibido por la norma de conducta. El elemento favorecedor en forma de información se acopla al hecho delictivo de manera coordinada con el comportamiento autorresponsable del ejecutor. De esta forma, recuperando la nomenclatura de SAMSON, tanto quien aconseja como quien entrega un instrumento

¹⁷⁵² LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 311 ss.; HOYER, «§ 26», *SK-StGB*, 9ª ed., nm. 10. En contra, CHARALAMBAKIS, *FS-Roxin*, 2001, p. 634, n. 45, en la medida que entiende que los elementos intelectuales y volitivos de la resolución al injusto “se unen de una manera no fácilmente separable en la psique del delincuente durante el proceso de decisión.” Al respecto, esta crítica solo alcanza validez si se parte de la “resolución al hecho de injusto” como punto de referencia de la estructuración de las formas de participación. No, en cambio, si uno se centra en el significado *ex ante* del comportamiento para la configuración del acontecimiento típico.

físico realiza una “ayuda técnica en el hecho” [*technischen Tathilfe*]. Ciertamente, en uso de la terminología clásica, si lo que constituye el núcleo de la desaprobación de una conducta de cooperación es el concepto de “prestación de ayuda” [*Hilfeleistung*], no hay motivos para entender que quien aporta una *información* o una *pericia* “ayude” menos o de una manera distinta que quien entrega un bien con volumen en el espacio-tiempo.¹⁷⁵³ En esta línea se ha pronunciado LÓPEZ PEREGRÍN, quien, pese a sustentar su opinión sobre el concepto rector de la resolución delictiva, indica que esta última debe diferenciarse según dos tipos de “esferas”. En primer lugar, la “subjetiva” —el ámbito de lo mental— que estaría formada por el conjunto de elementos estimuladores del delito y, por lo tanto, limitada a los casos de inducción y complicidad psíquica por refuerzo moral.¹⁷⁵⁴ Por el otro, la “objetiva”, formada por el compendio de elementos instrumentales a disposición del ejecutor del delito, lo que incluiría los supuestos constitutivos de complicidad física y de aportación de consejos técnicos.¹⁷⁵⁵ Adaptando la idea al esquema defendido en este trabajo, en palabras de AMELUNG, “una simple transferencia de información que desencadena un delito (...) solo afecta al nivel de información de la persona corrompida, mientras que la corrupción debe afectar necesariamente a la motivación de dicho sujeto si se quiere inducirlo a actuar.”¹⁷⁵⁶ Consiguientemente, aportar un consejo técnico constituye un caso de intervención material, pues no supone una interferencia en la conexión norma-destinatario.

2. Sobre estas ideas, entiendo que el conocimiento entregado por la persona de detrás puede presentar, o bien una *dimensión técnica*, o bien una meramente *informativa*. Con la primera expresión me refiero al ofrecimiento de una determinada pericia, a modo de aplicación de una ciencia, arte o práctica. En esta acepción, la entrega de consejos se desenvuelve en contextos especializados donde el futuro ejecutor del hecho antijurídico requiere de la adquisición de una habilidad concreta o un saber técnico-jurídico fuera del alcance de su posición. Piénsese en ámbitos altamente regulados, donde la información es monopolizada por determinados agentes especializados (p.ej., el asesoramiento tributario o determinadas actividades empresariales regladas por normas de ordenamientos primarios) o en aquellos conocimientos específicos relativos a la puesta en marcha de un proyecto delictivo (que compondrían algo así como una *ars criminalis* —p.ej., la manera de desconectar la alarma de un lugar o de abrir una puerta que se encuentra cerrada). Por su parte, en la segunda categoría incluyo la entrega de saberes relativos a aspectos del hecho a ejecutar. Con base en este contenido, la asesoría pierde cualquier componente técnico, por lo que no estamos ante supuestos de “educación en la experticia”, sino del esclarecimiento de determinadas circunstancias fácticas significativas para con la efectiva realización del suceso delictivo (p.ej., la información concerniente al horario personal de la víctima o el sitio en el que se encuentra el objeto del futuro

¹⁷⁵³ Igualmente, THOMMEN/NYDEGGER, *Sui-generis*, 2018, p. 261, n. 19.

¹⁷⁵⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149.

¹⁷⁵⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 312, n. 149.

¹⁷⁵⁶ AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 156.

robo). Pese a la extendida utilización del concepto “aportación de consejos técnicos”, que parecería limitar dicha categoría a la primera dimensión citada, ambas pueden integrarla sin problemas. Por esta razón, a mi parecer, es mejor utilizar la expresión “*entrega de consejos*” para reunir, bajo una misma denominación, cualquier supuesto que aporte luz sobre un extremo fáctico relativo a las circunstancias del hecho u otorgue una instrucción apropiada para la realización del acontecimiento.¹⁷⁵⁷ Tanto la entrega de un *saber informativo* como la de un *saber técnico* integran en plano de igualdad el fenómeno del asesoramiento o auxilio de carácter intelectual y su aportación debe considerarse parte de la aquí denominada *intervención material*.

4.2. Una pequeña salvedad: la contraposición entre “consejo” y “recomendación delictiva”

1. Sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, otra cosa bien diferente es que un “consejo” (a modo de constructo comunicativo) pueda significar algo más que un mero informar. Así pues, es posible que la “transmisión de conocimientos”, a modo de acto de habla asertivo, se dirija a guiar al receptor hacia la toma de una determinada decisión en tanto que acto de habla directivo. Ciertamente, la estructura comunicativa de un consejo implica siempre un elemento orientador, a saber, una dimensión relativamente motivadora, en tanto que la vocación del comportamiento efectuado por el consejero es la de sugerir o recomendar al aconsejado la realización de una específica actuación.¹⁷⁵⁸ Esta última característica, considero, ha producido cierta confusión en la doctrina a la hora de abordar la categoría de la “aportación de consejos”. Esto último ha acaecido, principalmente, en ámbitos especializados como el del asesoramiento jurídico en conjunción con la aplicación de las tesis de las conductas neutrales de intervención.

2. En este sentido, en el contexto del debate sobre la responsabilidad jurídico-penal del asesor tributario, SILVA SÁNCHEZ prefiere diferenciar los supuestos de “consejos” de los de mera “transmisión de información”.¹⁷⁵⁹ Solo en los primeros sería posible superar la neutralidad de la aportación e identificar la conducta como un favorecimiento con sentido criminal del eventual comportamiento delictivo del autor.¹⁷⁶⁰ De esta manera, cuando “el asesor abandona el ámbito de la pura información sobre normas, aplicación de las mismas y alternativas de conducta para prestar el consejo de actuar en un sentido delictivo determinado, por estimar que dicha actuación resulta recomendable en términos de coste/beneficio”¹⁷⁶¹ es posible arribar a un espacio de relevancia típica.

¹⁷⁵⁷ CHARALAMBAKIS, *FS-Roxin*, 2001, p. 634.

¹⁷⁵⁸ ASÍ, CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 199, definiendo el consejo como una “insinuación” con un contenido persuasivo.

¹⁷⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 90 ss. En el ámbito de la transmisión de información, se incluirían los supuestos de información sobre las normas aplicables, sobre la persecución de comportamientos ilícitos y sobre las alternativas de actuación.

¹⁷⁶⁰ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 91.

¹⁷⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 90 s.

El autor alcanza esta conclusión en atención a la existencia de un efecto motivador no permitido que, al no poderse subsumir en la estructura de la inducción por el carácter condicional de la comunicación,¹⁷⁶² entiende que *refuerza* “(por autoridad, prestigio, condición de especialista de quien lo presta) una determinada resolución de delinquir (...)”, lo que daría lugar a cooperación (en lo que alcanzo, psíquica por apoyo moral).¹⁷⁶³ De manera muy similar se pronuncia FRISCH con respecto al mismo problema del asesoramiento especializado. Así pues, el autor alemán indica que “[c]omo prestaciones [de ayuda] en el sentido del texto se deben considerar también informaciones jurídicas (correctas) o asesorías tributarias, que también constituyen constelaciones de riesgo (típicamente) no permitido, cuando conllevan el peligro de motivar a un tercero autorresponsable a cometer un delito.”¹⁷⁶⁴

3. No puedo estar de acuerdo con esta distinción. En primer lugar, si un consejo se entiende como una estructura comunicativa que implica un “mensaje técnico [añado: o informativo] de naturaleza condicional o hipotética” del tipo “*si quieres... entonces haz...*”;¹⁷⁶⁵ también los supuestos de mera “transmisión de información” reúnen, en la mayoría de los casos, esta característica estructural, aunque sea de manera implícita. Es difícil considerar un caso en el que la transmisión de una información no exprese la intención del hablante de que el saber pase a integrar los recursos intelectivos del destinatario de la comunicación. En segundo lugar, sobre la base de este entendimiento, el efecto motivador concomitante al consejo técnico serviría, otra vez, para adscribir relevancia típica a este comportamiento. En concreto, el contenido directivo-motivador permitiría superar el ámbito de neutralidad de la conducta, alcanzado con ello un espacio no estereotipado, por lo que susceptible de desaprobación jurídico-penal. En definitiva, el apoyo moral haría las mismas que en los casos relatados en el segundo capítulo: servir de instrumento para canalizar hacia un espacio de tipicidad conductas que presentan *a priori* complicaciones estructurales al efecto. En este caso concreto, para desestereotipar el asesoramiento realizado en el marco de profesiones estandarizadas.

4. Frente a esta manera de proceder, entiendo que un “consejo” (a modo de estructura comunicativa condicional en los términos de SILVA SÁNCHEZ) puede caracterizarse sobre la base de dos particularidades: (α) el *objeto del querer* y (β) la *condición concreta para conseguir el fin*. En lo que se refiere a la primera característica, con ella se dotaría de contenido a la expresión “*si quieres...*”, constituyendo el fin a satisfacer por medio de la recomendación o sugerencia. Este objeto puede constituir, entiendo, o bien un injusto mínimamente definido (p.ej., defraudar a la Hacienda Pública, apropiarse indebidamente del dinero de una empresa de la que uno es administrador, etc.), o bien un objetivo *a*

¹⁷⁶² SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 91.

¹⁷⁶³ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 90 s.

¹⁷⁶⁴ FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 83, n. 153.

¹⁷⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, p. 90.

priori no ilícito (p.ej., pagar menos impuestos, ganar más dinero). Finalmente, entiendo que la *condición* presentada por el consejero,¹⁷⁶⁶ en tanto que manera de alcanzar el objetivo (“*entonces haz...*”), puede suponer tanto una *información/técnica* como un *ilícito*. Sobre esta base, pueden establecerse un conjunto determinado de combinaciones, siendo dos las más importantes. En primer lugar, cuando (α) constituye un *injusto* y (β) una *información/técnica*, estamos ante un caso paradigmático de aportación de consejos tal y como esta construcción ha sido definida en el anterior subapartado: la transmisión de un recurso intelectual que se acopla al conjunto de útiles del futuro ejecutor del delito. Así considerada, no hay problemas para desaprobar esta conducta como forma de intervención en tanto que configura el riesgo prohibido por el tipo penal. En cambio, cuando (α) constituye un *objetivo a priori lícito* y (β) un *injusto*, nos encontramos más bien con cuestiones vinculadas al problema de la motivación al delito que a la estricta transmisión de conocimientos o pericias idóneas para realizar un ilícito.¹⁷⁶⁷ Es cierto, no obstante, que pretender establecer una división taxonómica entre estas dos constelaciones casuísticas puede llegar a resultar incompatible con la cotidianidad de los contactos comunicativos. Muchas veces, la motivación dirigida al delito se aposenta sobre la propia transmisión de información o pericias, por lo que estas resultan ser el mecanismo que permite al emisor del consejo motivar a su destinatario. Sin perjuicio de esta salvedad y de la existencia de casos límites, creo que es perfectamente adecuado establecer esta distinción, principalmente, con respecto al sentido que cada una de estas categorías presenta en relación con la configuración del hecho delictivo.

5. De esta manera, la primera combinación es la que mejor encaja, como acabo de indicar, con el constructo de la “aportación de consejos”. Por lo tanto, el núcleo de su desaprobación jurídico-penal debe identificarse en la transmisión de aquella información o pericia que pudiera acoplarse al conjunto de elementos peligrosos que conformarían el hecho delictivo. En el contexto de esta caracterización, los posibles “efectos motivadores”¹⁷⁶⁸ implícitos a esta transmisión condicionada de conocimientos o técnicas deben reputarse, en todo caso, como concomitantes.¹⁷⁶⁹ Por ello, el principal pilar de la desaprobación de la conducta deberá ser el sentido primario del aporte, a saber, iluminar al destinatario en cuestiones idóneas para con la consecución de su objetivo ilícito.¹⁷⁷⁰ A los efectos de superar la posible neutralidad de este consejo, lo ideal será centrarse en valoraciones objetivas vertidas

¹⁷⁶⁶ En el marco de una estructura comunicativa de tipo motivacional que, en todo caso, puede presentar una dimensión expresa o implícita (como ocurrirá la mayor parte de las veces).

¹⁷⁶⁷ Parecido, JOERDEN, *FS-Puppe*, 2011, p. 574: “(...) cuando se aconseja forzar la puerta trasera de una casa en caso de un posible robo, o cuando se da el código de un dispositivo de seguridad, etc. Se trata de un mero acto de ayuda, en este caso en el sentido de la llamada cooperación intelectual. La evaluación sólo cambia si el asesor combina, al menos implícitamente, su asesoramiento 'técnico' con la petición de que se cometa el delito.”

¹⁷⁶⁸ Próximo, CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), 1877, p. 202: “[e]l consejero [por medio de instrucciones] imprime cierto impulso á la voluntad del agente, y á la vez obra sobre la acción (...). Por esto se equiparó con exactitud la indicación [aportación de consejos técnicos o informativos] á la suministración de los medios, no obstante, que la ciencia enumera la primera entre las figuras de mero concurso moral y la segunda entre las de concurso físico.”

¹⁷⁶⁹ Por lo que su tratamiento jurídico-penal debe condicionarse a los requisitos esgrimidos en las páginas anteriores.

¹⁷⁷⁰ O de un objetivo todavía por definir, teniendo en cuenta que es perfectamente viable aportar un elemento peligroso acoplable a un futuro hecho delictivo cuando su ejecutor todavía no ha resuelto internamente realizarlo.

sobre el comportamiento efectuado por el asesor, no en cuestiones subjetivas relativas a su impacto motivacional. Básicamente, se deberá operar con aquellos criterios que permitan entender que la contribución supone un ajuste de sentido al hecho delictivo (proto)proyectado por el aconsejado. Así pues, tal y como expresa ROBLES PLANAS, “habrá complicidad punible cuando el asesor acopla su actuación a ese concreto hecho” resultando “necesario que la actividad de asesoramiento se proyecte sobre situaciones anormales, al margen de la actividad usual de la profesión, esto es, situaciones no contempladas por la *lex artis*, los protocolos, las regulaciones sectoriales, los estándares técnicos, los procedimientos formalizados, los referentes reconocidos de la comunidad en cuestión, etc.”¹⁷⁷¹

6. En cambio, la segunda combinación coincide con la discusión sobre si un “consejo” (entendido como una estructura lingüístico-comunicativa de carácter condicional) es un medio adecuado para determinar o reforzar una resolución delictiva. GÓMEZ RIVERO problematiza en esta categoría mensajes de la clase “yo mataría a quien me hiciera lo que a ti te han hecho”¹⁷⁷² o “entonces lo mejor es que robes un banco.”¹⁷⁷³ En ámbitos especializados, la fuerza motivadora de esta comunicación se sostendrá, por lo general, en la propia transmisión de saberes técnicos o informativos (p.ej., frente a la consulta de un cliente sobre cómo optimizar el “cumplimiento” de sus deberes tributarios, la recomendación de la aplicación de una determinada pericia defraudatoria o la configuración directa de un *planning fiscal*).¹⁷⁷⁴ En estos supuestos, parece que el sentido primario de la contribución del asesor es, justamente, la de dirigir el comportamiento del cliente hacia la comisión de un injusto en tanto que actuación recomendada y sugerida para dar respuesta a su objetivo. Sobre esta premisa, los útiles de tipo intelectual que pudieran acompañar o fundamentar esta misma conducta motivadora son los que parecen presentar, *a priori*, un carácter concomitante. Con tal de diferenciarlos terminológicamente de la anterior estructura, propongo que estos casos se denominen “*recomendaciones delictivas*”: mensajes de carácter condicional referidos a la futura comisión de un ilícito jurídico-penal como mecanismo para satisfacer el *objeto del querer* planteado por el aconsejado.¹⁷⁷⁵

7. Expuesta esta esquemática, es momento para ver si estas *recomendaciones delictivas* pueden desaprobarse como formas de intervención motivacional. A este respecto, es importante efectuar una advertencia previa. En efecto, más allá de las disquisiciones vertidas al respecto por la doctrina al hilo de la inducción, lo que está claro es que cuando esta recomendación se expresa en la coyuntura de un

¹⁷⁷¹ ROBLES PLANAS, *La Ley*, (7015), 2008, p. 9. El consejo técnico dejará de ser un riesgo permitido cuando suponga una prestación referida a una “*actuación de terceros*, a la cual se *adaptan*” (FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 2012, p. 85).

¹⁷⁷² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 175, n. 408.

¹⁷⁷³ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 177, como respuesta a una situación económica difícil planteada por un amigo.

¹⁷⁷⁴ DE LA CUERDA MARTÍN, «La responsabilidad penal del asesor fiscal», en DEMETRIO CRESPO/SANZ DÍAZ-PALACIOS (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, 2019, p. 37.

¹⁷⁷⁵ Parecido WEIGEND, *FS-Nishibara*, 1998, p. 209. Para SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1986, p. 179, la “participación en un hecho ajeno a través de consejos” puede versar sobre, o bien “las modalidades de ejecución de un delito ya resuelto por el autor” (lo que daría lugar a *auxilium*), o bien sobre “si el autor debe cometer el delito no” (constitutivo de *consilium*).

asesoramiento especializado, el remanente técnico o informativo siempre puede fundamentar por sí solo una eventual desaprobación penal. Ciertamente, más allá de la posibilidad de castigar por el efecto motivador, está claro que estos supuestos pueden considerarse integrantes de la intervención material con base en la existencia del saber o la información concomitante a la recomendación. Así pues, si un asesor fiscal “recomienda” a su cliente que defraude a la Hacienda Pública presentándole al efecto un mecanismo adecuado (*saber técnico*), se le podrá hacer responsable por el hecho delictivo ejecutado por el obligado tributario. Esta afirmación se justifica en la medida que dicho consejo se habrá objetivado en el acontecimiento en forma de riesgo cuantitativa y cualitativamente desaprobado como acto de favorecimiento de la defraudación (son casos de “motivación a través de la instrucción”). En consecuencia, quien realiza una recomendación delictiva sustentada en *informaciones* o *saberes técnicos* interviene en el delito al configurar el riesgo prohibido por el tipo de la Parte Especial.¹⁷⁷⁶

8. La posibilidad de vincular esta clase de comportamientos con el hecho antijurídico, no solo con base en este bien de tipo intelectual, sino también por la relevancia motivadora del asesoramiento, es una cuestión que solo puede responderse aplicando la estructura de la intervención motivacional defendida en este trabajo. Esta incógnita se acentúa en aquellos supuestos de recomendaciones delictivas que no van acompañadas de elementos intelectivos susceptibles a objetivarse en el acontecimiento delictivo (p.ej., mensajes como “viendo la precaria situación en la que te encuentras, yo de ti robaría a alguien” o “si lo que quieres es ganar dinero fácil y rápido, lo mejor es traficar con estupefacientes”). A este respecto, con independencia de la posible efectividad psicológica de esta clase de mensajes, lo cierto es que difícilmente pueden visualizarse como injerencias en la relación comunicativa existente entre la norma de conducta y su destinatario. En este sentido, una recomendación delictiva constituye, en la mayoría de los casos, una manera de iluminar al receptor de la comunicación sobre un curso de acción posible o hipotético. Sin embargo, esto no es suficiente para intervenir en el hecho delictivo a través de actos motivadores. Por el contrario, es necesario que este mensaje se complemente con razones contra-normativas que permitan acoplar a este curso de acción un determinado estatus deóntico. Si estas faltan, no habrá posibilidad de conectar al agente con el acontecimiento antijurídico ejecutado con posterioridad por el receptor de la comunicación.

¹⁷⁷⁶ Lo que no necesariamente ocurrirá en contextos de asesoramiento especializado. Así, fíjese en el siguiente caso planteado por NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 187 s., “A es conocedor de las dificultades económicas de T. Por ello, le recomienda que debería hacerse con una gasolinera. T responde diciendo que esto es demasiado peligroso, pues el lugar está lleno de cámaras. A informa a T sobre cómo operar para superar las cámaras.” Al respecto, más allá que un mensaje de tipo “deberías hacerte con una gasolinera” suponga una intervención motivacional, la desaprobación del comportamiento de A puede defenderse sin problemas a través de la aportación del consejo técnico con el que “vehiculiza” dicho acto motivador. Por ello, puede considerarse un interviniente no-motivacional al desarrollar una parcela del riesgo prohibido (la información favorecedora relativa a cómo inutilizar los dispositivos de protección del lugar).

4.3. Creación o referencia a una oportunidad o hecho favorable [*Hinweise auf günstige Tatgelegenheiten*]

1. En este grupo de casos, un sujeto expone una información o crea una determinada situación que puede motivar al destinatario de la comunicación a realizar un delito. Así pues, por ejemplo:

Caso 1: *A* le informa a *B*, quien le ha dicho que tiene severos problemas económicos, que *C*, un vecino que dispone en su casa de un tríptico original de Francis Bacon valorado en millones de euros, se encuentra fuera de la ciudad en estos momentos.¹⁷⁷⁷

Caso 2: *A* le pide a su vecino *B* que cuide de su casa mientras está de viaje. *B*, molesto con *A* por un comentario que le profirió semanas atrás y sabiendo que por el barrio merodea una pandilla de jóvenes que se ha dedicado a robar en algunas viviendas, decide dejar abierta la puerta de la casa, esperando que esto anime a los chicos. Una noche, viendo la posibilidad de acceder a la vivienda de *A* al estar su puerta abierta, los jóvenes deciden entrar en ella y se apoderan de una serie de objetos.¹⁷⁷⁸

Algunos autores que han tratado estos supuestos concluyen, desde una perspectiva sesgada por el fenotipo de la instigación, que estas conductas deberían reputarse como formas de complicidad psíquica por apoyo moral.¹⁷⁷⁹ Teniendo en cuenta lo indicado en el segundo capítulo, esto es, que esta categoría de la participación psíquica (entiéndase, desde la perspectiva de la doctrina mayoritaria) no es un *minus* con respecto a la inducción sino un *aliud* que estructuralmente solo puede aparecer en un momento *post-resolutivo*,¹⁷⁸⁰ difícilmente puedo estar de acuerdo con esta consideración. En todo caso, partiendo del esquema defendido en este trabajo, estos supuestos presentan dos incógnitas. En primer lugar, si pueden considerarse formas de intervención motivacional. En segundo lugar, si las informaciones vertidas por el hablante, más allá de sus repercusiones motivadoras, pueden interpretarse como fragmentos del hecho desde la perspectiva de la intervención material.

2. La primera pregunta tiene una respuesta clara: quien crea oportunidades para cometer el delito o hace referencia a ellas no efectúa un comportamiento motivador penalmente relevante. En efecto, este tipo de comunicaciones no constituyen injerencias en la relación comunicativa norma-destinatario, por lo que solo constituyen maneras de indicar sobre la existencia de un posible curso de acción delictivo.¹⁷⁸¹ En este sentido, la resolución de estos casos es estructuralmente equivalente

¹⁷⁷⁷ Variación de un caso planteado por NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 196.

¹⁷⁷⁸ Caso planteado por AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 171 extraído de SCHLEHOFER, *Täterschaftliches Begehen einer vorsätzlichen Straftat* (§ 25 StGB), 2º Capítulo, A.III, 1.c

¹⁷⁷⁹ Así, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 805; NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, p. 196; HOYER, «§ 26», *SK-StGB*, 9ª ed., nms. 12 ss.

¹⁷⁸⁰ Desde los esquemas de la doctrina mayoritaria, estos casos podrían resolverse de existir una atenuante facultativa para la inducción.

¹⁷⁸¹ La doctrina mayoritaria está de acuerdo con esta conclusión, aunque la alcanza exigiendo, como indicaba en el capítulo III, un “influjo psíquico” para validar la existencia de una instigación punible. En contra, por todos, KÜHL, «§ 26», *Lackner/Kühl-StGB*, 29ª ed., 2018, nm. 2.

a los de las recomendaciones delictivas. Que el comportamiento del sujeto, al referirse a la oportunidad (caso 1) o al crearla (caso 2), haya provocado psicológicamente una resolución al delito no es un dato suficiente como para desaprobarlo desde la óptica de la estructura de la intervención motivacional. La amenaza de pena y la razón moral desprendida de la norma de conducta sigue estando vigente desde la perspectiva del futuro ejecutor, de tal manera que la motivación que este pudiera expresar al cometer el delito depende solo de él. Sea como fuere, ciñendo la resolución a la clase de información vertida en estos supuestos, puede traerse a colación una interesante reflexión planteada por AMELUNG. Según este autor, los ciudadanos están expuestos permanentemente a información y situaciones que ofrecen “oportunidades” para cometer delitos. Así pues, estas “no solo se comunican (...), sino que incluso se crean, porque hay un alto grado de confianza en que no se utilizarán para cometer delitos. Piénsese en el establecimiento de tiendas de autoservicio, en el libre acceso a los andenes del ferrocarril, que sustituyó los controles que existían hace sólo unas décadas (...); si el sistema legal tolera incluso la creación de tales oportunidades, sería incoherente utilizar la indicación de una oportunidad para cometer un delito como razón para amenazar con una pena.”¹⁷⁸²

3. La segunda pregunta presenta mayores complicaciones. A este respecto, pueden ocurrir dos cosas. Por un lado, que el hecho de comunicar, crear o presentar una oportunidad para cometer el delito constituya una forma de entregar una información relevante para el desarrollo del acontecimiento antijurídico (caso 1). Por otro lado, que la creación de la oportunidad pueda vincularse a la infracción de los deberes de protección desprendidos de una eventual posición de garante (caso 2).

4. Paso a centrarme en la primera hipótesis. Al respecto, en muchas ocasiones, la información vertida por el comunicador, más allá de sus implicaciones volitivas, puede llegar a estar capacitada para integrar parte de la *identidad típica* del hecho antijurídico, pues constituye un elemento favorecedor de su objetivación en un plano externo. En el caso 1, por ejemplo, el dato concerniente a la ubicación del vecino y el valor de su pertenencia es importante para la correcta ejecución de un delito de robo. Volviendo a la caracterización de un consejo como mecanismo comunicativo formado por la referencia a un (α) *objeto del querer* y una (β) *condición para satisfacer dicho fin*, en estos casos, (α) constituiría un objetivo no ilícito (por ejemplo, superar una difícil situación económica) y (β) una información técnica susceptible a integrarse en el futuro suceso delictivo como parte de su dimensión de peligro cuantitativo-cualitativo. A estos efectos, su calificación como *intervención material* no debe ceñirse únicamente a los casos en los que el destinatario de la información pide a su destinatario que “le informe sobre oportunidades favorables.”¹⁷⁸³ Por el contrario, esta calificación también es posible cuando esta solicitud informativa no existe.¹⁷⁸⁴ En este sentido, exigir una previa “resolución

¹⁷⁸² AMELUNG, *FS-Schroeder*, 2006, p. 171.

¹⁷⁸³ Así, JOERDEN, *FS-Puppe*, 2011, p. 576, quien considera que, solo en estos casos, la conducta de quien comunica la información debe reputarse de mera complicidad por aportación de consejos.

¹⁷⁸⁴ Parecido, NEPOMUCK, *Anstiftung und Tatinteresse*, 2008, pp. 192 ss., considerando como una aportación de “ayuda insustituible”, pero no como una inducción, que A le dé a B la clave de la caja fuerte de su padre, sin que se lo haya pedido

delictiva” del destinatario de la información solo es plausible en el ámbito de la participación en su sentido tradicional, pero no en el contexto de la contraposición entre intervención motivacional y material. En esta última, lo importante no es visualizar si la persona de detrás ha creado u originado un determinado estadio resolutorio en la mente del destinatario de su comunicación, sino si su contribución, o bien integra la *identidad típica* del acontecimiento antijurídico, o bien supone el *motivo* de parte o la totalidad de su existencia. En estos casos, pese a que quien recibe la información todavía no está resuelto a cometer un delito en concreto, la referencia a una oportunidad favorable se puede identificar como un elemento peligroso que favorece la puesta en marcha en un plano externo de un hecho delictivo, pese a que su motivación todavía no exista.¹⁷⁸⁵ Así pues, la aportación de una comunicación de estas características resulta en un supuesto más de “aportación de consejos” y, en consecuencia, constituye intervención en el suceso delictivo posteriormente ejecutado.¹⁷⁸⁶

5. Evidentemente, esta información deberá superar un umbral de neutralidad. A estos efectos, el aporte deberá ser significativo y presentar el sentido objetivo de adaptarse al ulterior ejecutor del delito. Para con ello, pese a no ser necesaria la existencia de una previa resolución al delito, sí es exigible que la contribución tenga el sentido de ajustarse a la necesidad expresada por el sujeto con tal de que, a través de la combinación de ambos polos (información u oportunidad favorable comunicada y necesidad expresada) se infiera la futurible comisión de un hecho delictivo.¹⁷⁸⁷ Para ilustrar esta idea, téngase en cuenta los siguientes supuestos de hecho:

Caso 1: *A* y *B* están conversando en un bar sobre matemáticas. *A* le comunica a *B*, a modo de curiosidad, que su vecino le ha dicho que el código secreto de su caja fuerte son los 6 primeros decimales del número *II* “141592”. *B* no le da importancia al dato en ese momento, pero, semanas más tarde, ante la angustiada situación económica en la que se encuentra, decide robar al vecino de *A* utilizando esa misma combinación numérica.

Caso 2: *A* y *B* están conversando en un bar. *B* le comunica a *A* sus problemas económicos y que es incapaz de encontrar alguna solución a sus múltiples deudas. *A* le comunica a *B*, a modo de curiosidad, que su vecino le ha dicho que el código secreto de su caja fuerte son los 6 primeros decimales del número *II* “141592”. Días más tarde, *B* se apodera de los bienes custodiados en la caja fuerte del vecino de *A*.

e indicándole que “tome el dinero”. Ciertamente, aunque la información sobre cómo abrir el dispositivo de custodia pueda entenderse como una “razón para el injusto” para *B*, también integra sin problemas la categoría de la intervención no-motivacional al constituir un elemento intelectual peligroso acoplable al hecho típico posteriormente ejecutado (aunque su receptor no estuviera todavía resuelto a cometerlo).

¹⁷⁸⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, pp. 16 s., “en realidad, la cuestión de la creación, dolosa o 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”.

¹⁷⁸⁶ En muchas ocasiones, esta transmisión de conocimientos se efectuará de manera imprudente lo que no obstará, según la tesis defendida en este trabajo, al castigo.

¹⁷⁸⁷ Como indica ROBLES PLANAS, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, 2003, pp. 57 s., la aportación debe adquirir el significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo.

En el primer caso, el comportamiento de *A* es constitutivo, a lo sumo, de un delito de revelación de secretos. Así pues, esta no puede interpretarse como una conducta dirigida a acoplarse a un ulterior comportamiento delictivo, pues del contexto comunicativo no se infiere esta dirección de ajuste. El sujeto, sencillamente, se limita a verter una información que, posteriormente, es utilizada por su receptor dadas ciertas circunstancias contextuales no comunicadas al emisor. Un ciudadano no puede estar siempre pendiente de “medir sus palabras” a riesgo de “ofrecer” con ellas oportunidades o informaciones relevantes de las que un tercero pudiera servirse.¹⁷⁸⁸ En su contra, es menester que estos saberes se expongan ante una situación de la que pueda deducirse un más que previsible aprovechamiento a los efectos de cometer un delito.¹⁷⁸⁹ Esto es lo que ocurre en el segundo caso, en el que la referencia a la oportunidad favorable expuesta por *A* se produce como respuesta a la exposición de una determinada situación con respecto a la que dicha mención pretende servir funcionalmente. El significado *prima facie* del comportamiento de *A* es el de aconsejar (en realidad, “motivar a través de la instrucción”) a *B* sobre el “cómo” de un hipotético delito de robo, aunque este no tenga una resolución delictiva al efecto. Por ello, *A* debe ser considerado un interviniente material en la misma línea empleada para resolver los casos de “recomendaciones delictivas”. El saber concomitante al consejo sibilino es suficiente para vincular al emisor con el eventual acontecimiento antijurídico ejecutado por su receptor, con independencia de la relevancia penal del influjo motivador inherente a la comunicación.¹⁷⁹⁰

6. Por otro lado, en los supuestos en los que la oportunidad para cometer el delito es “creada” por el sujeto (caso 2 anterior), puede ocurrir que esto se realice infringiendo determinados deberes de protección dependidos de una posición de garante construida con anterioridad. En caso de poder afirmarse este extremo, a saber, que el sujeto ostenta una posición de garante, habiendo incluido en su esfera de organización la protección de un determinado interés jurídico (en el caso indicado, la inviolabilidad del domicilio de *A*), la creación de esta oportunidad (dejar abierta la puerta) puede considerarse una contribución material en el delito de robo ejecutado por los jóvenes. De esta manera, la inminencia del peligro (los jóvenes merodeaban por el vecindario y se sabía que habían robado en otras casas) obliga al sujeto que ha asumido el deber de protección que tiene por objeto la vivienda de *A* a resguardarla de este peligro. Al dejar la puerta abierta (de manera dolosa o imprudente), *B* ha infringido este deber, contribuyendo con ello a la creación de las condiciones propicias para la

¹⁷⁸⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, pp. 16 s.: “las acciones ambivalentes (del supuesto inductor) no generan responsabilidad, y la creación de una situación que favorece la ejecución a otro, en principio habrá de ser vista como una tal acción neutral o inocuo, en definitiva, en términos clásicos, como socialmente adecuada”.

¹⁷⁸⁹ Como indica VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, pp. 138 ss., con base a lo que él denomina “registro prospectivo de la accesoriedad”, “consiste en concretizar la peligrosidad de la acción individual a la luz del colectivo en el que se insertará” con base en la “virtualidad del acontecimiento *por-venir*.”

¹⁷⁹⁰ Sobre este punto, la doctrina suele descartar que se trate de un comportamiento motivador típico, p.ej., KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsrechtstypen*, 2019, p. 539.

correcta ejecución del delito de robo. Ello puede considerarse una forma de intervención material en dicho acontecimiento antijurídico.

4.4. Casos de “voluntad condicionada”

1. En estos casos, un sujeto solicita a otro que efectúe un determinado comportamiento con respecto al que ha condicionado su ulterior conducta delictiva. La doctrina suele incluir únicamente los casos en los que se solicita una “recompensa económica”: un “reflejo” del paradigmático caso del sicario en el ámbito de la inducción.¹⁷⁹¹ En su contra, incluyo en esta categoría cualquier caso en el que la voluntad delictiva de un individuo se condiciona al hecho de solicitar a otra persona que realice cualquier cosa, no solo un pago monetario. Por ejemplo:

Caso: *A* quiere matar a *C* y compra un arma de fuego para realizar el hecho. No obstante, condiciona su ejecución a que *B*, un enemigo acérrimo de *C*, le confirme si el hecho de matarlo “está bien o no”. *B* le dice que sí a *A* y este mata a *C*.

En estos casos, el agente que pide la condición dispone de una resolución delictiva¹⁷⁹² que tiene por objeto un comportamiento cuyo accionamiento está condicionado a la realización de una específica conducta por parte de un tercero, a quien se lo demanda.¹⁷⁹³ Por lo tanto, con base en el entendimiento mayoritario, no cabría la posibilidad de calificar al sujeto como inductor.¹⁷⁹⁴ A los efectos de superar esta aparente impunidad, la doctrina ha seguido dos caminos diferenciados. Por un lado, el de “reformular” el concepto de resolución delictiva para poder entender que, en estos casos, el sujeto todavía no está resuelto plenamente y, por lo tanto, poder considerar la opción de la inducción.¹⁷⁹⁵ Por el otro, el de concluir que el comportamiento “detonador” constituye un acto de favorecimiento y debe ser castigado a través de la cooperación (en el caso español, necesaria).¹⁷⁹⁶

2. La primera opción aproxima estos supuestos a la categoría de la intervención motivacional. A su vez, este camino implica una consideración sobre el concepto de resolución delictiva que no es momento de realizar. Al respecto, solo indicar que, en mi opinión, un sujeto que presenta una

¹⁷⁹¹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 427 ss.

¹⁷⁹² Esta afirmación está condicionada a un ulterior desarrollo del concepto “resolución delictiva”. Sobre esto, véase *infra* Capítulo VII, ap. III. Sin embargo, se muestra contrario de considerar que en estos casos pueda hablarse de “resolución delictiva”, ROXIN, «Über den Tatentschluß», *FS-Schröder*, 1987, p.155, a los efectos de poder castigar a quien “realiza la condición” como inductor, evitando su impunidad.

¹⁷⁹³ Para GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 430, son casos de “inducción invertida”, en los que “el que posteriormente ejecuta el hecho, induce a otro sujeto al cumplimiento de una condición (pago de dinero) que conlleva la ejecución del delito.”

¹⁷⁹⁴ En contra, ROXIN, *FS-Schröder*, 1987, p. 155, quien considera que en estos casos no puede hablarse de “resolución delictiva”. Esto le permite castigar como inductor a quien realiza la condición, evitando la consecuencia de la impunidad.

¹⁷⁹⁵ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 228 s.: “[i]ncluso quien se ofrece a cometer el hecho (p.ej., por dinero como contraprestación) aún puede ser inducido, porque la decisión o resolución concreta de realizar el hecho depende de la conducta del inductor.”

¹⁷⁹⁶ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 429, 431.

proyección delictiva de estas características está igualmente resuelto a cometer un delito. Pero, como he indicado con anterioridad, esto no es impedimento para vetar una eventual intervención motivacional, puesto que esta puede validarse en cualquier momento del *iter criminis* subjetivo de la persona receptora del influjo (con independencia del impacto que esto pueda producir en la atribución del correspondiente título de intervención). Así pues, si la “condición” satisfecha por la persona de detrás puede caracterizarse como una razón contra-normativa, quien la cumpla, deberá ser considerada interviniente motivador en el hecho ulteriormente ejecutado. En el caso “invertido” del sicario, en el que un sujeto le pide una recompensa económica a otro a cambio de cometer un delito, el cumplimiento de esta condición puede visualizarse como una razón contra-aflictiva. En el caso propuesto, podría aceptarse la concurrencia de una razón contra-expresiva de existir algún tipo de relación de ascendencia moral entre *B* y *A* que permitieran señalar la comunicación del primer sujeto como una forma de “dar permiso” para ejecutar el delito.

3. La segunda opción dispuesta por la doctrina acerca estos casos a la estructura de la intervención material. A este respecto, en muchas ocasiones, la condición con respecto a la que supeditará el “ofertante” su futuro comportamiento ilícito no constituirá una razón contra-normativa. De darse esta eventualidad, cabe preguntarse si el supuesto podría desaprobarse conforme a los cánones de la intervención material. Con base en el modelo defendido en este trabajo, podría decirse *a priori* que el cumplimiento de la condición constituiría una forma de “favorecimiento” en tanto que conducta capacitada para destruir las distintas contenciones que mantenían “en reposo” el proyecto delictivo del otro sujeto.¹⁷⁹⁷ Con esto dicho, es cierto que, en términos estrictamente fácticos, quien realiza la condición a la que el ulterior agente ejecutor ha subordinado la futura ejecución del delito, efectúa un comportamiento “detonante” a partir del cual se desarrolla el peligro desprendido del comportamiento de la persona de delante. Sin embargo, difícilmente puede aceptarse como regla universal este mecanismo de atribución de responsabilidad. En otras palabras, es dudoso que el hecho de solicitar una condición para cometer un hecho antijurídico a una persona capacitada para otorgarla presuponga automáticamente y en todo caso que esta intervenga en el delito de accionar el detonante. Responder afirmativamente a esta pregunta supondría aceptar, en consecuencia, que cualquier ciudadano podría convertirse *ipso facto* en garante de un determinado riesgo de ser solicitado por otro a dichos efectos. Repárese, así pues, en el siguiente ejemplo:

Caso: *A* se dispone a jugar a un macabro juego de rol. Armado con una pistola, apunta a un transeúnte aleatorio que camina por la calle y le dice a *B*, otro peatón al que no conoce, lo siguiente: “solo le mataré si tú me lo dices, ¿sí o no?”. *B* es consciente del riesgo y de la seriedad de la propuesta. Sin embargo, asienta. *A* dispara al transeúnte anónimo, quien muere.

¹⁷⁹⁷ Siguiendo la terminología clásica, se diría no habría posibilidad de inducción al estar el sujeto resuelto a cometer el delito; sin embargo, al cumplir la condición, se estaría contribuyendo al hecho con una condición sin el cual este no se hubiera realizado. Por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 429 ss.

Salvo que se considere que la existencia de un peligro inmediato sobre bienes personalísimos debe reconfigurar las esferas de competencia del ciudadano implicado, considero que la mejor manera de desaprobación de estos casos es a través de la estructura de la omisión del deber de socorro. Ciertamente, salvo que pueda asegurarse una posición de garante previa, o bien respecto de la vida del sujeto, o bien respecto del comportamiento del tercero, una situación de estas características no debe reconfigurar el haz de deberes del implicado a riesgo de conectarlo con el conflicto por una circunstancia meramente azarosa.

4.5. La “mera presencia en el lugar”

1. En el primer capítulo, he señalado como paradigmáticos de la aplicación de la complicidad psíquica los casos de acompañamiento al ejecutor en el lugar en el que se desarrolla el hecho delictivo. También comentaba como la doctrina mayoritaria, en la línea de limitar el carácter expansivo de esta estructura tal y como es entendida por la jurisprudencia alemana, suele castigar sus supuestos solo cuando existe una “predisposición de actuación a favor del autor.”¹⁷⁹⁸ Al respecto, se entiende que esta “predisposición” sirve a modo de apoyo moral al ejecutor del delito. La falta de una contribución “tangible” o “fáctica” en el hecho es una de las principales razones que ha llevado a la doctrina a buscar el acto favorecedor en el mundo de lo “espiritual” o “anímico”. Pero esta apreciación está sesgada por la necesidad de visualizar un impacto “efectivamente causal” en el mundo para validar la intervención. Esto no tiene por qué ser así, pues la mayoría de los elementos aparentemente favorecedores no producen un efecto real, pero, sin embargo, permiten asegurar la viabilidad del hecho. En efecto, cuando las “cosas salen bien”, toda función de aseguramiento y de vigilancia se demuestra, desde una perspectiva *ex post*, como inservible. Esta salvedad puede ejemplificarse con el caso en el que una persona entrega un chaleco antibalas al tercero dispuesto a perpetrar un tiroteo en una comisaría y que después se demuestra inaprovechable pues ninguna de las balas disparadas por los agentes de policía ha impactado en el cuerpo del ejecutor. Ello no obsta afirmar que este acto ha cumplido sin duda su función, que no es la de “irrumper fácticamente” para moldear el suceso, sino la de consolidar su éxito.

2. Sea como fuere, en mi opinión, la mera presencia en el lugar constituye, únicamente, una infracción de los deberes intersubjetivos de solidaridad que competen al agente. Por lo tanto, la conducta debe considerarse una omisión del deber de socorro o una omisión del deber de impedir delitos, según corresponda.¹⁷⁹⁹ La existencia de una “predisposición de actuar en favor del autor”, en tanto que contenido implícito de un *pactum sceleris* previo, no debe condicionar automáticamente la variación de esta primera impresión. En este sentido, la desaprobación de este supuesto de hecho con base en las

¹⁷⁹⁸ Véase *supra* Capítulo I, ap. V.3.5.i.

¹⁷⁹⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 257 s.

características de la intervención material debe extraerse de la existencia objetiva de un “reparto de roles” del que pueda establecerse que el acompañante efectúa una función de *aseguramiento* o de *vigilancia*.¹⁸⁰⁰ Por lo tanto, el peso de la imputación del suceso delictivo no reside en el incremento de la sensación de seguridad del ejecutor del hecho o de la inestabilidad psíquica de la víctima, sino en un aporte peligroso susceptible a objetivación en el suceso antijurídico a modo de “rol de vigilante” o “rol de aseguramiento”.¹⁸⁰¹ Así pues, no cabría intervención en un caso como el que sigue:

Caso: *A* le pide a *B* que le acompañe al lugar *Z* donde robará al primer transeúnte que pase, pues tiene miedo de hacerlo solo. *A* acompaña a *B*, quien roba a *C*.

3. Contrarrestar el carácter pusilánime de una persona no es intervenir en el delito que esta última realiza autorresponsablemente, sino simple omisión de socorro o de impedir la acción típica que aquel cometiera sobre la víctima. El aumento de una sensación de seguridad relativa a la ejecución del delito no constituye una injerencia en el mensaje comunicativo que expide la norma de conducta a su destinatario. En cambio:

Caso: *A* se compromete con *B* a vigilar la entrada del oscuro callejón en el que quiere robar a un transeúnte. *B* roba a *C* mientras *A* realiza la función prometida.

Pese a que *A* ha realizado algo “menos tangible” que la acción de apoderamiento recaída sobre *C*, esto no obsta a considerarlo interviniente en este hecho delictivo. Ello, no por la existencia de un mero *acuerdo previo*, sino por la posibilidad de extraer del supuesto un “reparto de roles” objetivo y real, en cuyo contexto, *A* asume la función de asegurar la viabilidad material del delito. Esta desaprobación tampoco puede fundamentarse en la existencia de un “efecto psíquico” de reforzamiento con base en nuestras intuiciones psicológicas. A este respecto, también es posible ejercer un “rol de vigilante” o un “rol de aseguramiento” en aquellos casos en los que el ejecutor del delito desconoce por completo este extremo. En efecto, lo que debe castigarse en estos casos es el papel que desempeña el sujeto en la creación de las condiciones contextuales adecuadas para con el desarrollo de la dimensión más ejecutiva del suceso delictivo. Por lo tanto, el peso de la desaprobación no reside, ni en cuestiones relativas a un supuesto “apoyo moral”, ni la hipotética competencia que pudiera atribuirse al sujeto-vigilante sobre el comportamiento autorresponsable pero peligroso del agresor.

¹⁸⁰⁰ Próximo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Indret*, (2), 2012, p. 30.

¹⁸⁰¹ Tomando el caso del vigilante-conductor como referencia, no debemos fijarnos necesariamente en el papel en la huida, sino en el rol que el sujeto ejerce de manera concomitante a la ejecución delictiva. Sobre esto, véase DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Caso del vigilante-conductor», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2011, pp. 373 ss.

4. Distinta debe ser la solución de aquellos supuestos en los que el sujeto conviene realizar un comportamiento sustitutivo en caso de un posible fracaso material del ejecutor, con el fin de afianzar el momento de la consumación y evitar eventuales “desistimientos involuntarios”. Por ejemplo:

Caso: *A* se dirige a matar a *B* con su pistola, aunque es alguien que siempre ha demostrado tener muy mala puntería. *C*, conocedor del hecho, se parapeta con su rifle francotirador en la azotea de un edificio situado en las inmediaciones de la escena, observando el desarrollo de los acontecimientos. En caso de que *A* falle su disparo, lo que a todas luces parece una opción muy posible, *C* disparará con su rifle. Al final, *A* apunta correctamente y mata a *B*, por lo que *C* se retira de su puesto de vigía sin haber disparado ni una sola bala.

Quien se limita a esperar “en el banquillo”, mientras no salte al terreno de juego, no participa en el hecho. En caso de que exista un concierto previo por parte del ejecutor con respecto a esta función de reemplazo, se podrá traer a colación la posibilidad de castigar al tercero como conspirador del delito objeto del acuerdo. Pero, mientras su papel se sitúe extramuros de la fase ejecutiva y no consista más que en un mero aguardar hasta posibles fracasos materiales, dicho tercero no podrá considerarse interviniente en el delito realizado por el otro agente (intentado o consumado). Ciertamente, una “función sustitutiva” debe contraponerse a una “función de aseguramiento” o “función de vigilante”. En estas últimas, el sujeto mantiene estables las condiciones que rodean el hecho para asegurar su correcto desarrollo. Esto sí que constituye una forma relevante de intervenir (materialmente) en el hecho delictivo.

4.6. Creación o aprovechamiento de errores

a) Estructura general: intervención motivacional y realización mediata del tipo

1. Los supuestos en los que la persona de detrás crea o se aprovecha de un error (de tipo o de prohibición) en la persona de delante no solo presentan complicaciones en la frontera entre la intervención motivacional y la intervención material, sino, muy particularmente, entre la primera y los casos de realización mediata del tipo. En este sentido, es necesario recordar que a la intervención delictiva (*coordinación*) se le debe contraponer la realización mediata del riesgo prohibido por el tipo penal (*instrumentalización*). Estos últimos constituyen los tradicionales casos tratados al hilo de la denominada “autoría mediata”. Como indicaba en el cuarto capítulo, la instrumentalización de un sujeto puede llevarse a cabo creando o aprovechándose de un “déficit volitivo” o de un “déficit cognitivo”. Cuando una persona realiza una conducta típicamente relevante careciendo de un conocimiento óptimo sobre su significado jurídico-penal, presenta un déficit cognitivo. Esta situación debe relacionarse con los casos de *error*. Al respecto, es de sobras conocido que la falsa representación del sujeto puede tener dos objetos diferentes. Por un lado, los elementos del tipo, lo que da lugar a un *error de tipo*. Por el otro, la propia ilicitud de la conducta, que origina un *error de prohibición*. Incluso,

además, los errores sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación y sobre la justificación misma del comportamiento, con independencia de en qué categoría prefiera uno incluirlos. Con esto dicho, no es lugar aquí para efectuar una valoración pormenorizada sobre la aptitud dogmática de esta clasificación. Sea como fuere, es importante remarcar que, en todos estos casos, la persona no efectúa una proyección subjetiva adecuada sobre el concreto significado de su comportamiento. Por lo tanto, los posibles actos de arrogación sobre la decisión del hecho que tuvieran por objeto esta falsa representación deben tratarse de manera unitaria.

Por el contrario, la doctrina mayoritaria ha tenido ciertos reparos a la hora englobar los casos de error de tipo y los de error de prohibición bajo una misma categoría de instrumentalización. En efecto, el hecho de que, en estos últimos, el sujeto realice un comportamiento antijurídico y, por lo tanto, se abra la posibilidad de considerar la participación frente a la autoría mediata, ha alterado la discusión.¹⁸⁰² Sobre este particular, solo comentar que la accesoriedad en la intervención delictiva debe proyectarse, tal y como comentaba, sobre la parte objetiva del hecho. Por lo tanto, también los supuestos de error de tipo podrían traer a colación la intervención en contra de la realización mediata del tipo, puesto que las cuestiones subjetivas conciernen en exclusiva a cada uno de los codeincentes. En este sentido, si para constatar la existencia de un acto de instrumentalización es necesario comprobar la concurrencia de una arrogación de la decisión delictiva, no hay dificultades para señalar que en ambas clases de errores se puede producir tal circunstancia.¹⁸⁰³ Y esto, con independencia de que los elementos objetivos que definen el suceso de injusto subsistan y abran la opción de considerar la estructura de la intervención en contra de la realización mediata del tipo por las razones que fueran.

2. A mi entender, la opción de la realización mediata del tipo en contra de la intervención (motivacional o no) aparecerá cuando el error de la persona de delante pueda reputarse como invencible. En el momento en el que pueda confirmarse la vencibilidad del error, esto es, el deber del agente de superar falsa representación subjetiva de la realidad (fáctica o normativa) por medio de una actualización de sus conocimientos, deberá considerarse que esta persona ha gestionado defectuosamente su ámbito de organización. Esta apreciación va en contra de la consideración mayoritariamente aceptada por parte de la doctrina, quien acepta supuestos de autoría mediata en casos de errores de tipo o de prohibición vencibles. Sin embargo, aquí se aboga por actualizar el principio de responsabilidad y comprenderlo como un modo de limitar la apreciación de una realización mediata del tipo solo en aquellos casos en los que se produce una incapacitación cognitiva o volitiva completa e imputable a la gestión de la persona de detrás. La concepción defendida implica que, en supuestos de vencibilidad, deban estimarse los parámetros de la intervención delictiva para canalizar la desaprobación del comportamiento. De nuevo, esta manera de proceder no invalida la imputación del hecho a la persona de detrás a título de autor, pues solo constituye el reconocimiento

¹⁸⁰² GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 225 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, pp. 209 ss.; LA MISMA, «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *RDPC*, (12), 2013, pp. 32 ss.

¹⁸⁰³ Igualmente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 193.

de que el suceso delictivo ha sido el (posible) producto de una coordinación objetiva entre dos sujetos y no una realización (mediata) del tipo por parte de uno solo. Por lo tanto, una vez establecida la antinormatividad de la conducta del interviniente y la correspondiente imputación del hecho, se deberá proceder a apreciar qué título de intervención merece su específica contribución en el suceso. Como he indicado a lo largo de este trabajo, esta última deberá valorarse en atención al peso que presenta el comportamiento en la conjunta elaboración del acontecimiento delictivo, cuestión importante cuando se afirma que el suceso de injusto ha sido el producto, no de una conducta, sino de dos coordinadas.

3. Procedo a detallar esta idea a través del famoso caso del “Rey de los Gatos”:

Caso: *A* y *B* convencieron a *C*, persona altamente susceptible a la manipulación, que tenía el cometido de matar a *D*, pues este era el “rey de los gatos” y su existencia ponía en peligro a toda la humanidad. *C* intenta matar a *D* pero no tiene éxito.¹⁸⁰⁴

El Tribunal Federal alemán consideró que *A* y *B* eran autores mediatos de un delito de homicidio intentado. Sin embargo, en tanto que el error de prohibición en el que incurrió *C* era vencible, es posible afirmar que su contribución típica en el acontecimiento era reconducible a su esfera de organización. Por lo tanto, *A* y *B*, en tanto que “personas de detrás”, no se arrogaron su libertad (como mínimo, de manera plena) por lo que no realizaron mediatamente el tipo. Sus respectivas contribuciones debieron ser valoradas, entonces, en atención a la conducta (semi)autorresponsable de la persona de delante en correspondencia con los parámetros que informan la intervención delictiva. Al respecto, la menor responsabilidad de *C* (testimoniada por la aplicación de una atenuante por error de prohibición vencible) presupone que nos encontremos ante un caso de motivación interpersonal en situaciones de anormalidad motivacional. Teniendo en cuenta que, en estos supuestos, las exigencias para motivar de manera penalmente relevante a alguien deben rebajarse, las alocuciones de *A* y *B* son candidatas idóneas para integrar una (co)intervención motivacional en el hecho posteriormente ejecutado por *C*. Establecida esta apreciación, es necesario plantear qué título de intervención merece cada respectiva conducta. Un interrogante que, dada la magnitud de sus injustos con respecto al acontecimiento antijurídico, puede llevar sin problemas a la calificación de autoría en lugar de participación. A riesgo de reiterarme, la denegación de la realización mediata del tipo (o autoría mediata) no supone la inhabilitación de la autoría en tanto que “etiqueta”, sino la necesidad de contextualizar el comportamiento objeto del análisis en las variables que informan la estructura de la intervención teniendo en cuenta que el hecho delictivo no es obra de una única persona, sino de varias (también, con independencia de sus defectos cognitivos o volitivos).

¹⁸⁰⁴ BGHSt, 35, 347.

b) Instrumentalización e invencibilidad del error

1. Sobre la premisa anterior, solo es posible validar la “instrumentalización” cuando esta se proyecta sobre un error invencible. Al respecto, la doctrina mayoritaria sigue en este punto la teoría del dominio del hecho, afirmando con ello que cualquier caso de creación y aprovechamiento de una falsa representación subjetiva que valide fácticamente una situación de control constituye un supuesto de instrumentalización. Por ejemplo, HERNÁNDEZ PLASENCIA indica que, “[d]esde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto de delante sobre la ilicitud de su acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarle hacia la ejecución del hecho prohibido, puesto que está dominando una cualidad, la cualidad «lesiva» de la acción, proyectada hacia el ordenamiento jurídico, otorgando al sujeto de atrás la dirección de su conducta hacia el resultado y el superior control del acontecimiento fáctico.”¹⁸⁰⁵ En contra de esta manera de operar, considero que la “instrumentalización” debe concretarse con base en criterios normativos vinculados a los deberes que tienen los sujetos implicados con respecto al conocimiento del significado del comportamiento. Así pues, como establece JAKOBS, “[l]a superioridad del dominio de la decisión ha de determinarse normativamente según su efecto sobre la imputación del ejecutor, pero no según su intensidad motivadora en el caso concreto, pues no se trata del rango, desde el punto de vista de las dinámicas de grupos, sino del rango normativo de la intervención.”¹⁸⁰⁶ Continuando con MURMANN, “[l]a imputación de la responsabilidad como autor no depende sin más de la influencia del hombre de atrás sobre el autor principal sino de la configuración de la concreta relación entre el hombre de atrás y la víctima y los deberes que dicha relación comporta.”¹⁸⁰⁷ En este sentido, de lo que se trata es de determinar si la persona que “ha llevado” al error invencible a la otra tenía o no, o bien un deber de informarle correctamente sobre la situación de hecho o de Derecho, o bien un deber de corregir sus conocimientos. Solo así podrá confirmarse que la falsa representación sobre el significado penal de la conducta es reconducible a la esfera de organización de la persona de detrás.

2. Dicho esto, la identificación de estos supuestos deberes puede resultar complicada. En efecto, para el específico caso del conocimiento de la antijuridicidad, MURMANN indica que es difícil presuponer “la existencia de un deber de omitir la provocación o aprovechamiento de errores sobre cuestiones jurídicas” pues “[c]ada individuo debe conocer lo injusto de una conducta en la medida en que las normas se dan a conocer a cada ciudadano, por lo que nadie ha de reflexionar en lugar de otro si éste cree actuar de forma legítima.”¹⁸⁰⁸ Pero lo mismo puede decirse con respecto a los conocimientos

¹⁸⁰⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, 1996, p. 193.

¹⁸⁰⁶ JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 764.

¹⁸⁰⁷ MURMANN, *AP*, 1998, p. 3. Pese a estar de acuerdo con esta opinión, considero que no se debería hablar de “responsabilidad como autor”, sino de “responsabilidad” sin más

¹⁸⁰⁸ MURMANN, *AP*, 1998, p. 2, añadiendo en p. 3 que “ni existe un deber general de omitir falsos consejos jurídicos, ni fundamenta un error ya existente un deber especial de otros ciudadanos en relación al que sufre el error. Tampoco en el

fácticos, pues todo ciudadano tienen también el deber de actualizar continuamente su representación subjetiva de la realidad.¹⁸⁰⁹ En consecuencia, la invencibilidad del error por parte de la persona de delante solo podrá ser “compensado” por el comportamiento de la persona de detrás cuando esta detente un deber “de informar sobre la antijuridicidad de una conducta [o sobre los hechos] o de no aprovecharse de un error”.¹⁸¹⁰ La lesión de este deber constituirá, por lo tanto, la creación de un riesgo jurídico con respecto a la esfera de libertad de la víctima “mediatizado” por la conducta de quien incurra en el error invencible. Con respecto a conocimientos normativos, estos deberes están vinculados con determinadas posiciones jurídicas que implican a su titular informar correctamente sobre el Derecho. En lo que el conocimiento fáctico se refiere, como regla general, la persona de delante tendrá siempre un deber de actualización de su representación subjetiva. Excepcionalmente, se podrá confirmar un error invencible atribuible al hombre de atrás cuando este impida fácticamente esta capacidad de actualización¹⁸¹¹ o cuando la actividad de riesgo se haya realizado en contextos de confianza que hagan depender al de delante de la información vertida por aquel.

caso de errores invencibles de prohibición se puede imputar responsabilidad alguna a los terceros, pues responsable de conocer lo prohibido sólo es el que sufre el error.”

¹⁸⁰⁹ ROBLES PLANAS, *RDPC*, (6), 2000, p. 250.

¹⁸¹⁰ MURMANN, *AP*, 1998, p. 3.

¹⁸¹¹ ROBLES PLANAS, *RDPC*, (6), 2000, p. 250.

CAPÍTULO VII

LA ESTRUCTURA DE LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL (II): NORMA DE SANCIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo desarrollaré los aspectos de la intervención motivacional vinculados con la norma de sanción. De esta manera, iniciaré la exposición analizando los dos criterios que, en mi opinión, deben tenerse en cuenta a la hora de imputar objetivamente el hecho delictivo al interviniente motivador: la realización motivada y congruente del hecho delictivo por parte de la persona motivada (ap. II). En un segundo bloque, habiendo validado el injusto culpable y típico constitutivo de intervención motivacional, será momento para atribuirle el correspondiente título de autoría o participación. Al respecto, la idea pasa por establecer una graduación cuantitativa entre las distintas formas existentes de intervenir en el delito por medio del establecimiento de su base motivadora. Por lo tanto, presentaré cuáles son los criterios que, en atención a la magnitud del injusto de esta clase de interviniente, permiten imputar un título de autoría y aquellos que hacen lo propio con un título de participación (ap. III). En este apartado, también presentaré un concepto funcional de resolución delictiva.

II. LA DESAPROBACIÓN *EX POST* EN LA INTERVENCIÓN MOTIVACIONAL

1. Introducción: los criterios de imputación objetiva en el ámbito de la intervención motivacional

1. Sobre las premisas que sostienen este trabajo, debo criticar la opinión de la doctrina mayoritaria cuando considera que, para con la aplicación del tipo de inducción en cuestiones de desaprobación *ex post*, se requiere de la constatación de dos resultados distintos. Por un lado, la creación de la resolución delictiva en la mente del inducido; por el otro, el inicio de la tentativa por parte de este último sujeto. En coalición con las ideas defendidas en este apartado, debe desecharse la operatividad real del denominado “resultado intermedio”. En efecto, la desaprobación *ex post* del interviniente (la imputación objetiva del “resultado” en sentido estricto) debe tener como contenido exclusivo el inicio de la tentativa por parte del receptor del aporte. Únicamente de esta manera es posible restringir, a los efectos de su punibilidad, la antinormatividad de la conducta del agente motivador en relación con la norma secundaria y el principio de accesoriedad, expresando con ello la lesividad necesaria

para legitimizar el recurso a la sanción penal. Ciertamente, solo cuando el agente motivado inicia la ejecución del hecho con base en las razones previamente dadas es factible comprobar la realidad de la prohibición *ex ante* del comportamiento en el acontecimiento antijurídico. Consecuentemente, al crearse una resolución delictiva en un momento previo al de la tentativa del hecho, solo se evidencia que la razón aportada aparenta haber tenido un “efectividad psíquica”, cuando lo realmente importante es que esta exprese su “efectividad lesiva” en el suceso delictivo. Esto último es lo que permite que dicha conducta adquiera una plena punibilidad.

2. En mi opinión, basar la configuración de la prohibición en la susceptibilidad de generar un “efecto psíquico” en la “mente de otro” impide señalar al comportamiento del interviniente como una contribución penalmente relevante en la creación conjunta del suceso delictivo. Por el contrario, tomando este “resultado psíquico” como premisa, dicha conducta se presenta como una contribución a un sujeto señalado *prima facie* como autor. Ello acentúa, a mi parecer, la ajenidad del hecho con respecto a la persona de detrás y las consecuencias dogmáticas del entendimiento clásico del principio de accesoriadad. Así pues, no se trata de captar los posibles efectos psicológicos inmediatamente producidos sobre la figura del eventual ejecutor del ilícito. Al contrario, el objetivo es advertir en qué medida a la aportación motivadora de aquella persona le corresponde un sentido delictivo con respecto a la configuración colectiva del hecho. Sin perjuicio de que aquel sujeto será, en un plano eminentemente fáctico, el “transmisor” de la contribución del primero hacia el suceso, lo relevante debe ser hasta qué punto y por qué aquel comportamiento adquiere relevancia jurídico-penal con respecto a la “conjunta elaboración” del estado de cosas prohibido por el Derecho penal. Consiguientemente, no es la creación de un resultado psíquico, sino la motivación del suceso antijurídico lo que debe copar el análisis de desaprobación *ex post*.

3. De esta forma, para justificar la aflicción penal del agente motivador por el delito ejecutado por el agente motivado, es necesario que este último “haga entrar” el hecho en fase de tentativa. Esto, de tal manera que pueda entenderse que la conducta *ex ante* desaprobada de la persona de detrás se ha visto *reflejada* o *traducida* en el hecho a cuya co-configuración se dirigía objetivamente. En otras palabras, debe alcanzarse una *correspondencia* entre el sentido de la prohibición (*antinormatividad*) y el acontecer antijurídico a la vista del cual (accesoriadad prospectiva) se erigió en su momento la proscripción de dicha conducta motivadora. Así pues, la conducta de la persona de delante debe responder al plan de injusto de la de detrás, evidenciando con ello que el acontecer delictivo es la consecuencia de un contra-programa contra-normativo. Para con la concreción de esta desaprobación en términos *ex post*, será necesario identificar un conjunto de criterios que, alejados del concepto de “causalidad psíquica”, permitan afirmar esta *relación de sentido* entre ambos extremos. Ciertamente, no es crucial que se haya creado uno u otro resultado psicológico, como la determinación o el refuerzo, pues lo realmente significativo es que el comportamiento de la persona de delante *exprese* que la motivación concedida emitida por la de detrás *también forma parte del hecho* en

tanto que *fragmento* de este,¹⁸¹² como así lo manifiesta cuando utiliza el consejo técnico o el arma de fuego previamente entregada por un tercero. Este fragmento constituye, como indicaba en los anteriores capítulos, el “motor del hecho” en tanto que obligatoriedad o permisividad con respecto a su realización. En términos prácticos, esta correspondencia sucederá cuando se pueda afirmar que la contribución motora responde al programa contra-normativa diseñado por la persona de detrás. Como detallaré más adelante, los pormenores de este nivel de análisis coinciden, en términos generales, con los casos analizados por la doctrina mayoritaria bajo la etiqueta de los “excesos y desviaciones del inducido”.

4. Consiguientemente, la desaprobación *ex post* de toda intervención debe constatar si la contribución antinormativa *ex ante* desaprobada se ha *actualizado típicamente* en el hecho efectivamente realizado. En el caso de la intervención motivacional, el objetivo pasa por preguntarse si las *razones contra-normativas* por cuya emisión habíamos desaprobado la conducta del agente motivador han pasado a formar parte de las *razones* que explican el acontecimiento antijurídico. En efecto, toda contribución efectuada en fase previa debe tener una “traducción” en el hecho que justifique y acabe de legitimar la prohibición *ex ante* de la conducta. En el campo de las contribuciones motivadoras, esta “traducción” se evidencia cuando el agente receptor de la comunicación transforma las *razones contra-normativas* en *razones motivadoras* (*motivos* en sentido estricto) de su comportamiento. No se trata, por lo tanto, de una efectividad causal, ni tampoco de la posibilidad de incluir la transacción motivacional en una explicación psicológica de la conducta de la persona de delante. La denominada *relación motivacional*¹⁸¹³ defendida por parte de la doctrina debe dotarse de contenido con base en criterios normativos que permitan identificar una *unidad de sentido* entre la conducta antinormativa de intervención y el hecho. De lo contrario, se corre el peligro de asumir un cambio terminológico para evitar hablar de “causalidad psíquica” (*problema indeterminista*), pero manteniendo los mismos problemas a los efectos de su efectiva constatación (*problema determinista*). En todo caso, el interviniente que realiza una *contribución motora* evidenciando que sus razones motivadoras son las razones contra-normativas dadas por el interviniente motivador, expresa a su vez que el hecho responde a un programa contra-normativo elaborado total o parcialmente por este mismo interviniente.

5. Si la desaprobación *ex post* de un interviniente motivador debe centrarse, única y exclusivamente, en el inicio del hecho delictivo, cabe plantearse en qué lugar queda el denominado “segundo resultado” de la instigación, esto es, el nacimiento de la resolución al hecho delictivo. Para la doctrina mayoritaria, con este se evidenciaría la eficacia psíquica del influjo del partícipe. Una eficacia que debería quedar proyectada, en concreto, hacia aquel estado mental (la *determinación* de la resolución) que caracterizaría a la inducción frente a otras formas de participación (básicamente, el *refuerzo* de la

¹⁸¹² Parecida, PUPPE, G.A, 1984, p. 110, con la idea de pacto de injusto lo único que requiere es que se motive o co-motive al sujeto, algo que puede trasladarse, no solo al ámbito de la inducción, sino al de toda forma de intervención motivacional.

¹⁸¹³ Véase *supra* Capítulo III, ap. V.4.3.

resolución de la mano de la complicitad psíquica). No obstante, debo reiterar que la demostración de esta eficacia psíquica en un momento previo al inicio del hecho colectivo no aporta nada al castigo de la intervención motivacional. Esta última solo debe quedar proyectada en el suceso delictivo que realizará la persona de delante con posterioridad a la transacción comunicativa. Ello ocurrirá cuando este último efectúe su contribución motora en el acontecimiento de injusto con base en las razones contra-normativas previamente dadas. Esto último solo podrá demostrarse en el momento en el que el agente motivado realice su injusto y a través de criterios normativos que permitan constatar si este comportamiento responde o no al “cumplimiento” de la contra-norma. Por lo tanto, que en un instante previo este sujeto se haya podido “motivar al delito” (en forma de determinación o de refuerzo) es irrelevante, pues lo importante es que esta “motivación” se demuestre en el momento en el que se efectúa la aportación típica.¹⁸¹⁴ Así pues, lo relevante es que el hecho delictivo (mejor: la contribución motora al acontecimiento colectivo) se evidencie como una consecuencia del “cumplimiento” del programa contra-normativo emitido por la persona de detrás.

6. Desde otra perspectiva, se podría considerar que este “resultado intermedio” (la creación de la resolución delictiva) constituye, en realidad, el “resultado de la tentativa” que realiza el interviniente al infringir la norma de conducta en una fase pre-ejecutiva. En efecto, siguiendo a VACHELLI, un sujeto infringe definitivamente la norma cuando su contribución “se concreta como un ataque al bien jurídico (resultado de la tentativa).”¹⁸¹⁵ Este último constituye el objeto del deber de renuncia anteriormente explicitado.¹⁸¹⁶ Sin embargo, en mi opinión, la plena realización del comportamiento antinormativo se efectúa en el momento en el que la motivación accede al ámbito de recepción de la persona de delante. En otras palabras: cuando el receptor del acto comunicativo “reciba” la razón contra-normativa podrá afirmarse el quebrantamiento de la norma primaria. Pero esto no significa que se haya creado una resolución al hecho típico en el destinatario del mensaje. En contra, bastará con que este último capte la motivación emitida por la de detrás y ya pueda decidir si “se motiva” o no conforme a esta. Como señalaré más adelante, la existencia de una resolución delictiva es una constatación muy específica sujeta a múltiples variables que impiden mantener en el tiempo un estadio subjetivo concreto sobre el que afirmar que un sujeto está resuelto a realizar un injusto. Frente a esta realidad, lo mejor es considerar que el deber de renuncia nace en el momento en el que el influjo penetra en su fuero mental sin que ello signifique exactamente que lo motive a cometer el delito. A partir de este instante, el interviniente motivador tiene la obligación de retirar su aportación, esto es, de cancelar su motivación (por ejemplo, anulando la promesa económica efectuada) para que la persona de delante ya no la pueda tener en cuenta para motivarse a cometer el delito.¹⁸¹⁷

¹⁸¹⁴ Caso en el que, al inicio de la realización del hecho, se demuestra que no se efectuó el delito con base en esa motivación (p.ej., comisión imprudente del delito).

¹⁸¹⁵ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 207, n. 651.

¹⁸¹⁶ VACHELLI, *Intervención delictiva*, 2020, p. 139. RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p.

¹⁸¹⁷ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 124.

7. En resumen, a esta clase de intervinientes no se les debe castigar por “crear” o “reforzar” una resolución delictiva, sino por asentar el hecho sobre un determinado estatus deóntico. Por lo tanto, las personas deben velar para que no se desprendan riesgos motivacionales en forma de razones contra-normativas de su ámbito de organización que pudieran adherir al futuro suceder antijurídico una determinada base de obligatoriedad o permisividad. La norma de conducta se infringirá en el momento en que se realice el comportamiento prohibido, en detalle, cuando el receptor reciba las razones emitidas desde el ámbito de control de la persona de detrás. Sin embargo, salvo que este último sujeto se aíse comunicativamente de la persona de delante, en realidad, casi nunca se producirá una pérdida del control sobre el riesgo motivacional. En efecto, en cualquier momento del *iter criminis*, el agente motivador puede anular la razón contra-normativa, evitando que este peligro siga su curso hacia el hecho. Aunque, en términos psicológicos, el receptor de la razón se haya podido motivar a cometer el delito, aquel siempre podrá retirar su aporte, indicando que la contra-norma ya no sigue vigente. No obstante, el deber de renuncia no implica un “deber de (des)motivar” a la persona de delante, sino de evitar que la razón prosiga su curso hacia la motivación del hecho. Esto último podrá efectuarse con independencia de que, tras este comportamiento, el sujeto siga motivado a cometer el delito.¹⁸¹⁸ En este sentido, de efectuarse el delito en estos casos, no se haría con base en la razón contra-normativa previamente dada.

8. Sobre estas premisas, es necesario constatar si se ha realizado o no en el hecho delictivo desde una perspectiva *ex post*. A diferencia de los comportamientos favorecedores o ejecutivos, cuya traducción en el hecho no comporta problemas generales *a priori*,¹⁸¹⁹ los motivadores sí presentan una gran particularidad. En efecto, dada la aparente disfuncionalidad instrumental del aporte con respecto al suceso, resulta complicado identificar qué criterios deben copar este juicio de tipicidad. Estos deben ilustrar de qué manera un acto motivador puede tener un reflejo en el hecho delictivo. Cuando la doctrina ha reparado en este problema al hilo de la inducción, ha venido exigiendo que la persona de delante ejecute el delito objeto del influjo psíquico determinado por la persona de detrás. En el caso de la complicidad psíquica, esta conexión con el acto motivador previo se demostraría si el de delante realizara el delito con una resolución reforzada gracias a la de detrás. A los efectos de dotar de contenido a estos requisitos, la doctrina ha acudido a la causalidad psíquica complementada con determinados criterios de imputación objetiva.¹⁸²⁰ No considero necesario abundar en las críticas que

¹⁸¹⁸ Ejemplo: *A* promete dinero a *B* para que mate a *C*. *B* resuelve matar a *C*. *A* cancela la promesa. Sin embargo, *B* sigue estando resuelto a matar a *C*. *A* ya ha hecho suficiente para retirar su aportación. En caso que se realice el delito, no podrá decirse que se ha efectuado con base en la razón previamente dada por *A*, pues esta ha sido cancelada: el comportamiento no será la consecuencia del proyecto de acción diseñado por *A*.

¹⁸¹⁹ El principal problema en estos casos, principalmente con respecto a las contribuciones facilitadoras entregadas en un momento pre-ejecutivo, es el tipo de “efecto” que estas deben tener sobre el hecho. Como he indicado en el Capítulo I, la doctrina se muestra dividida entre exigir, o bien una relación de causalidad (el ejecutor debe hacer un uso efectivo de la contribución), o bien un mero efecto facilitador, o bien concebir la complicidad como un “delito de peligro”.

¹⁸²⁰ Por todos, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 322 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, pp. 313 ss.

merece este entendimiento, al que ya le he dedicado unas páginas *supra* capítulo III. En términos generales y sin perjuicio del desarrollo ulterior que merecerán, considero que son dos los requisitos que deben concurrir para poder imputar objetivamente el hecho delictivo al interviniente motivador. Por un lado, como exigencia general del principio de accesoriadad, es necesario que exista una cierta congruencia entre el suceso típico objeto de la motivación y el que ha realizado la persona de delante.¹⁸²¹ Por el otro, en tanto que característica particular de esta forma intervención, la comisión del acontecimiento antijurídico debe efectuarse con base en las razones previamente entregadas por el agente motivador. En caso de no poder validar uno de estos dos criterios, no podrá confirmarse la desaprobación *ex post*. El remanente de antinormatividad podrá ser castigado, según fuera el caso, a través de la proposición. Sea como fuere, paso a desarrollar a continuación estos dos criterios.

2. El grado de congruencia: realizaciones perfectas e imperfectas

2.1. ¿Tipo objetivo o tipo subjetivo?

1. El primer requisito para imputar objetivamente el hecho delictivo al interviniente motivador consiste en que el agente receptor de la razón contra-normativa realice el suceso objeto de esta última. La cuestión coincide, como he indicado en otras partes del trabajo, con el *topos* de los excesos y desvíos del inducido (también, del coautor).¹⁸²² En este sentido, a diferencia de lo que opina la doctrina mayoritaria, no considero que este tema deba abordarse (como mínimo, de modo exclusivo) como una cuestión de tipicidad subjetiva, sino como una cuestión de imputación objetiva.¹⁸²³ Así pues, es sabido por todos que las consideraciones con respecto a este problema aparecen cuando se analiza la existencia o no de una correspondencia entre el dolo del inductor y el comportamiento finalmente realizado por parte del inducido.¹⁸²⁴ Ello, en la medida que el “doble dolo” de esta forma de participación tendría por objeto, además de la creación de la resolución delictiva, la comisión del

¹⁸²¹ Igualmente, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 326. Como indica BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1114, “la inducción *completa* presupone, en una segunda fase (principio de accesoriadad), que el autor principal ejecute un *hecho en correspondencia* con dicha *resolución* (segundo resultado de la inducción).”

¹⁸²² De esta forma, PUPPE, «§ 26», *NK-StGB*, nm. 112; LA MISMA, *ZIS*, (6), 2007, p. 243.

¹⁸²³ Igualmente, PEÑARANDA RAMOS, «El caso Rose-Rosahl», *Libertas*, (0), 2012, pp. 139 ss.; WEBLAU, «Der Exzeß des Angestifteten», *ZStW*, (104-1), 1992, pp. 106, 131; parecido, BLANCO CORDERO, «El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», *LH-Barbero Santos*, 2001, p. 848; MONTENBRUCK, «Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat», *ZStW*, (117), 1972, pp. 328 s.; SATZGER, *Jura*, 2008, p. 520, planteando el criterio de la “presencia hipotética”, en el que se pregunta, desde una perspectiva subjetiva, si el inductor, en caso de estar presente en la escena del crimen, podría afirmar que la conducta perpetrada por el autor es aquella o una de aquellas incluidas a su mensaje comunicativo.

¹⁸²⁴ PUPPE, *GA*, 1984, p. 121; DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986, p. 384; TÖPEL, «Aspekte der “Rose-Rosahl”-Problematik: Vorüberlegungen, Beachtlichkeit der aberratio ictus beim Einzeltäter», *JA*, 1996, p. 350; FUENTES OSORIO, «La incongruencia entre el dolo del inductor y la conducta realizada por el autor principal», *LH-Struensee*, 2011, p. 191; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 471; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 497; JOECKS/SCHNEINFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nms. 71 ss.; HEINE/WEBER, «§ 26», *Sch/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nms. 25 ss.

hecho delictivo.¹⁸²⁵ Sin embargo, antes de plantearse si la representación subjetiva del interviniente motivador se ajusta o no al acontecimiento efectivamente realizado, debe constatarse si este último es imputable objetivamente o no a su conducta. Como indica FRISCH, “pueden existir casos en los que el autor se haya representado lo que la teoría de la imputación objetiva intenta filtrar mediante sus presupuestos materiales (...) el autor puede decidir iniciar un curso causal en virtud de esa representación: puede imaginarse que un curso causal es altamente improbable pero haber apostado por él.”¹⁸²⁶ Según este autor, ocurre que los requisitos subjetivos “poseen siempre un *núcleo objetivo*”, principalmente, vinculado a cuestiones de previsibilidad y congruencia.¹⁸²⁷ Un delito consumado “depende de lo objetivo, de modo que lo objetivo no solo constituye un punto de referencia de lo subjetivo, sino que lo *objetivo también* ha de *existir realmente*.”¹⁸²⁸

2. En este sentido, no se explica por qué GÓMEZ RIVERO indica que esta problemática debe limitarse “al tratamiento de los supuestos en que previamente esta comprobación [la imputación objetiva del suceso delictivo] haya arrojado un resultado positivo.” Si la atribución del acontecimiento delictivo al comportamiento motivador requiere, por exigencias del principio de accesoriedad, que el agente motivado haya realizado, precisamente, el hecho a cuya motivación se dirigía el primer agente, no se entiende, entonces, por qué el caso de la violación que comete alguien motivado a realizar un robo se aborda en el nivel de la imputación objetiva,¹⁸²⁹ pero el supuesto de quien mata a *B* en lugar de *C* o de quien roba en lugar de hurtar se deriva al ámbito de la imputación subjetiva.¹⁸³⁰ A mi entender, los tres casos acabados de describir presentan el mismo problema, a saber, el tratamiento que merece el hecho de que la persona de delante se desvíe del plan inicial en tanto que elemento de referencia del hecho típico en el que está interviniendo la persona de detrás.¹⁸³¹ La única diferencia, en todo caso, se encuentra en la relación existente entre el hecho efectivamente realizado y el propuesto. Ciertamente, resulta sencillo considerar que quien comete un delito completamente distinto al que constituía el objeto de la motivación no está realizado el mismo suceso que se pretendía motivar. Pero las cosas se complican cuando esta desviación mantiene una conexión material con el plan

¹⁸²⁵ SATZGER, *Jura*, (7), 2008, p. 50.

¹⁸²⁶ FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, 2004, pp. 51 s.

¹⁸²⁷ FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 52.

¹⁸²⁸ FRISCH/ROBLES, *Desvalorar e imputar*, 2004, p. 53 (con cursivas en el original), añadiendo que “[m]ientras que la teoría de la imputación objetiva emplea conceptos como “creación de un peligro desaprobado” y la necesidad de la “realización de ese peligro desaprobado”, los críticos [los finalistas] preguntan si la producción del resultado es expresión del poder sobre el hecho o del dominio del hecho del autor, o si es previsible y congruente con lo querido por éste, o también últimamente, si aquella producción del resultado se corresponde con los criterios objetivos que definen una *acción* de matar o de lesionar.”

¹⁸²⁹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 471, n. 1247.

¹⁸³⁰ La autora misma menciona estos casos de desvíos como problemáticos en relación a la imputación objetiva del resultado (GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 328 ss.), pese a que desmenuza todas sus dificultades en el ámbito de la tipicidad subjetiva (pp. 472 ss.)

¹⁸³¹ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1114.

primitivo (p.ej., el delito realizado mantiene una relación concursal de subsunción con el original o solo se varía el medio comisivo, el lugar o el tiempo, por lo que el delito sigue siendo el mismo).

3. Sea como fuere, estas particularidades no impiden valorar todo este conglomerado de casos bajo un mismo *topos*, a saber, el de la imputación objetiva del “resultado” (= hecho delictivo).¹⁸³² Este último constituye una exigencia de la norma de sanción para poder legitimar el castigo del comportamiento antinormativo en tanto que manifestación de intervención en un hecho delictivo intentado o consumado. Como indica WEBLAU, “el contenido de injusto no debe identificarse en el hecho de que alguien haya provocado un resultado punible —desde una perspectiva *ex post*—, sino en el hecho de que con su acción haya creado un peligro —reconocible *ex ante*— para un determinado bien jurídico y este peligro se haya materializado en el resultado.”¹⁸³³ Aplicando esta idea para el caso de la inducción, según el autor citado, “la desviación del curso del hecho no sería entonces un problema de dolo (...) ni un problema específico de la participación, sino más bien un problema de falta de puesta en peligro relevante por parte del 'inductor’.”¹⁸³⁴ Por lo tanto, “[s]i el autor se desvía (...), la cuestión sería si el riesgo creado por el instigador se ha materializado y en qué medida.”¹⁸³⁵ En suma, el deber de reprimir determinados actos motivadores solo implica la imputación de aquellos hechos a los que dicho comportamiento se dirigía objetivamente a motivar.¹⁸³⁶

2.2. ¿Cómo se puede infringir una “contra-norma”?

1. El objeto de la imputación es el hecho delictivo. Desde la perspectiva del interviniente motivador y en la mayoría de los casos, este último resulta de la suma de dos aspectos. Por un lado, la *propuesta de injusto*, esto es, el contenido básico de ilicitud que permite afirmar que la motivación tiene por objeto un delito (básicamente, será suficiente con la referencia explícito o implícito al verbo típico). Por el otro, el *programa delictivo*, a saber, el conjunto de elementos contingentes con respecto a la conducta típica definidora del injusto que concretan, en mayor o menor medida, su plasmación (principalmente: objeto/víctima, modalidad de ataque, lugar, tiempo, entre otros aspectos más accesorios). La intervención motivacional puede darse en casos en los que aparezcan las dos variables (por ejemplo, *A* amenaza a *B* para que estafe a *C*) o solo la propuesta de injusto (por ejemplo, *A* amenaza a *B* para que mate a alguien) o solo el programa delictivo (por ejemplo, *A* promete a *B*, resuelto a matar a *C* con un bate, que le dará dinero si mata a *C* con una pistola). En todos los casos,

¹⁸³² FRISCH, «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en *Sobre el estado actual de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, 2000, p. 55.

¹⁸³³ WEBLAU, *ZStW*, (104-1), 1992, p. 125.

¹⁸³⁴ WEBLAU, *ZStW*, (104-1), 1992, p. 126.

¹⁸³⁵ WEBLAU, *ZStW*, (104-1), 1992, p. 126, añadiendo en p. 127 que “la conducta del inductor también puede examinarse, como cualquier otra conducta punible, desde el punto de vista de si el resultado puede imputar a un peligro creado por esta conducta y en qué medida.”

¹⁸³⁶ Lo contrario supondría una prevalencia de la perspectiva *ex post* sobre la perspectiva *ex ante*. Por ejemplo, *A* puede ofrecer a *B* una razón contranormativa para estafar a *C* pero *B* puede utilizarla como motivo para matar a *D*.

el agente motivador se dirige objetivamente a motivar un hecho antijurídico determinado (estafar a C, matar a alguien y matar a C con una pistola, respectivamente). Por lo tanto, es momento para analizar en detalle cómo debe actuar la persona de delante para realizar la propuesta contra-normativa de la persona de detrás.

No debe confundirse el plano de la extracción del hecho de referencia (desaprobación *ex ante*) con el de la imputación objetiva del resultado (desaprobación *ex post*). La primera pregunta implica cuestionarse por el hecho objeto de la *dirección de ajuste delictivo* del agente motivador. Una vez identificado este suceso desde los parámetros prospectivos de la accesoriadad, será necesario, en segundo lugar, contemplar si esa aportación se ha *actualizado típicamente* o no en ese mismo hecho proyectado. Esto último forma parte de la operatividad retrospectiva de la accesoriadad. En este sentido, la *dirección de ajuste delictivo* funciona como si de un “foco de luz” se tratara: cuanto menos determinado esté el hecho objeto de la motivación (por ejemplo, “mata a alguien”), mayor perímetro de luz proyectará, mientras que una mayor concreción del suceso implicará un cono de luz más estrecho (por ejemplo, “mata a B” o “mata a B con una pistola” o “mata a B con una pistola el sábado”). Así pues, el objetivo pasa por determinar hasta qué límite se puede concretar este foco imaginario. Ciertamente, no sería aceptable fijarlo hasta tal punto que la persona de delante tuviera que realizar hasta el más mínimo detalle del plan para poder afirmar que el hecho finalmente ejecutado consiste, justamente, en aquel al que se dirigía a motivar el hombre de detrás (por ejemplo, matar a la víctima el sábado a las 18:04 en lugar de a las 18:03). La conducta antinormativa del interviniente motivacional puede actualizarse típicamente en un hecho que no responda a todos los pormenores del originalmente proyectado si este, en su esencia, sigue siendo el mismo acontecimiento a cuya configuración se dirigía objetivamente dicho codelincuente. La pregunta, por lo tanto, es cuándo una modificación fenomenológica acometida sobre el suceso lo altera hasta tal punto que ya no es posible afirmar que lo efectivamente realizado cristaliza el hecho al que el interviniente motivador se orientaba a acoplar su conducta.

2. A modo de metáfora, de lo que se trata en este nivel es de constatar si la persona de delante “ha cumplido” o no con la contra-norma. En efecto, si la intervención motivacional se define como un comportamiento dirigido a proyectar un (contra)programa opuesto al del Derecho a los efectos de fundamentar la obligatoriedad o permisión de un determinado hecho antijurídico, aquí es necesario visualizar si se ha realizado justamente este proyecto delictivo u otro. Solo de esta manera podrá decirse, en primer lugar, que el hecho efectuado es, precisamente, aquel a cuya motivación se dirigía el interviniente. En segundo lugar, que existe una relación de correspondencia entre la conducta antinormativa del hombre de atrás y el acontecimiento de injusto, de tal manera que este último es aquel en virtud del cual se desaprobó el comportamiento en tanto que manifestación de una dirección de ajuste delictivo en aras de coordinarse con un tercero autorresponsable. La prohibición emanada de la norma de conducta (“no mates”, particularizada en el ámbito de lo motivacional como “no des razones contra-normativas para que alguien realice *este* hecho”) se confirma en el ámbito de la norma

de sanción (“las razones normativas han motivado¹⁸³⁷ la realización, justamente, de *ese* hecho”). Por lo tanto, si se da una razón contra-normativa para realizar el delito X, pero se acaba cometiendo el delito Y, aunque el autor lo haya hecho motivado por dicha razón, no se podrá afirmar que se trate del mismo acontecimiento delictivo a cuya co-configuración se encaminaba objetivamente el comportamiento de la persona de detrás. Por todo lo indicado, es importante identificar qué aspectos del proyecto deben ser realizados por el ejecutor y cuáles no con tal de poder imputar el hecho al agente motivador. Este análisis debe realizarse con base en las dos facetas que componen el suceso delictivo desde la perspectiva del interviniente. Como decía, por un lado, la *propuesta de injusto*, por el otro, el *programa delictivo*.

2.3. Congruencia con respecto a la propuesta de injusto

a) Bases generales

1. En lo que a la *propuesta de injusto* se refiere (por ejemplo, “roba”, “mata” o “estafa”), la contra-norma se cumplimenta con la realización del comportamiento ilícito nuclear (por ejemplo, “robando”, “matando” o “estafando”). Pocos problemas implica esta cuestión. En todo caso, esta exigencia también es válida cuando el interviniente motivador no anuncia propuesta de injusto alguna y simplemente se limita a motivar a una persona ya resuelta a cometer el delito. En la medida en que la motivación sirve funcionalmente a un hecho típico, la persona de delante debe realizarlo para expresar que las razones ofrecidas previamente han pasado a formar parte de los motivos del suceso. Consiguientemente, la pregunta esencial en este nivel del análisis consiste en determinar cuándo una persona se desvía del *injusto* (hetero o auto)propuesto.¹⁸³⁸

2. Tal y como indicaba en el anterior apartado, la cuestión no conlleva problemas en aquellos casos en los que la persona de delante realiza un delito totalmente distinto al proyectado. La incongruencia entre el *hecho realizado* y el *hecho programado* debe establecerse conforme a aquellos elementos que definían la propuesta de injusto efectuada por el interviniente. Sin embargo, en muchas ocasiones, este ejercicio puede resultar complicado, pues la persona de detrás no hará una referencia explícita al delito objeto de su propuesta. Básicamente, esto ocurrirá cuando la exhortación se efectúe por medio de actos concluyentes o a través de expresiones que solo aporten “pistas” sobre el contenido de ilicitud del hecho (por ejemplo, “escarmienta a ese chicho”, “quítale alguna pertenencia”, “hazte con esta obra de arte”, “consígueme dinero”). Ciertamente, en algunos contextos, “dar una lección” puede suponer la comisión de una simple broma penalmente irrelevante, en otros, directamente, un

¹⁸³⁷ Esta salvedad está relacionada con el segundo criterio de la imputación del hecho al interviniente motivador, a saber, que el hecho delictivo se haya realizado conforme a las razones para el injusto entregadas por este.

¹⁸³⁸ Como indica FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, pp. 193 s., en estos casos, es mejor utilizar el término “desvío” al de “exceso”, pues este término “no insiste en que estamos analizando situaciones en las que el autor realiza una acción que se *desvía* de lo pretendido por el partícipe y, asimismo (...) se concentra en *una* de las formas posibles de esta desviación.”

asesinato. En todo caso, se deberá atender tanto a la relación comunicativa entre emisor y oyente, como a criterios de previsibilidad objetiva.¹⁸³⁹ Estos servirán para determinar si del acto comunicativo efectuado por el agente motivador era posible extraer una *dirección de ajuste delictivo* proyectado sobre el hecho finalmente realizado y, por lo tanto, afirmar que su contribución motivacional se ha *actualizado típicamente* en el acontecimiento de injusto que, precisamente, se dirigía a motivar.

3. En todo caso, el principal problema con la incongruencia surge cuando el delito efectivamente materializado mantiene una conexión con el delito propuesto. Ciertamente, en estos casos, puede plantearse la duda de si, pese a la diferencia entre el *hecho realizado* y el *hecho propuesto*, es posible entender que la *dirección de ajuste delictivo* proyectada por el interviniente englobaba el suceso finalmente ejecutado y, consiguientemente, afirmar la *actualización típica* del comportamiento motivador en el acontecimiento final. En mi opinión, dependiendo del tipo de relación entre estos dos acontecimientos, se podrá afirmar o negar la imputación de los posibles desvíos perpetrados por la persona de delante. Esto último, por entenderse que el delito realizado estaba objetivamente proyectado en el “haz de luz” de la propuesta delictiva. Así pues, sin perjuicio de la existencia de otras clasificaciones efectuadas por la doctrina,¹⁸⁴⁰ creo conveniente ordenar las incongruencias que pueden manifestarse en dos supuestos diferentes que tienen en cuenta el tipo de conexión existente entre ambos eventos. En este sentido, la persona de delante puede generar una incongruencia: (i) realizando un hecho que mantiene una *relación concursal* con el delito originalmente propuesto y (ii) realizando un hecho que mantienen una *relación funcional* con el inicialmente proyectado.

b) Incongruencia y relación concursal

1. En el primer caso, el agente motivado comete un hecho vinculado a través de una relación concursal con el originalmente propuesto. La primera variable de estos casos se da cuando el delito cometido contiene una desaprobación mayor a la del proyectado por el interviniente (*incongruencia por exceso*). El ejemplo paradigmático que se expone cuando se problematiza la cuestión en el ámbito de la inducción es aquel en el que el inducido, en lugar de realizar un *hurto*, realiza un *robo*. A mi parecer, acorde con una extensa línea doctrinal, al interviniente motivador solo se le puede imputar el *hurto* en

¹⁸³⁹ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 492 ss.; FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 219.

¹⁸⁴⁰ Por ejemplo, FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, pp. 211, habla de desviaciones cuantitativas en contraposición a las desviaciones cualitativas; BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, pp. 114 ss., utiliza las expresiones propuestas por HALL, «Über die Teilnahme an Mord und Totschlag. Eine hypothetische Untersuchung», *FS-Schmidt*, 1961, pp. 343 ss.; a saber, “*alias facturus et alias faciens*” para el autor que transfigura el hecho propuesto con su ejecución; “*minus facturus et minus faciens*” para el autor que ejecuta un hecho que incluye elementos representados por el inductor; y “*plus facturus et plus faciens*” para el autor que ejecuta el hecho que se representó el inductor, pero añadiendo otros de adicionales; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 477 ss., hace referencia a casos en los que la persona de delante realiza un tipo emparentado; supuestos en los que dicho sujeto realiza un tipo más grave; casos en los que se ejecuta un delito menos grave; supuestos en los que se cambia de forma consciente el objeto del delito y casos en los que “el autor lesiona uno o varios objetos, adicionalmente a aquel al que se refirió la incitación.”

el caso de que la persona de delante realice un *robo*.¹⁸⁴¹ Ciertamente, el agente motivador ha proyectado una propuesta de injusto oponiéndose únicamente a la norma que prohíbe tomar cosas muebles ajenas, lo que no implica una oposición al mensaje deóntico que amplía esta prohibición para amparar determinadas barreras de protección dispuestas por el afectado o, directamente, su integridad física o psíquica. El *plus* de desvalor contenido en estos tipos no se ve correspondido por un *plus* de intensidad por parte del mensaje contra-normativo. Por lo tanto, los excesos del ejecutor solo deben imputarse a este último, pero no al interviniente motivador, al no haber proyectado un plan de oposición al Derecho que abarcase de manera previsible estos límites.

2. Tal y como indicaba, esto no impide imputar el delito de hurto al agente corruptor. Esta es la solución apoyada por PEÑARANDA RAMOS, quien considera que, en estos casos, la realización del tipo más grave incluye la valoración del tipo menos grave objeto de la motivación.¹⁸⁴² Así pues, quien realiza un delito de robo (*espécie*), también realiza las características típicas del tipo básico de hurto (*género*).¹⁸⁴³ Según el autor, “en estos casos nos hallamos ante hechos *realmente cometidos*, que se pueden subsumir en una pluralidad de tipos delictivos; y (...) la subsunción del hecho en la figura de delito que resulte más adecuada al contenido de injusto y de culpabilidad realizado por el autor (...) no prejuzga necesariamente el título de delito por el que hayan de responder los partícipes.”¹⁸⁴⁴ En este sentido, lo importante es que se realice el hecho objeto de la motivación, pese a que el exceso conlleve para la persona de delante la aplicación de un tipo penal distinto capacitado para subsumir la desaprobación total de lo acontecido. Con esta opción no se quebraría la unidad del título imputación, puesto que el tipo imputado al interviniente en fase previa sí habrá sido realizado (en relación de inclusión con el tipo efectivamente materializado) por el ejecutor.¹⁸⁴⁵ Así pues, si la accesoriedad debe vincularse con un hecho y no con un sujeto, este principio queda plenamente respetado en tanto que al interviniente se le conecta con un acontecimiento (mejor, con una parte del suceso realizado por el autor) que merece de una calificación jurídico-penal distinta a la suma de ese mismo fragmento del hecho y el exceso realizado por el ejecutor.

Todo esto no implica que, en caso de que la persona de detrás se dirija a motivar a un *robo* y este se realice, deba apreciarse una intervención motivacional consumada en concurso ideal con una tentativa

¹⁸⁴¹ Entre muchos otros, OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 497; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 483 ss., OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, pp. 757 ss.; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 244 ss.; FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, pp. 211 s.; HEINE/WEIBER, «§ 26», *Schr/Schr-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 4.

¹⁸⁴² PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p. 186.

¹⁸⁴³ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p. 190. En contra, GIMBERNAT ORDEIG, «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *ADPCP*, 1992, pp. 837 ss., para quien no es posible determinar que quien comete un delito de robo cometa también un delito de hurto, pues este último sería un tipo estructuralmente distinto. Sin embargo, castiga por inducción a un hurto al considerar que, al haberse representa el inductor solo las características del hurto, debe presumirse que ha participación solo en un hurto, aunque objetivamente solo concurren las características del robo.

¹⁸⁴⁴ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p. 176.

¹⁸⁴⁵ PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p.

de intervención motivacional en un *hurto*. Como indica FUENTES OSORIO, “en las desviaciones cuantitativas dolosas las dos resoluciones se encuentran en una relación de subordinación, por subsidiariedad, pues únicamente se podrá sancionar por el tipo básico cuando no sea posible sancionar por la del agravado.”¹⁸⁴⁶ En otros términos, la intervención motivacional consumada en un delito de *robo* abarca ya el desvalor de una hipotética tentativa de intervención en el delito de *hurto*.

3. Misma vía resolutive merecen los casos de *incongruencia por defecto*, aunque con consecuencias (evidentemente) distintas. En estos casos, el agente motivado realiza un hecho menos grave contenido en la desaprobación del originalmente propuesto. De modo inverso al ejemplo anterior, en lugar de realizar un *robo*, se realiza un *hurto*. La solución de estos supuestos debe basarse necesariamente en las anteriores consideraciones. En términos más afines a los aquí defendidos, el agente motivador ha establecido la base deontica de un hecho (*robo*) que implica forzosamente la realización de las características de otro (*hurto*). El comportamiento de la persona de delante es, en realidad, congruente (aunque no plenamente) con la *propuesta de injusto*, por lo que el hecho debe ser imputado objetivamente a la persona de detrás.¹⁸⁴⁷ Sin embargo, aquí deberá apreciarse también, junto a la intervención consumada en el tipo básico, una intervención intentada en el tipo agravado, al no contener aquella estructura el desvalor total de lo acontecido (p.ej., en el caso del *robo* y el *hurto*: intervención motivacional consumada en un delito de hurto + intervención motivacional intentada —*proposición*— en un delito de robo).¹⁸⁴⁸

c) Incongruencia y relación funcional

1. En el tercer caso, el agente motivado efectúa un acto lesivo aparentemente no incluido en la propuesta inicial pero que se realiza para dar un cumplimiento efectivo a la contra-norma. Puede tenerse en cuenta el siguiente caso como ejemplo:

Caso: *A* paga a *B* para que mate a *C*. Al hacerlo, *B* se ve obligado a matar también a *D*, el guarda de seguridad que vigilaba la casa de *C*.

Considero que quien motiva a la comisión de un delito motiva a su vez a la comisión de aquellos ilícitos penales cuya realización sea funcionalmente necesaria para el éxito del principal. Las razones contra-normativas que sostienen este último delito también se proyectan sobre aquellos injustos

¹⁸⁴⁶ FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 225.

¹⁸⁴⁷ Igualmente, PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991, p. 179, aunque desde la perspectiva del tipo subjetivo: “quien induce a cometer un hecho que cae bajo un tipo cualificado de delito sabe que su realización comporta necesariamente los requisitos exigidos por el correspondiente tipo básico.” Desde la concepción aquí defendida, la idea sería que, en términos objetivos, quien motiva a la realización de un delito-*especie* que incluye las características típicas del delito-*genero*, está motivando también a este último, de tal manera que si solo se acaba realizando el delito-*genero*, este podrá ser imputado objetivamente al interviniente.

¹⁸⁴⁸ BALDÓ LAVILLA, *ADPCP*, (3), 1989, p. 1117: “[a]quí, estructuralmente, cabe sostener el siguiente tratamiento jurídico: *inducción consumada delito menos grave al efectivamente cometido en unidad de hecho con tentativa de inducción respecto al delito más grave*”; FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 226; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 492.

conexos a su efectiva materialización. Por lo tanto, cuando *A* promete a *B* que le dará dinero en caso de que detenga ilegalmente a *C*, está motivando todos aquellos actos conexos que, desde una perspectiva objetiva, fueran previsibles (por ejemplo, unas lesiones). Desde un análisis *ex post*, sí se podrá imputar el hecho en caso de que estos se realizaran. Sobre esta premisa inicial, el criterio fundamental en estos casos es el de la previsibilidad objetiva. Así pues, en vista a la comunicación expelida por el agente motivador, deberá comprobarse si la comisión del hecho era previsible al mantener una relación funcional con el delito principal. En otras palabras, si este acto delictivo estaba integrado (aunque oculto desde una posición *ex ante*) en el “haz de luz” proyectado por el interviniente motivador.

2. Este último puede, sin embargo, proyectar un “haz de luz” con un perímetro más estrecho, descartando *ex ante* determinados medios comisivos que impliquen la realización de otros delitos. En caso de que la persona de delante ejecutara igualmente estos hechos *ex ante* excluidos del proyecto delictivo, no deberán ser imputados a la persona de detrás. En efecto, al descartarse de antemano la comisión de estos actos se ha descartado también su motivación, de tal manera que no existe ninguna contra-norma que se oponga al programa del Derecho en lo que respecta a estos concretos hechos ni, consiguientemente, una necesidad de cumplimiento por parte del ejecutor.¹⁸⁴⁹ Por ejemplo:

Caso: *A*, jefe de una banda criminal, ordena a su subordinado, *B*, que asesine al empresario *C*, quien vive con sus hijos en una pequeña casa de campo. Al efectuar la orden, *A* indica explícitamente a *B* que “bajo ningún concepto, haga daño a los niños”. *B* entra de noche en la casa de campo y asesina a *C* mientras duerme. Uno de los niños se despierta por el ruido y, asustado al ver que su padre no responde, se dirige a llamar a la policía, tal y como este le había indicado que hiciera en casos así. *B*, para evitar que le descubran, golpea al niño con la culata, causándole lesiones.

Cuestión distinta es que este curso de acción funcionalmente vinculado a la comisión del delito objeto de la motivación, pese a ser excluido expresamente por el agente motivador, deba ser realizado en interés del delito principal. Como todo, esta coyuntura deberá establecerse conforme a criterios de previsibilidad objetiva en el momento de la comunicación. Por ejemplo:

Caso: El mismo jefe de la banda le indica a *B* que entre a robar el dinero que sus rivales tiene depositado en un piso franco vigilado por múltiples enemigos, indicándole que “bajo ningún concepto, haga daño a los vigilantes”. Inevitablemente, *B* debe lesionar a dos de los enemigos para obtener el botín pues, de lo contrario, habría sido imposible hacerse con él.

3. Llegados a este punto, esta manera de operar podría tildarse como un “ir y venir” constante desde una perspectiva *ex ante* a una perspectiva *ex post* y viceversa. En efecto, por un lado, se desaprueba un comportamiento motivador al estar dirigido objetivamente a co-configurar un hecho delictivo a través

¹⁸⁴⁹ En este sentido, difícilmente puede justificarse el castigo de alguien por un resultado que, de antemano, ha intentado descartar al proyectar un determinado curso de acción lesivo.

de razones contra-normativas (perspectiva *ex ante*). Por el otro, se plantea si el acontecimiento finalmente realizado, distinto a ese hecho típico proyectado, puede imputarse igualmente al interviniente (perspectiva *ex post*). Un ejemplo puede ayudar a entender este problema:

Caso: *A* motiva a *B* para que robe un cuadro de alto valor en el MNAC “por todos los medios posibles”. *B* roba el cuadro, matando previamente al guarda de seguridad que le impedía entrar en el lugar.

Desde una perspectiva *ex ante*, puede afirmarse que *A* ha realizado una conducta penalmente relevante de intervención proyectada sobre un futurible robo (*tentativa de inducción a un delito de robo*). Sin embargo, si afirmamos también que la muerte del guarda le es imputable porque existía una previsibilidad objetiva, parece que el peso reside aquí en la perspectiva *ex post*. Ciertamente, podría parecer extraño afirmar que *A*, en un momento *ex ante*, realizó a través de su propuesta de injusto una *tentativa de inducción a un delito de asesinato*, de la misma manera que lo sería el decir que *A* realizó una *tentativa de inducción a cualquier delito que pudiera estar vinculado a la expresión “por todos los medios posibles”*. En otras palabras, lo que “todavía” no puede afirmarse en términos *ex ante* solo se afirma cuando se alcanza una perspectiva *ex post*.

4. Esta línea crítica es la que ha seguido FUENTES OSORIO, justamente, para defender que los casos de desviaciones de la persona de delante del plan original deben depurarse “en función de *la medida del dolo del partícipe realizado por el autor principal*.”¹⁸⁵⁰ Así pues, en el ámbito del tipo objetivo solo puede tenerse en consideración un “juicio de diagnóstico” vinculado a la comprobación de “qué cursos causales ha generado la aportación del partícipe, y si alguno de ellos ha favorecido la comisión del delito.”¹⁸⁵¹ Solo después, “se limita en el plano subjetivo y a través de la medida del dolo del inductor, la relevancia penal de las relaciones causales, constatadas *ex post*.”¹⁸⁵² Con ello, siempre según el autor citado, se evita el error en el que cae la teoría de la imputación objetiva al convertir en un “juicio de base total” la desaprobación *ex ante* de la conducta cuando utiliza los “datos conocidos *ex post*, con posterioridad al resultado.”¹⁸⁵³ La cuestión planteada implica un alto en el camino con ramificaciones que trascienden del ámbito de la teoría de la conducta típicamente desaprobada y de la imputación objetiva del resultado para alcanzar, entre otras, la dogmática de la tentativa. Por lo tanto, permítase que me limite a esbozar solo algunos apuntes sobre este problema.

5. Así pues, entiendo que cuando alguien motiva a cometer un hecho cuya comisión puede implicar la realización de otros, debe entenderse que también está erosionando sus respectivas normas de conducta, estableciendo con ello su *obligatoriedad* o *permisión*. De este modo, cuando en el caso anterior,

¹⁸⁵⁰ FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 194.

¹⁸⁵¹ FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 198. Constituirían, por lo tanto, un supuesto de tipicidad subjetiva en la línea de lo defendido por una parte importante de la doctrina, tal y como se ha indicado *supra*.

¹⁸⁵² FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 198.

¹⁸⁵³ FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 198.

A propone que se realice un robo “por todos los medios posibles”, está erosionando los mensajes deónticos desprendidos de todos aquellos tipos que pudieran vincularse a esta expresión desde los parámetros de la previsibilidad objetiva y funcional¹⁸⁵⁴ (desde unas lesiones a un homicidio, pasando por unas detenciones ilegales o unas amenazas). Lo mismo ocurre, en realidad, cuando la relación con el delito realizado y el propuesto ya no es funcional, sino directamente concursal (por ejemplo, quien motiva a cometer un robo erosiona también la norma de conducta que prohíbe el hurto, estableciendo la base deóntica de su comisión). En términos puramente conceptuales, sí existe una *tentativa de intervención motivacional* proyectada sobre estos delitos, en tanto que englobados (a través de un vínculo funcional) por la comunicación contra-normativa de la persona de detrás. En todo caso, esta constituye una tentativa no punible dado que, en el momento de efectuar la comunicación, el efectivo acaecimiento del delito conexo solo puede *conjeturarse*, en tanto que uno de los múltiples delitos vinculables al principal, pero no *individualizarse* lo suficiente como para justificar al recurso a la pena ya en el ámbito de la desaprobación *ex ante*.¹⁸⁵⁵

6. Por ello, solo la perspectiva *ex post* puede clarificarnos qué hechos en concreto han quedado definitivamente englobados en el suceso delictivo que imputamos al interviniente. En este sentido, este último, al proyectar un “foco de luz delictiva”, está motivando a la realización de todos aquellos comportamientos que pudieran quedar previsiblemente integrados en ese “haz de luz”. Dada su falta de concreción, no se le podrá castigar por tentativa de intervención con respecto a estos actos, ya que esta incapacidad *prima facie* de individualizarlos impedirá afirmar la peligrosidad suficiente como para legitimar este recurso incriminatorio. Sin embargo, en un momento *ex post*, conociendo la muerte del guarda de seguridad, es cuando puede plantearse si este acto en concreto estaba integrado o no en la comunicación. En otras palabras, deberá cuestionarse si el mensaje contra-normativo expelido por el agente motivador, que tenía por objeto un delito de robo, podía implicar también la erosión de la norma del homicidio y, consiguientemente, el establecimiento de la necesidad o permisión de este comportamiento. En caso afirmativo, el hecho se le imputará también al interviniente. Consiguientemente, solo a través de una visión *ex post facto*, con el conocimiento de todo lo sucedido, es aceptable plantearse si el delito cometido estaba integrado, ya desde una perspectiva *ex ante*, en el proyecto contra-normativo del interviniente.

Cuestión diferente será comprobar si la representación subjetiva del agente motivador, más allá de las implicaciones objetivas de su comunicación, incluía el curso de acción delictiva conexo al curso de acción principal objeto de la motivación. Es aquí cuando deben plantearse las cuestiones relativas a la tipicidad subjetiva: no a los efectos de imputar o no el hecho (este extremo ya se habrá confirmado),

¹⁸⁵⁴ Entiéndase: delitos cuya comisión es previsible para dar cumplimiento al objeto de la propuesta (el robo del cuadro) en tanto que funcionalmente vinculados al éxito de este objetivo nuclear.

¹⁸⁵⁵ De otro modo: el sujeto ha realizado conceptualmente una tentativa de intervención motivacional, en tanto que conducta dirigida objetivamente a coordinarse con un tercero para configurar un hecho típico a través de su motivación. Pero, al no poderse (en un momento *ex ante*) individualizarse este hecho conexo al principal, no es posible castigarle por tentativa. Básicamente, porque no es justificable castigar por tentativa a alguien con base en meras conjeturas.

sino para analizar si la motivación penalmente relevante del hecho imputado se ha efectuado de manera *dolosa* (siguiendo la teoría de la probabilidad, el sujeto se ha representado como probable la comisión de este delito conexo) o *imprudente* (el sujeto no se ha representado como probable este extremo —*culpa consciente*— o, directamente, no se lo ha representado —*culpa inconsciente*—). Repárese que con esta mención se refuerza la aptitud del modelo de autoría y participación defendido en este trabajo y su capacidad analítica para distribuir el proceso de desaprobación de una conducta de intervención: (i) desaprobación *ex ante* (¿se han dado razones contra-normativas dirigidas a motivar a un hecho típico?), (ii) desaprobación *ex post* (¿se ha realizado el hecho típico objeto de la motivación *ex ante* desaprobada?), (iii) imputación subjetiva (¿se ha representado el sujeto la motivación del hecho?) y (iv) título de intervención (dados determinados criterios cuantitativos, ¿la conducta merece un título de autoría o de participación?).

3.4. Congruencia con respecto al programa delictivo

a) Introducción al problema

La mayor parte de las veces, el interviniente motivador ofrecerá un *programa delictivo* que concrete hacia un proyecto más definido la *propuesta de injusto* (por ejemplo, “roba en X lugar” o “mata a Y persona”). Es aquí cuando las cosas se complican. En efecto, la persona de detrás tiene toda la libertad para definir su exhortación hasta el nivel de detalle que quiera. Desde la víctima en concreto, el objeto sobre el que recaerá la acción típica, la modalidad del ataque (tanto en delitos resultativos como en delitos de medios comisivos), el lugar, el tiempo o hasta aspectos aún más precisos como el orden de los actos o, incluso, la vestimenta. Está claro que la persona de delante no tendrá que realizarlo todo para cumplir con la contra-norma a los efectos de imputar el hecho delictivo a la de detrás.¹⁸⁵⁶ Pero tampoco podrá realizar cualquier cosa. Ciertamente, como indica PEÑARANDA RAMOS, “a la inducción es inherente una limitación de la responsabilidad respecto de variaciones cualitativas o cuantitativas del hecho (sólo) imputables al autor, sin que importe a tal efecto que se trate o no de 'excesos' en los que el inductor podría incurrir si ejecutara por sí mismo el hecho en cuestión”, pues “la consideración del inducido como un sujeto que actúa responsablemente y no como un mero instrumento en manos del inductor es una buena razón para no imputar a éste cualquier ocurrencia del ejecutor, por más que éste crea estar cumpliendo el encargo recibido.”¹⁸⁵⁷ De esta manera, es necesario especificar qué elementos programáticos debe cumplir la persona de delante y cuáles no para validar la imputación objetiva del “resultado” a la de detrás. Para dar respuesta a este interrogante, es necesario constatar qué elementos del programa delictivo quedan vinculados de tal

¹⁸⁵⁶ STRATENWERTH, «Objektsirrtum und Tatbeteiligung», *FS-Baumann*, 1992, p. 68, n. 14.

¹⁸⁵⁷ PEÑARANDA RAMOS, *Libertas*, (0), 2012, pp. 138 s.

manera al hecho que su no realización permite considerar que no se está ejecutando el acontecimiento delictivo objeto de la motivación.

b) La identidad del hecho delictivo

1. Todo *programa delictivo* concreta la *propuesta de injusto*, pero solo determinados elementos programáticos deben ser realizados para entender que *hecho* cometido es aquel a cuya motivación se encaminaba el interviniente. En la mayoría de supuestos, esto puede resultar bastante fácil. Por ejemplo, si *A* le propone a *B* que mate a *C*, pero este acaba matando (de momento, conscientemente)¹⁸⁵⁸ a *D*, es evidente que no se ha acabado realizando el hecho objeto de la motivación por mucho que el *injusto* objeto de la propuesta siga siendo el mismo. De modo inverso, si *A* amenaza a *B* para que robe a *C* llevando puesta una gorra roja, pero este acaba realizando el robo sin esta prenda de vestir, es incuestionable que *B* ha realizado el hecho objeto de la motivación pese a que haya “incumplido” una parte del programa delictivo. Lo insustancial de este último aspecto (llevar puesta una gorra) en contra de la trascendencia de la víctima del comportamiento típico del primer caso (matar a *C*) es incontestable. De nuevo, al interviniente motivador no se le debe castigar (solamente) por corromper al autor, sino por establecer el “estatus deóntico” de un hecho que siempre será el producto de una *propuesta de injusto* y, en su caso, un *programa delictivo*. Sea como fuere, falta todavía por extraer una regla general que establezca cuándo, pese a la variación de un aspecto programático de la propuesta, se ha “cumplido” o no con la contra-norma.¹⁸⁵⁹

2. En este punto, puede recuperarse el dilema relativo a la propia operatividad del *programa delictivo* en el ámbito de la desaprobación *ex post*. Así pues, indicaba que, a los efectos de la concreción de la conducta antinormativa de intervención motivacional, es suficiente con expedir comunicaciones de las que se desprenda una motivación dirigida a un hecho con una determinada dimensión de ilicitud. Por lo tanto, no es necesario concretar aspectos como la víctima, el lugar o el modo de comisión, pues la referencia a un *ilícito* (aquí, *propuesta de injusto*) es suficiente para entender que el sujeto se dirige objetivamente a motivar a un hecho delictivo (p.ej., *A* amenaza a *B* para que “mate”). Pero, si esto es así, podría pensarse que en un caso en el que se promete un pago monetario a alguien para que robe a *B*, en realidad, la construcción del hecho de referencia se satisfaría con la identificación del verbo típico nuclear (robar). Consiguientemente, en principio, no sería necesario que la persona de delante proyectara esta conducta típica sobre la víctima propuesta. Al ser este un extremo contingente a la dimensión de antijuridicidad, esta última, por sí sola, permitiría afirmar que el agente motivador se dirigía a co-configurar, justamente, un hecho antijurídico. Lo mismo valdría en un caso más

¹⁸⁵⁸ ALTENHAIN, *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exceß*, 1994, pp. 139 ss., diferenciando entre desvíos “dolosos” y “no dolosos”. Sobre los casos inconscientes, véase en este mismo capítulo *infra* ap. 2.4.c.

¹⁸⁵⁹ Parecido, FUENTES OSORIO, *LH-Struensee*, 2011, p. 193. Como indica, MONTENBRUCK, *ZStW*, 1972, p. 325: “solo se considerarán sustanciales las desviaciones que influyan en la evaluación del comportamiento del partícipe.”

dramático: si *A* motiva a *B* para que mate a *C*, pero *B* acaba matando a *D*, en tanto que de la comunicación ya es extraíble una determinada dimensión de injusto que permite concretar un hecho, podría pensarse que la mención a *C* constituye un residuo comunicativo irrelevante y, por lo tanto, con la muerte de *D* se satisfaría igualmente la propuesta contra-normativa (reducida al verbo típico “matar”).¹⁸⁶⁰

3. La operatividad del principio de accesoriidad defendida en este trabajo impide llegar a esta conclusión. Así pues, la *dirección de ajuste delictivo* constituye, siguiendo con la metáfora, un “foco de luz” que nos guía prospectivamente hacia el hecho delictivo. Este puede existir con la simple mención implícita o explícita a un verbo típico (por ejemplo, “estafar” o “lesionar”), en cuyo caso, el “haz de luz” proyectado será más grande. Pero el interviniente motivador puede restringir el “foco”, añadiendo elementos contingentes a esta *propuesta de injusto* con determinados *elementos programáticos* (por ejemplo, “estafa a *X* persona” o “lesiona a *Y* persona”). Al hacerlo, el agente disminuye el perímetro del haz luminoso, evidenciando que su programa contra-normativo se dirige objetivamente a un hecho más concreto. Sin perjuicio de los límites que puedan establecerse a este proceso de restricción, lo cierto es que, de existir, se deberá exigir a la persona de delante que realice este preciso acontecimiento y no otro, por mucho que el injusto siga siendo el mismo. Siguiendo con el ejemplo anterior, al proyectar el verbo típico “matar” hacia *C*, *A* evidencia que su motivación tiene por objeto un acto cuantitativa-cualitativamente peligroso sobre un concreto titular del bien jurídico protegido. El peligro típico se cierne sobre *C*, no sobre *D*, de la misma manera que, en caso de que *A* hubiera decidido motivar a la muerte de “cualquier persona”, el peligro típico se cerniría sobre cualquier titular del bien jurídico “vida” (como mínimo, dentro del ámbito de actuación del ejecutor). Así, la peligrosidad normativamente construida de la intervención motivacional se basa en el hecho de establecer el estatus deóntico de un hecho delictivo: si se dan razones contra-normativas para matar a *C*, el único suceso al que se le está adjuntando dicho estatus (en los términos de *permitido* u *obligado*) es al de “matar a *C*” y no a “cualquier persona”. A la inversa, si se da una razón contra-aflictiva para “estafar”, el acontecimiento sustentado sobre la base deóntica es el hecho de “estafar”, con independencia de la víctima o el modo comisivo. Tanto en un caso como el otro, la persona de delante *debe* (o le es *permitido*) realizar el suceso objeto de la contra-norma y solo en caso de que lo realice se podrá confirmar el fundamento de la prohibición de la conducta del interviniente motivador: el peligro cuantitativo-cualitativo cuya *permisión* u *obligación* este apuntaló (“matar a *C*”, “estafar”, “lesionar a los miembros de la clase *Y*”) se ha acabado realizando.

4. Con esto dicho, lo importante ahora es establecer hasta qué “límites inferiores” puede concretar su propuesta de injusto el interviniente motivador por medio de un programa delictivo. En otras palabras, habrá un momento en el que los elementos contingentes a la propuesta ilícita ya no permitan

¹⁸⁶⁰ Lo que daría lugar a una argumentación parecida a la aducida al hilo de los casos de *error in personam*: se ha motivado a matar y se ha matado.

precisar más el peligro cuantitativo-cualitativo sobre un interés jurídico. Volviendo al caso de la gorra, el hecho de que un sujeto lleve puesto este accesorio estético no parece aporta nada al hecho propuesto por el agente motivador, bien se haya proyectado este último sobre una víctima concreta, bien se haya hecho sobre una víctima anónima. A mi parecer, solo los elementos del *programa delictivo* que apuntalan la *identidad* del acontecimiento antijurídico objeto de la motivación en tanto que riesgo cuantitativa-cualitativamente peligroso dirigido contra un bien jurídico deben ser realizados por el ejecutor. Lo importante es que aquello que materializa este último mantenga una relación de sentido con la comunicación expelida por el agente motivador sin que este último pueda alegar que se hayan “incumplido” aspectos contingentes a la identificación de ese mismo riesgo. De ello se extrae que el *objeto/víctima* del delito propuesto (en caso de que se hubiera concretado) constituye un aspecto *esencial*.¹⁸⁶¹ Así pues, si el ejecutor no realiza el injusto sobre el *objeto/víctima* indicada no estará realizando el peligro cuantitativo-cualitativo que había programado contra-normativamente el agente motivador.

5. En cambio, todos los demás aspectos (tiempo, lugar, modo de comisión, etc.) no aportan absolutamente nada, en principio, a la definición del hecho delictivo como puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado, aunque su realización fuera de vital importancia para la persona de detrás. Por ejemplo:

Caso: *A* contrata al sicario *B* para que mate a su empleador *C*. *A* le indica a *B* que es fundamental que lo asesine antes del viernes, para evitar que firme su carta de despido. *B* se olvida de este aspecto y acaba matando a *C* el sábado.

Sea como fuere, más adelante concretaré si el incumplimiento de determinados elementos programáticos más allá del *objeto/víctima* podría llegar a ser relevante a los efectos de constatar la eficacia de la motivación. Igualmente, también se suscita este problema en aquellos casos en los que la motivación dirigida a un *omnimodo facturatus* modifica determinados elementos del proyecto auto-asumido por el sujeto, evidenciando con ello que la motivación tiene por objeto un hecho distinto al previamente aceptado.

c) Incongruencias inconscientes

1. En estos supuestos, la persona de delante incurre en un error sobre la identidad de la víctima o el curso causal. Por lo tanto, la incongruencia con respecto al programa delictiva se efectúa de manera inconsciente. La problemática apareció con el famosísimo caso Rose-Rosahl, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo prusiano de 5 de mayo de 1859:

¹⁸⁶¹ Igualmente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, 1984, p. 526; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 495 ss.; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 759 s.

Caso: Rosahl encargó a Rose que matara a su acreedor Schliebe. Rose esperó a su víctima en el lugar donde, según Rosahl, esta solía pasar. Al percibir que un sujeto se aproximaba y sin cerciorarse de su identidad, Rose disparó dos tiros sobre la persona. Sin embargo, resultó que la víctima no era Schliebe, sino Harnisch.

Mismo problema presentó el denominado caso Rose-Rosahl II, resuelto por la BGHSt, 37, 214:¹⁸⁶²

Caso: Fritz quería matar a su hijo Karl, pero no se atrevía a hacerlo con sus propias manos. A estos efectos, convenció a su subordinado Siegfried para que matar a Karl a cambio de una recompensa económica. Fritz le indicó a Siegfried que Karl solía pasear regularmente por los establos de su finca a una hora determinada, por la noche, y le mostró fotografías que mostraban el rostro de su hijo. Con toda esta información, Siegfried esperó una noche en el establo a que pasara Karl. Siegfried vio como una persona entraba en el establo y supuso que era Karl, por lo que le disparó. Sin embargo, debido a la oscuridad, Siegfried no pudo ver correctamente que esa persona no era Karl, sino Bemd, un vecino de Fritz.

Tal y como es conocido, son dos las soluciones en boga para resolver supuestos de estas características. Por un lado, considerar que el *error in personam* es igual de irrelevante para la persona de delante como para la de detrás.¹⁸⁶³ Por otro lado, considerar que este error debe ser tratado como un *aberratio ictus* desde la perspectiva del hombre de atrás y, por lo tanto, castigar solo por una tentativa de inducción.¹⁸⁶⁴

2. En realidad, los casos de *error in obiecto* solo amplían la teoría general de los excesos para casos en los que la desviación se ha efectuado de manera “imprudente” (en términos más exactos, inconscientemente). Como en los anteriores supuestos, la solución debe discurrir por una cuestión de imputación objetiva. Así pues, se trata de determinar si el hecho ejecutado por el agente motivado es imputable al comportamiento antinormativo del agente motivador o, por el contrario, si este ha sufrido una variación tal que impide afirmar que sea el suceso al que se dirigía a motivar la persona de detrás. El hecho que la desviación sea imprudente no varía esta afirmación, pues, objetivamente, subsiste el mismo problema estructural que impide imputar el hecho al inductor cuando el exceso es doloso. La cuestión, en realidad, no es en qué medida afecta el *error in personam* de la persona de delante a la de detrás, sino el impacto del desvío que aquel produce (aquí, por lo general, imprudentemente) con respecto al hecho objeto de la motivación. En otras palabras, los excesos con respecto al suceso

¹⁸⁶² BEMMANN, «Die Objektsverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter», *FS Stree/Wessels*, 1993, p. 396.

¹⁸⁶³ En España, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Parte General*, 1984, p. 524; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, p. 786.

¹⁸⁶⁴ Entre otros, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 247; OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 498; HÜNERFELD, «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland», *ZStW*, (99-2), 1987, p. 250; HILLENKAMP, *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, pp. 63 s.; BEMMANN, *FS Stree/Wessels*, 1993, p. 397; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 58. En España, DEL ROSAL BLASCO, *La provocación para cometer delito en el derecho español*, 1986, p. 396; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 525.

originalmente motivado deben considerarse en términos objetivos, por lo que estructuralmente es *a priori* indiferente que el ejecutor los haya realizado de manera dolosa o imprudente.¹⁸⁶⁵ Por lo tanto, la solución debe relacionarse, de nuevo, con aquello que exijamos a la persona de delante para confirmar que ha cumplido con el suceso delictivo que apoyaba la contra-norma ofrecida por la persona de detrás.¹⁸⁶⁶ Consiguientemente, se tendrá que atender a la composición del *programa delictivo* por el agente motivador con tal de observar si, en atención a este y su grado de detalle, el receptor de la razón se ha apartado (consciente o inconscientemente) de este.

3. PUPPE se ha opuesta a esta consideración al hilo de la discusión generada en el ámbito de la inducción. Según esta autora, solo los desvíos conscientes permitirían la existencia de un exceso no imputable a la persona de detrás. En cambio, los inconscientes no. Así pues, PUPPE es de la opinión que lo que realmente debe constatarse para validar un supuesto de instigación es que la persona de delante haya sido motivada por la de detrás a cometer un delito. En este sentido, la autora citada indica que el ejecutor “no es un proyectil que la persona de detrás agarra por las piernas y lanza contra la víctima,” sino un ser racional con capacidad de decisión.¹⁸⁶⁷ Sobre esta premisa, la autora considera que el inductor solo se limita a ofrecer las razones para cometer el delito, dejando a la discreción del autor si lo realiza o no.¹⁸⁶⁸ En un caso de *error in personam* realizado de forma motivada conforme a las razones dadas por la persona de detrás, puede afirmarse que existe una relación de motivación entre el actuar de este sujeto y el de delante. Esto no sucedería en caso que el exceso fuera doloso, pues, en opinión de PUPPE, el ejecutor evidenciaría que la motivación para cometer el delito propuesto no habría sido eficaz.¹⁸⁶⁹ En consecuencia, el hecho de que el autor crea estar realizando el “pacto de injusto” suscrito con la persona de detrás sería suficiente para validar la inducción, aunque aquel incurriera en un *error in persona*. Frente a estas consideraciones, cabe oponer dos cosas. En primer lugar, es perfectamente posible plantear un supuesto en el que un desvío doloso o consciente se produzca, igualmente, de manera motivada conforme a las razones dadas por la persona de detrás. Imagínese el caso en el que el encargado de matar a *A* para obtener la recompensa de *B* decide matar a otra persona, previendo que, con posterioridad, engañará al agente corruptor para obtener el dinero prometido. En un supuesto así, sería muy dudoso afirmar, como PUPPE para los casos inconscientes, que, dada la existencia de una relación motivacional, a la persona de detrás se le debería castigar como interviniente en un delito consumado. Y ello entronca con la segunda objeción: el hecho de que el suceso delictivo se efectúe de manera motivada conforme a las razones previamente entregadas es uno de los dos requisitos para imputar objetivamente el acontecimiento al interviniente.

¹⁸⁶⁵ PEÑARANDA RAMOS, *Libertas*, (0), 2012, p. 139.

¹⁸⁶⁶ Igualmente, PEÑARANDA RAMOS, *Libertas*, (0), 2012, p. 141: es necesario que “el autor, en el momento de ejecutarla [la tentativa del hecho], se presenta —también objetivamente— como un intento mínimamente adecuado de realizar el hecho convenido, a lo que no obsta que concurra *además* el riesgo de un exceso” (con cursivas en el original).

¹⁸⁶⁷ PUPPE, *ZIS*, (6), 2007, p. 244.

¹⁸⁶⁸ PUPPE, *ZIS*, (6), 2007, p. 234.

¹⁸⁶⁹ PUPPE, *ZIS*, (6), 2007, p. 235.

A ello cabe añadir otro requisito: que la realización del hecho sea congruente con la propuesta. Obviar este punto significaría una erosión del principio de accesoriedad, puesto que al interviniente motivador se le castiga por adjuntar un estatus deóntico a un hecho, no solo por motivar a su ejecutor. De lo contrario, a este sujeto se le podría imputar cualquier acontecimiento siempre y cuando pudiera constatarse una relación de motivación.

4. Por lo tanto, considero más adecuado partir de la idea de que un exceso inconsciente solo podrá imputarse a la persona de detrás cuando, en términos objetivos, fuera previsible que sucediera.¹⁸⁷⁰ Con esto dicho, la tripartición casuística expuesta por PEÑARANDA RAMOS es plenamente asumible en este trabajo. Para este autor, deben diferenciarse *tres casos*: (i) aquellos en los que la persona de delante se atiende con exactitud a las pautas ofrecidas por la de detrás y, pese a ello, incurre en un error sobre la identidad de la víctima; (ii) aquellos en los que el autor se aparta objetivamente (sea consciente o no de ello) de estas instrucciones; (iii) finalmente, los supuestos en los que, pese a darse este seguimiento objetivo, la persona de delante complementa o desarrolla unas pautas nuevas.¹⁸⁷¹ En los primeros casos, es perfectamente asumible imputar el hecho delictivo al hombre de atrás pese al *error in personam*, pues el de delante ha seguido con sus instrucciones y, pese a ello, se ha desviado (solo subjetivamente) del plan.¹⁸⁷² Por ejemplo:

Caso: *A* contrata al sicario *B* para que mate a *C*, exponiendo todos los detalles. *B* acaba matando a su hermano gemelo.

En el segundo supuesto, no se podrá imputar el hecho al interviniente motivador, puesto que el ejecutor no habrá cumplido objetivamente con el concreto *programa delictivo* ofrecido, por lo que habrá realizado un *hecho* distinto. Por ejemplo:

Caso: *A* contrata al sicario *B* para que mate a *C*, exponiendo todos los detalles para su identificación. *B*, sin embargo, acaba matando a *D* pensándose que era *C* y pese a que no encajaba con la descripción expuesta por *A*.

En el último caso, habrá que atender a la racionalidad de las pautas nuevas en atención a las originalmente propuestas por el agente motivador. En este sentido, si estas pautas añadidas concretizan de manera racional las originarias y, pese a ello, se acaba cometiendo un hecho diferente, cabrá imputar el hecho a la persona de detrás. En cambio, si estas pautas nuevas se apartan de manera

¹⁸⁷⁰ Parecido, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 525.

¹⁸⁷¹ PEÑARANDA RAMOS, *Libertas*, (0), 2012, pp. 142 s.

¹⁸⁷² BLANCO CORDERO, *LH-Barbero Santos*, 2001, pp. 859 ss. JOECKS/SCHNEIFELD, «§ 26», *MiKo-StGB*, 4ª ed., 2020, nm. 92, indicando que [s]i al autor se le ordena disparar a bocajarro a un hombre calvo y con sobrepeso de 68 años, pero el autor principal—fallando totalmente como agente— mata por error a una mujer de 22 años, de pelo largo y delgada, la imputación del resultado del delito no pueda afirmarse.”

irracional de las originales, menoscabando la previsibilidad del éxito del programa, no cabrá confirmar esta imputación.

4. La realización “motivada” del hecho delictivo

1. La congruencia entre “hecho realizado” y “hecho propuesto” no es suficiente para validar la imputación objetiva en sentido estricto. A estos efectos, la conexión de sentido entre el comportamiento motivador y la actuación del sujeto motivado requiere de un ulterior criterio de confirmación: que la persona de delante haya realizado el injusto propuesto de forma *motivada* conforme al mensaje comunicativo expedido por la persona de detrás. En este sentido, es necesario que la *razón contra-normativa* que sostenía la propuesta delictiva del agente motivador o corruptor se convierte en la *razón motivadora* del agente motivado. Ciertamente, es posible visualizar un caso en el que el sujeto, pese a realizar el delito, no lo hace con base en la razón contra-normativa previamente anunciada. En estos supuestos, no será posible validar esta conexión. Para con este propósito, será necesario efectuar un “juicio de identidad” entre la propuesta de injusto sustentada por medios de razones y el ulterior comportamiento típico de su receptor.¹⁸⁷³ En otras palabras, la conducta del *agente motivado* deberá corresponderse con la propuesta delictiva provista de razones y entregada por el *agente motivador*. A estos efectos, recuperando una idea anunciada en el capítulo III,¹⁸⁷⁴ no deben interesarnos los motivos psicológicos que impulsaron la conducta. Por el contrario, será suficiente con poder imputar la razón contra-normativa entregada por la persona de detrás a la conducta de la de delante, de tal manera que pueda afirmarse que fue esta sobre la que se basó su conducta ilícita. Solo así podrá afirmarse que el acontecimiento antijurídico se sostiene sobre un “motor” que el interviniente motivador ha “hecho suyo” a través de la asignación de un “estatus deóntico”.

2. Por lo general, valdrá que el sujeto realice el hecho delictivo para validar esta “relación de motivación”. Por ejemplo, si *A* ofrece por anticipado a *B* una remuneración económica para que mate a *C* (*razón para el injusto*), la mera realización de esta conducta delictiva por parte de *B* con posterioridad a dicha comunicación (*juicio de identidad*) será suficiente para confirmar que, en términos jurídico-penales, *B* “ha sido motivado” por *A* (*ha tomado en consideración la razón previamente entregada*). En cambio, tomando un caso de GÓMEZ RIVERO, si *B* decide utilizar el dinero para fugarse con su amante al Caribe después de matar a su mujer *D*, pero, debido a un *error in persona*, mata a *C*, no será posible afirmar que *B* ha matado a *C* motivado por *A*.¹⁸⁷⁵ *B* no ha producido la muerte de este individuo con base en la razón previamente entregada por este sujeto, por mucho que exista una

¹⁸⁷³ GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 226 ss.

¹⁸⁷⁴ Véase *supra* Capítulo III ap. V.3.3.

¹⁸⁷⁵ Caso planteado por GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 331. En lo que alcanzo, para ella existiría aquí una relación de “causalidad psíquica” que, no obstante, se anularía con base en los criterios de imputación objetiva del resultado al no realizarse el preciso riesgo contenido en el acto incitador. Para mí, directamente, no existe “motivación”, pues el sujeto no ha matado a *C* con base en la razón entregada por *A*.

“correspondencia formal” entre el comportamiento y el injusto propuesto o pueda decirse que la conducta es la consecuencia lógica e, incluso, psicológica del actuar de *A*. A estos efectos, son varios los criterios que pueden auxiliar al intérprete para confirmar la “relación de motivación”. Principalmente, es necesario que exista una *conexión subjetiva y funcional*. De esta forma, si la persona de delante realiza el hecho delictivo de manera congruente a la propuesta, pero, sin embargo, lo hace inconscientemente, no habrá posibilidad de imputar el acontecimiento a la de detrás. Por ejemplo:

Caso: *A* amenaza a *B* con desvelar la identidad de su amante a su familia en caso de que no mate a *C*. Poco después, nervioso por las consecuencias negativas que pudiera tener que *A* diera cumplimiento a su amenaza, *B* se despista un momento al volante y atropella mortalmente a un peatón. Por casualidad, este peatón era *C*.

También puede ocurrir que la realización de determinados elementos específicos del programa delictivo (irrelevantes para confirmar la congruencia entre hecho realizado y hecho propuesto) permitan romper esta relación funcional. Imagínese, por ejemplo, la existencia de un distanciamiento temporal entre la proposición y la ejecución tal que anule totalmente el propósito de la motivación delictiva. Por ejemplo:

Caso: *A* necesita que el funcionario *B* resuelva favorablemente una solicitud administrativa con la que obtendrá un documento necesario para poder optar a una ayuda estatal. A estos efectos, *A* amenaza a *B* para que realice el hecho. El plazo para solicitar la ayuda termina el martes. Sin embargo, *B* resuelve favorablemente una semana más tarde.

III. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN Y LA FIGURA DEL *OMNIMODO FACTURUS*

1. Introducción

Una vez articulada la desaprobación *ex ante* (conducta antinormativa) y *ex post* (imputación objetiva del hecho delictivo) del interviniente motivador, es momento para identificar el *quantum* de su intervención en el acontecimiento antijurídico. Como es sabido, la doctrina mayoritaria utiliza en este punto la figura del *omnimodo facturus*. Por lo tanto, iniciaré este último apartado considerando el papel que debe desarrollar esta estructura en el ámbito de un sistema de intervención motivacional (ap. 2.). Una vez desvelado el rol del *alias facturus*, esbozaré los indicadores que, en mi opinión, permiten imputar al interviniente motivador el correspondiente título de intervención. Estos indicadores se fundamentarán en un criterio rector básico, a saber, el alcance de la definición de la “motivación del hecho” por parte de la persona de detrás. En este sentido, según cuanto haya alcanzado a “impulsar” el acontecimiento antijurídico el interviniente motivador, mayor o menor será su pena. A estos efectos, voy a limitar el análisis a las dos grandes coordenadas sobre las que se asienta el entendimiento

generalizado de la participación psíquica: la inducción y la complicidad. Repárese en el hecho de que, conforme al sistema de intervención del que parto, sería perfectamente viable imputar a la persona de detrás, según fuera el caso, el título de autor. Sin embargo, me limitaré a efectuar la graduación cuantitativa del peso de su intervención con base a la instigación y la complicidad, con tal de aportar criterios alternativos a los que utiliza la doctrina mayoritaria cuando trata el *topos* de la participación psíquica.

2. ¿Constituye la figura del *omnimodo facturus* un criterio de cuantificación?

2.1. Reconsideraciones sistemáticas: el *omnimodo facturus* como verdadero *horizonte motivacional*

1. Como he indicado críticamente a lo largo de este trabajo de investigación, la doctrina dominante identifica el “punto de separación” entre la inducción y la complicidad psíquica en la figura del *omnimodo facturus*. La idea que subyace a esta tesis es bastante intuitiva: no se puede determinar a alguien ya determinado a cometer el delito, sino, en todo caso, reforzarle en su resolución al hecho delictivo. En un principio, puede parecer que este mismo criterio tiene cierta viabilidad para establecer una graduación cuantitativa en el ámbito de la intervención motivacional. Ciertamente, en principio, no parece que merezca la misma pena aquel sujeto que se asegura que su razón para el injusto sea la única (o la originaria) sobre la que la persona de delante realizará el delito que aquel otro que se limita a acoplar funcionalmente más razones a las que ya tenía ese mismo agente. Sin embargo, existen razones para negar esta idea. En este sentido, una razón para el injusto puede tomar un papel protagónico incluso de haber sido entregado a una persona psicológicamente motivada a cometer el delito. Por lo tanto, si a efectos gráficos, la “pena del inductor (o del autor)” debe atribuirse a aquel sujeto cuya contribución tenga un peso más relevante en la construcción colectiva del hecho, ello puede llegar a afirmarse incluso de haberse articulado la “motivación del hecho” a través de un sujeto ya resuelto en términos psicológicos a cometer el delito.

2. Esta idea central está vivamente conectada con el planteamiento de PUPPE al hilo del ya considerado “pacto de injusto” [*Unrechtspakt*]. Como decía, para esta autora, lo relevante en caso de inducción no es que se haya “creado” u “originado” un específico resultado psíquico, sino que se haya motivado o co-motivado al autor en el momento de la realización del tipo a través de una relación obligacional.¹⁸⁷⁶ Con ello, PUPPE renuncia a la exigencia de que se provoque una determinada resolución delictiva, al entender que esta no es más que es un estado vivencial interno del ejecutor del suceso que no implica, ni a su incriminación, ni a la imputación de una desaprobación jurídico-

¹⁸⁷⁶ PUPPE, GA, 1984, p. 112.

penal a la persona de detrás.¹⁸⁷⁷ Al respecto, también comentaba como gran parte de la doctrina, a la hora de criticar esta tesis, coincide en la idea de que con esta desaparecería el criterio rector del “horizonte motivacional” y, por ende, la distinción entre complicidad psíquica e inducción se tornaría muy complicada. Ciertamente, con base en esta concepción, sería perfectamente factible “inducir” a una persona ya resuelta con anterioridad a cometer el delito, en tanto que, como mínimo, siempre se la podría co-motivar en los términos defendidos por esta autora. En efecto, es posible “suscribir” un “pacto de injusto” cuando el inducido está resuelto a cometer el delito del que fuera objeto dicho “acuerdo”. Por ejemplo, B puede estar decidido a realizar el delito X, pero, al someterse a la voluntad del inductor a través de un “pacto de injusto”, este estado resolutivo no impedirá afirmar que la persona de detrás *ha determinado* a B a realizar el delito X, en tanto que sometido a sus dictámenes en una relación de dependencia.¹⁸⁷⁸ Con base en las ideas de esta autora, en principio, aquello que no alcanzase el “grado de importancia” del 'pacto de injusto' debería castigarse como complicidad.¹⁸⁷⁹

3. De igual forma se ha pronunciado recientemente STEEN, para quien la decisión de cometer el delito puede seguir siendo co-causada por un influjo psíquico incluso en casos de *omnimodo facturus*.¹⁸⁸⁰ Con base en una crítica a la teoría de la equivalencia o de la identidad,¹⁸⁸¹ el autor llega a la conclusión de que, antes de la ejecución del delito, el receptor de la motivación nunca puede estar definitivamente decidido a cometerlo, pues carece de un dolo proyectado sobre los elementos típicos del delito.¹⁸⁸² Por lo tanto, antes de este momento, todo motivo adicional puede producir un “efecto de intensificación” [*Intensivierungseffekt*] en tanto que argumento suplementario a favor de la comisión delictiva.¹⁸⁸³ Si todo motivo dado por un tercero puede influir en su decisión, la pregunta que hay que plantearse según el autor referido es *cuándo* estos motivos constituyen supuestos de *determinación* (inducción) y cuando de mera *asistencia* (complicidad).¹⁸⁸⁴ Por lo tanto, la cooperación psicológica no se ceñiría únicamente a los casos de “refuerzo de la resolución delictiva” (*fase post-resolutiva*), tal y como defiende la doctrina mayoritaria. En su contra, esta forma subsumiría todos aquellos motivos que hubieran co-influenciado en la decisión (tanto en *fase pre-resolutiva*, como en *fase post-resolutiva*) y que no presentarían la intensidad suficiente como para considerarse *determinantes* de la misma. En otras palabras, la relación entre *inducción* y *complicidad psíquica* sí sería, con base en las consideraciones de este

¹⁸⁷⁷ PUPPE, GA, 1984, p. 116.

¹⁸⁷⁸ PUPPE, GA, 1984, p. 113.

¹⁸⁷⁹ PUPPE, GA, 1984, p. 115.

¹⁸⁸⁰ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 16.

¹⁸⁸¹ Que establecen una correlación entre resolución delictiva y dolo. Sobre este punto, véase *infra* ap. 2.2.a.

¹⁸⁸² STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 54.

¹⁸⁸³ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 82 ss., 84. Igualmente, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsrechtstypen*, 2019, p. 565, indicando que “incluso alguien que ya está 'decidido a realizar el acto' puede seguir siendo determinado, en el sentido de que el inductor se apropia de su intención y (...) la hace suya mediante un requerimiento sancionado para realizar el acto. Esto confiere automáticamente a la decisión real y ejecutado del autor principal de cometer un delito una cualidad diferente, ya que ahora el delito también se lleva a cabo en interés del instigador en términos motivacionales.”

¹⁸⁸⁴ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 121.

autor, una de clase *cualitativa-cuantitativa*: co-motivación de la decisión (*estructura cualitativa*) e importancia de la motivación (*distinción cuantitativa*). Sobre estas premisas, el autor citado aplica la pena del *inductor* cuando la contribución en fase de ideación del delito cumple una función central en su realización (*posición dominante* de la influencia que condiciona la manera de realizar el delito en tanto que “motivo que guía la acción” [*handlungsleitenden Motivs*]),¹⁸⁸⁵ mientras que aplica la de la *complicidad* para aquellos casos que no reúnen esta característica (*posición subordinada* de la influencia).¹⁸⁸⁶

4. De todas estas reflexiones se extra una idea capital para entender la diferencia entre inducción y complicidad psíquica. La figura del *omnimodo facturus*, como mínimo entendido en términos estrictamente psicológicos, no puede ser un factor definitivo en la cuantificación del injusto del interviniente motivador. Será el peso relativo de esta aportación en la co-configuración del acontecimiento antijurídico lo que marque el título de intervención que asignar al interviniente; “peso en el hecho” que podrá alcanzar sus cuotas más altas incluso estando la persona de delante “resuelta al hecho” desde una perspectiva psicológica. Ciertamente, una razón contra-normativa puede haber sido aportada a un sujeto que, en términos psicológicos, presentaba una resolución al hecho y, sin embargo, demostrarse “determinante” para la consecución del hecho delictivo. Por otro lado, una razón de las mismas características puede haber sido entregada a un sujeto resuelto delictivamente y, no obstante, demostrarse no tan importante para la definición y construcción colectiva del hecho. Dicho esto, considero que hay razones suficientes para reinterpretar la figura del *alias facturus*, no como una línea de división entre la inducción y la complicidad, sino como una frontera entre una conducta motivadora penalmente relevante en forma de intervención y una irrelevante. En este sentido, considero que, si en algún momento puede afirmarse que un sujeto “está motivado” en el sentido de que “de cualquier modo, lo hubiera hecho” (*omnimodo facturus*), dicho agente no es un destinatario idóneo de razones contra-normativas que pudieran asignar un “estatus deóntico” al hecho delictivo. Esta afirmación parece implicar una contradicción con lo que acabo de indicar: por un lado, indico que el *alias facturus* no puede ser un criterio para delimitar la inducción de la complicidad la poder existir la posibilidad de imputar un título de mayor relevancia incluso de habiéndose entregado la razón a un sujeto ya resuelto a cometerlo. Pero, por el otro lado, indico que en algún momento existirá un punto de cesura a partir del cual no podrán aportarse más razones contra-normativas, identificando dicho momento, justamente, en la figura del *omnimodo facturus*. Permítase que explique con mayor detalle la idea para superar la aparente incoherencia del planteamiento.

5. La premisa de este trabajo de investigación es la siguiente: interviene en un delito quien, a través de una razón contra-normativa, asigna al hecho delictivo un estatus deóntico. En términos

¹⁸⁸⁵ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 209.

¹⁸⁸⁶ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 179. Volveré a estos criterios cuando presenta una tipología de la intervención motivacional *infra* referencia interna

estrictamente psicológicos (por lo tanto, sin dotar todavía de un contenido normativo a la institución jurídica del *omnimodo facturus*), esto puede realizarse en múltiples momentos del *iter criminis* subjetivo de la persona de delante. *A* puede haber expresado a *B* su ferviente deseo de matar a *C* y *B* puede haber asignado al injusto un estatus deóntico prometiéndole a *A* dinero en caso de que lo haga; *A* puede haber comentado a *B* su “intención” de entrar a robar en un banco y las múltiples objeciones que le impiden hacerlo, entre ellas, el miedo a ser detenido; a lo que *B* puede ofrecerle una razón contra-normativa en forma de promesa de encubrimiento. Siempre y cuando “quepan” más razones contra-normativas que permitan incorporar motivos para invalidar las razones de la norma, cabrá la posibilidad de confirmar una intervención motivacional. Si esto es así, por otro lado, en algún momento alguien estará lo suficientemente motivado como para no poder recibir más razones contra-aflictivas o contra-expresivas, al ser estas totalmente superfluas. Que *A* le prometa a *B* que le encubrirá en caso de que cometa un específico atentado terrorista mientras está armando los engranajes de la bomba que depositará la mañana siguiente en un centro comercial no parece que aporte nada, ni a la corrupción del sujeto, ni a la perturbación de la comunicación de la norma, ni a que el hecho delictivo deba realizarse. El riesgo de lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido ya está lo suficientemente impulsado como para que un eventual agente motivador tenga la posibilidad de propulsarlo de forma definitiva. Ciertamente, salvo por una circunstancia extraordinaria, parece aceptable afirmar que *B* realizará el delito con independencia de lo que le diga *A* al respecto.

6. En realidad, la figura del *omnimodo facturus* (de nuevo: “quien, de cualquier modo, lo hubiera hecho”) tendría que dibujarnos a un sujeto de estas características. Sin embargo, como indicaba en el primer capítulo, la doctrina mayoritaria siempre salva esta primera impresión indicando que no debe exigirse un grado de convicción tal que la resolución delictiva se visualice como un estado subjetivo inamovible. Solo así puede aceptarse que la decisión de cometer el delito pueda ser reforzada en términos psicológicos. Como establecía en el segundo capítulo, es el grado de convicción que se exija al *omnimodo facturus* lo que varía el ámbito de aplicación de la inducción y la complicidad psíquica, respectivamente, según la doctrina dominante. A mayor convicción, más espacio para la instigación; a menor, más para el auxilio moral. Al final, todas las dudas que se plantean en la zona de contacto entre estas dos formas de participación es si el sujeto al que se dirigía el influjo psíquico estaba ya determinado a cometer el delito o todavía albergaba la inseguridad suficiente como para determinarlo. Pero en este trabajo no se parte de este paradigma. En efecto, que se haya determinado o reforzado subjetivamente a la persona de delante es irrelevante, pues lo importante es que se haya podido asignar al acontecimiento delictivo un estatus deóntico en tanto que curso de acción debido o permitido. Y si hay un momento en el que esto ya no sea posible, pues la vía de acceso al hecho para el interviniente motivador (la persona de delante) ha quedado cerrada al no aceptar más razones contra-normativas, dicho momento debe indicarlo la figura del *omnimodo facturus*. En consecuencia, un *alias facturus* no debe ser aquel sujeto al que ya no se le pueda *determinar*, pero sí *reforzar*; sino aquel agente a través del

cual ya no pueda efectuarse la asignación de un estatus deóntico al hecho delictivo. Recuperando las palabras de SCHILD, aunque con un sentido distinto, un *omnimodo facturus* es el “horizonte motivacional” [*Motivationshorizont*]¹⁸⁸⁷ a partir del cual se cierra el campo, no de la inducción, sino de la intervención motivacional. Pero esta situación no deberá identificarse en cualquier situación psicológica del sujeto receptor de la razón. Por el contrario, un *omnimodo facturus*, en los términos aquí defendidos, solo podrá serlo aquel que, haciendo uso de una expresión de la que se aleja la doctrina dominante, este resuelto de manera “firme como una roca”.¹⁸⁸⁸ A los efectos de identificar este “punto de no retorno”, permítase que plante ordenadamente las siguientes preguntas: cuándo está alguien resuelto a cometer un delito y qué criterios evidencian tal circunstancia.

2.2. ¿Cuándo está alguien resuelto a cometer un delito?

a) Resolución delictiva y dolo del ejecutor

1. La doctrina mayoritaria suele echar la vista a la dogmática de la tentativa con tal de extraer un concepto operativo de “resolución delictiva”. Al respecto, en este sector de la teoría del delito, la literatura incide en la necesidad de diferenciar entre una “resolución delictiva” *strictu sensu* y una mera “inclinación al hecho”. Esta última, por definición, no cumplimentaría con las exigencias típico-subjetivas de un delito intentado.¹⁸⁸⁹ A los efectos de establecer una línea divisoria entre ambos “estados mentales”, una gran mayoría de autores acude, tal y como anuncié en el primer capítulo de la presente investigación, al “criterio de la preponderancia” ideado por ROXIN.¹⁸⁹⁰ Según este, debe entenderse que una persona está resuelta delictivamente cuando sus motivos para cometer el delito son “preponderantes” a los motivos para no hacerlo.¹⁸⁹¹ Los pormenores de esta clasificación dogmática suelen discurrir por el tríptico casuístico expuesto en su momento por SCHMID,¹⁸⁹² quien defendió la existencia de tres supuestos problemáticos en la “frontera” entre “resolución delictiva” e “inclinación al hecho”: (i) los casos de mera propensión hacia el ilícito [*bloßen Tatgeneigtheit*],¹⁸⁹³ (ii) los casos de decisión fundamentada en una base fáctica insegura [*Tatentschluss auf bewußt-unsicherer*

¹⁸⁸⁷ Para STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 82 ss. y el propio SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 8 s., es imposible alcanzar este momento, pues “resuelto” solo puede estarlo quien ha empezado a cometer el delito. De allí que el estado resolutorio sea indiferente para distinguir entre inducción y complicidad psíquica.

¹⁸⁸⁸ SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017 nms. 8 s.

¹⁸⁸⁹ OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, pp. 386 ss.

¹⁸⁹⁰ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 229; GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 421; PHLEPS, *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, 1997, p. 77.

¹⁸⁹¹ ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 461.

¹⁸⁹² SCHMID, «“Bedingter Handlungswille” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen», *ZStW*, (74-1), 1962, p. 51.

¹⁸⁹³ Un sujeto compra un arma para amenazar a su suegro, pero todavía no sabe si la utilizará también para matarlo (ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 460).

(*hypothetischer*) *Tatsachengrundlage*)¹⁸⁹⁴ y (iii) los casos de decisión con “reserva de desistimiento” [*mit dem Tatentschluss verkoppelte Rücktrittsvorbehalt*].¹⁸⁹⁵ Según la opinión más pacífica, mientras que en los dos primeros supuestos no es posible entender que existe todavía una resolución delictiva, en el último sí sería aceptable tal consideración.¹⁸⁹⁶

2. La asimilación de esta discusión por parte de la dogmática de la inducción y la complicidad psíquica debe cuestionarse por un motivo principal: con ella se evidencia un estricto apego de la doctrina al entendimiento clásico de esta clase de participación como forma de intervención que *contribuye a la existencia del dolo del autor del delito*.¹⁸⁹⁷ Desde esta concepción, se advierte sencillo acudir a la dogmática de la tentativa, en la que sus autores, de costumbre, han asimilado la categoría de la resolución delictiva con la del dolo¹⁸⁹⁸ (en concreto, con el dolo directo de primer grado¹⁸⁹⁹). Sin embargo, la posibilidad de trasladar este concepto al marco de la intervención motivacional debe criticarse, principalmente, porque con ello se produciría una cierta incompatibilidad por una cuestión de tipo estructural. De esta manera, toda caracterización (no necesariamente psicologista) del dolo tiene por objeto exclusivo la conducta típica realizada por el sujeto y, en su caso, el resultado.¹⁹⁰⁰ En otras palabras, la constatación de esta categoría (sea un mero estado mental, sea una específica desaprobación normativa) solo puede efectuarse en concomitancia a la puesta en marcha del comportamiento jurídico-penalmente desaprobado, pues es justamente este último lo que constituye su objeto. Toda situación cognitivo-volitiva anterior (dolo antecedente) o posterior (dolo subsiguiente) no constituye, por definición, el dolo referido a la conducta típica cuya tentativa ha iniciado el agente. Ello contrasta con la propia operatividad de la resolución delictiva en el marco de la intervención motivacional, cuya existencia, por definición, debe ser previa al inicio de la fase ejecutiva del delito llevada a cabo por el receptor de la razón para el injusto. Por lo tanto, la única manera de compatibilizar los conceptos de

¹⁸⁹⁴ Un médico se decide a practicar un aborto en caso de que la mujer a la que está examinando presente un estado de embarazo (SCHMID, *ZStW*, (74-1), 1962, p. 57).

¹⁸⁹⁵ SCHMID, *ZStW*, (74-1), 1962, pp. 54 s.: “[s]i el autor es tan consciente de las posibilidades y los riesgos del hecho cuando decide cometerlo, entonces es natural que decida de antemano por tal o cual eventualidad cambiar el plan de la acción o, si es necesario, incluso renunciar a la decisión de cometerlo por completo.” Piénsese, por ejemplo, en el caso de un atracador que decide robar en un banco, pero se reserva la posibilidad de desistir de su acción si alguno de los rehenes le ve la cara.

¹⁸⁹⁶ Por todos, con ulteriores referencias, OTTO, *PG* (trad. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 389; ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, pp. 459 ss.

¹⁸⁹⁷ Así pues, ya indiqué en el primer capítulo que una gran parte de la doctrina define la instigación como una forma de participación a través de la cual se “crea el dolo del autor”. En el caso de la complicidad psíquica, esta última también se ha venido distinguiendo según la parte del dolo del receptor del influjo: mientras que los supuestos de aportación de consejos técnicos supondrían incidencias en su lado cognitivo [*kognitive Beihilfe* o cooperación intelectual], los de fortalecimiento de la resolución se presentarían como vigorizadores de su parte volitiva [*voluntative Beihilfe* o cooperación motivacional] KINDHÄUSER, *AT*, 2009, p. 355.

¹⁸⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *PG* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., 2002, p. 554; OTTO, *PG* (tr. de José R. Beguelín), 7ª ed., 2017, p. 388: “[l]a decisión se corresponde con el tipo subjetivo del delito consumado.”

¹⁸⁹⁹ Justamente por esto, se habla de “tipo penal incongruente por exceso subjetivo” (por todos, MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 236). A esta equiparación se la ha venido definiendo críticamente como el “dogma de la identidad” [*Identitätsdogma*], así, STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», *GS-Armins Kaufmann*, 1989, p. 528

¹⁹⁰⁰ MIR PUIG, *PG*, 9ª ed., 2011, p. 267, refiriéndose al “dolo típico”, como uno de los tres niveles del concepto de “dolo completo” entendido, según el autor, como “conciencia de la antijuricidad”.

“dolo” y “resolución delictiva” es entendiendo que este estado mental resolutivo hace referencia únicamente al dolo antecedente, esto es, a un dato psíquico de tipo cognitivo-volitivo referido a un hecho que todavía no existe.¹⁹⁰¹

3. Esta idea conecta con la concepción de una parte de la doctrina, según la cual es imposible hablar de “resolución delictiva” en un momento anterior al de la realización de la acción típica, principalmente, si aquella se conecta directamente con el dolo.¹⁹⁰² En este sentido, si un *omnimodo facturus*, en tanto que persona resuelta a cometer el delito, es un sujeto del que puede decirse que su conducta es dolosa, esto solo puede afirmarse cuando su resolución delictiva incluye ya todos los elementos típicos subjetivos.¹⁹⁰³ Por definición, en una tentativa inacabada, esta diversidad de elementos necesariamente faltará.¹⁹⁰⁴ Así, únicamente cuando el riesgo creado por el sujeto escapa de su control (tentativa acabada) puede visualizarse la existencia de un “dolo de consumación” [*Vollendungsvorsatz*].¹⁹⁰⁵ Como indica SCHILD, “[u]na 'decisión' no es una preponderancia de los motivos posibles sobre los opuestos, sino la realización de un motivo (o varios, que luego se median en una unidad que, a pesar de todas las diferencias, se armoniza finalmente como una relación determinada) en la acción.” Sobre esta premisa, el dolo “solo surge con y en el acto”, pues se trata de “una decisión interior (¡Allá vamos!), que se implementa en un acto externo con el que la persona empieza a realizar inmediatamente el delito.”¹⁹⁰⁶ En este sentido, solo en el momento en el que el sujeto despliega definitivamente su comportamiento de injusto es posible afirmar que este tiene un conocimiento referido a los elementos que conforman su injusto personal y una voluntad de realizarlos.¹⁹⁰⁷ Previo a este momento, la única conclusión que puede alcanzarse es que el agente dispone de una inclinación, un deseo o un proyecto más o menos consolidado, pero no que “actúe dolosamente”. Consecuentemente, la averiguación de una decisión de cometer un delito igualada a esta categoría depende de la plena ejecución del injusto, en la medida que, justamente con ello,¹⁹⁰⁸ a

¹⁹⁰¹ Lo que haría referencia a un estado psíquico “todavía penalmente irrelevante”. Así, STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», *GS-Armins Kaufmann*, 1989, p. 528 s.

¹⁹⁰² FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 270: “puede decirse que existe conducta intencional si quien actúa u omite (voluntariamente) conoce las circunstancias sobre cuya base se desaprueba su conducta”; ROXIN, *PG* (tr. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 456: “el dolo en la tentativa se corresponde con el del hecho consumado.”

¹⁹⁰³ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 53.

¹⁹⁰⁴ STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», *GS-Armins Kaufmann*, 1989, p. 529.

¹⁹⁰⁵ PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, p. 34.

¹⁹⁰⁶ SCHILD, «§ 26», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 8. De igual modo, KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsrechtstypen*, 2019, p. 564: “los 'motivos' que impulsan e inhiben la acción en el sentido de la doctrina del *omnimodo facturus* no son todavía motivos reales, sino meros factores de consideración 'abstractos' e 'intelectualizados' en el contexto de un juego de pensamiento relacionado con una acción. Un motivo solo se convierte en un motivo real, orientador de la acción, cuando el que toma la decisión lo convierte realmente en el motivo de su acción, decide actuar de acuerdo con él.”

¹⁹⁰⁷ O “irrevocable”, tal y como expone SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, 1995, p. 65.

¹⁹⁰⁸ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, p. 16; PUPPE, *ZIS*, (6), 2007, p. 234: “la intención de cometer un delito se constituye en y con el acto.”

la planificación delictiva se le puede adjuntar los elementos subjetivos adicionales que permitan confirmar la existencia de esta *intención*.¹⁹⁰⁹

4. En conclusión, no es posible hablar de dolo (o, en su caso, imprudencia) antes de la plena realización de la conducta antinormativa. Justamente, porque esta calificación es el producto final de un proceso de adjetivación de un comportamiento ilícito, no un mero estado psíquico que pueda existir en cualquier momento del *iter criminis*. Por lo tanto, debe desecharse la vinculación de la resolución delictiva y, por ende, de la intervención motivacional, con la categoría subjetiva del dolo. Principalmente, porque la función del *omnimodo facturus* (entendido como “fenómeno” en el que un sujeto ya presenta una determinación delictiva con anterioridad a la entrega de una razón para el injusto) en este marco de pensamiento demanda de un concepto normativo necesariamente previo a la plena realización de la acción u omisión típica. Por definición, el dolo solo podrá identificarse en un momento posterior.

b) Resolución delictiva y compromiso práctico del ejecutor

1. En tanto que una resolución delictiva equiparada al dolo solo puede concurrir en el momento en el que se ha desplegado la tentativa acabada, es menester identificar un contenido substantivo compatible con la operatividad que estamos buscando: un estado resolutivo que, necesariamente, debe poder constatarse antes de aquel momento temporal. Al respecto, FREUND y ROSTALSKI, con una clara vocación de desligarse de la categoría del dolo, definen la resolución al hecho de injusto como la tenencia de un “proyecto de acción u omisión típica” [*tatbestandsmäßiges Handlungs- oder Unterlassungsprojek*]¹⁹¹⁰ que “de llevarse a cabo, constituiría una conducta objeto de desaprobación”.¹⁹¹¹ Por lo tanto, a la *intención* (= dolo directo de primer grado) propiamente dicha, constatable únicamente cuando el sujeto ya ha realizado el injusto, se le contrapondría una *proyección anticipada*. Sobre la base de este concepto, pese a no poderse hablar de intención en sentido estricto, sí podría sustentarse la concurrencia de una *decisión* encaminada hacia la futura comisión de un ilícito.

2. Esta concepción puede relacionarse con el sugerente esquema ideado por DOLD al hilo de su crítica a la “teoría de la identidad”.¹⁹¹² El autor alemán, basándose en determinadas aproximaciones de la

¹⁹⁰⁹ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 32, 53. Igualmente, SCHLIEBITZ, *Die Erfolgszurechnung beim “misslungenen” Rücktritt*, 2002, p. 66: solo cuando el sujeto realiza la acción u omisión típica puede tener el conocimiento de que está realizando, justamente, un hecho típico, y no una mera representación relativa a su futurible realización. En última instancia, esta idea le lleva a renunciar la equiparación entre “dolo (directo de primer grado)” y “resolución al hecho”, en tanto que esta última, por definición, solo existiría en un momento anterior al de la realización del comportamiento penalmente relevante.

¹⁹¹⁰ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 328.

¹⁹¹¹ FREUND/ROSTALSKI, *AT*, 3ª ed., 2019, p. 324.

¹⁹¹² Donde se plantea el mismo dilema que en el caso de la intervención motivacional: la búsqueda de un concepto de resolución delictiva desligado de la categoría del dolo directo de primer grado (intención) que, por definición, solo podría constatarse en caso de tentativa acabada.

filosofía analítica, efectúa una contraposición entre la *intención de resultado* [*Erfolgsabsicht*] y la *intención de actuar* [*Handlungsabsicht*].¹⁹¹³ Así pues, mientras que un sujeto tiene una *intención de resultado* cuando su comportamiento ha sido “causado”¹⁹¹⁴ por una razón para la acción;¹⁹¹⁵ dispone de una *intención de actuar* cuando se ha comprometido a “asegurar que el comportamiento previsto se realice efectivamente *llegado el momento* [*wenn die Zeit dafür gekommen ist*]”.¹⁹¹⁶ Por definición, el primer estadio subjetivo solo puede constatarse cuando se cuenta ya con la acción u omisión objeto de la razón efectivamente “causal”.¹⁹¹⁷ En cambio, la *intención de actuar* debe poder verificarse necesariamente con anterioridad a la exteriorización de la conducta objeto de la intención, pues dicho comportamiento constituye el propósito de acción u omisión con respecto al que el sujeto se compromete.¹⁹¹⁸ Siguiendo a MAÑALICH,¹⁹¹⁹ existiría entonces una diferencia entre aquella intención “que guía al agente en la actual ejecución u omisión de la acción respectiva” y la “que un agente se forma *en orden a hacer o no hacer*”, constituyendo esta última un “*compromiso (práctico)* que el agente asume en cuanto a ejecutar u omitir una acción de cierta clase, sea en el futuro inmediato, próximo o remoto.”¹⁹²⁰ Solo el primer concepto podría relacionarse con una suerte de dolo directo de primer grado conceptualizado desde una perspectiva psicologista (conocimiento efectivo y voluntad de realización que tienen por objeto los elementos objetivos del tipo en cuestión). Por su parte, con el segundo se haría referencia a un “compromiso personal” previo a la efectiva realización del comportamiento prohibido por la norma jurídico-penal, justamente, lo que interesa a los efectos de la clásica discusión sobre la resolución al hecho delictivo y la figura del *omnimodo facturus*. Asimismo, la intención previa en tanto que compromiso práctico debe distinguirse de los “deseos”. Estos últimos serían “actitudes proposicionales”, al igual que las intenciones, con las que, sin embargo, el sujeto “no adquiere compromiso alguno de hacer o no hacer algo en pos de la satisfacción de ese deseo.”¹⁹²¹ En contra, el compromiso práctico implica una *obligación personal* del sujeto con respecto al objeto de su intención de actuar que se activará “ante la constatación de que 'ha llegado el momento' para hacer o no hacer algo en congruencia con el contenido de esa intención”.¹⁹²²

¹⁹¹³ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 71 ss.

¹⁹¹⁴ DOLD asume a estos efectos el entendimiento de Davidson, quien, en contra de lo que aquí sostengo, considera que una “razón para la acción” es una “causa de la acción” (DAVIDSON, en EL MISMO, *Ensayos sobre acciones y sucesos* (trads. Olbert Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés), 1995, pp. 17 ss.).

¹⁹¹⁵ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 72.

¹⁹¹⁶ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 78 (sin cursivas en el original).

¹⁹¹⁷ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 78.

¹⁹¹⁸ DOLD, *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 78.

¹⁹¹⁹ MAÑALICH, «Tentativa y resolución-al-hecho. Una reconstrucción desde la filosofía de la acción», *Insomía*, (51), 2019, pp. 40 ss.

¹⁹²⁰ MAÑALICH, *Insomía*, (51), 2019, p. 40 (sin cursivas en el original).

¹⁹²¹ MAÑALICH, *Insomía*, (51), 2019, p. 41.

¹⁹²² MAÑALICH, *Insomía*, (51), 2019, p. 41.

3. Este concepto de compromiso práctico permite articular de una mejor manera la figura del *omnimodo facturus* en el marco de una eventual intervención motivadora. En este sentido, si a esta clase de intervinientes se les debe castigar por aportar razones para el injusto, la situación resolutive del destinatario relevante a los efectos indicados con anterioridad debe ser aquella en la que dicho sujeto ya dispone de razones suficientes para motivar, en su caso, el futurible hecho ilícito.¹⁹²³ Esto solo se podrá afirmar en el momento en el que el destinatario del mensaje comunicativo se haya comprometido personalmente a realizar una determinada conducta en caso que se cumplan una serie de condiciones temporales, espaciales, internas o externas. Así pues, un *compromiso práctico* en tanto que *intención de actuar* debe conceptuarse como una obligación personal que asume el sujeto y que tiene por objeto un comportamiento que, de realizarse, sería constitutivo de delito. En consecuencia, todo compromiso práctico debe focalizarse sobre un injusto mínimamente definido, justamente, aquel a cuya realización se encauza la intención de actuar del agente. En este sentido, la afirmación de que un sujeto se ha formado la obligación personal de actuar de una determinada manera está indeclinablemente ligada a la concretización de la acción u omisión con respecto a cuya realización se ha asumido dicha obligación. Esto presupone que la intención de actuar también tiene que incluir el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta que constituye su objeto, pues solo así puede decirse que esta consiste en un “proto-diálogo” con la norma que se quiere infringir con posterioridad.

3.3. ¿Qué criterios evidencian la existencia de una resolución delictiva?

1. El hecho de partir de un concepto de resolución delictiva asimilado al de compromiso práctico todavía no responde a todos los interrogantes planteados en este apartado. En este sentido, una cosa es otorgar sustantividad propia a una determinada categoría a través de una consigna definitoria y otra bien diferente es la de identificar aquellos criterios que permitan concluir que un determinado supuesto de hecho presenta las características estructurales de esta misma composición conceptual. Nos encontramos, como muchas veces en el marco de la dogmática jurídico-penal, ante el problema de la aplicabilidad y la constatación práctica de los constructos ideados en un plano teórico. Esta cuestión ha estado históricamente muy vinculada al dolo y, en general, a todos los conceptos conectados con cuestiones psicológicas. Así pues, el conglomerado de ideas y conceptos que nos lega la caracterización de la resolución delictiva por parte de la doctrina mayoritaria, asimilada a una “decisión más o menos segura” o “incondicional” con respecto a la comisión del delito, atan al operador jurídico a la necesidad de extraer, de un relato fáctico determinado, un conjunto de

¹⁹²³ Solo así podrá valorarse (i) si la razón entregada se dirige a co-configurar el mismo acontecimiento objeto de las razones que dispone el destinatario u otro distinto, (ii) si esta razón puede integrar el hecho típico en forma de motivo pese a la existencia de otras razones que su ejecutor ya llevaba consigo y (iii) si el hecho de que el ejecutor ya hubiera expresado sus propias razones para el injusto antes de la entrega por parte del agente motivador presupone que a aquel se le deba imputar un título de intervención de mayor magnitud que a este último.

elementos que permitan concluir si estamos ante una serie de “estados subjetivos” de alta imprecisión (por ejemplo, un “motivo preponderante”, una mera “propensión al hecho”, una “resolución definitiva”, una “decisión insegura”, entre otros). Y esta caracterización se efectúa frente al hecho de que el denominado *iter criminis*, en términos estrictamente psicológicos, no es más que una “metáfora”¹⁹²⁴ incapaz de captar la complejidad con la que un sujeto puede formarse una resolución. En este sentido, esta última está sujeta desde sus inicios a un conjunto de alteraciones, modificaciones, renunciaciones y demás interferencias que impiden mantener fijo en el tiempo un *momentum* subjetivo preciso sobre el que entender fehacientemente que ya existe una decisión definitiva.¹⁹²⁵

2. Frente a esto, el concepto de “compromiso práctico” o “intención de actuar” puede resultar de mayor utilidad y concreción que las abstractas menciones de la doctrina mayoritaria. Si, con base en esta estructura, un sujeto está resuelto delictivamente cuando se ha comprometido internamente a realizar una determinada acción u omisión ilícita dadas ciertas circunstancias (fácticas o temporales), esto quiere decir que dicha resolución delictiva está fundamentada por *razones cualificadas* que sostienen la viabilidad futura del injusto. Ya no se trata de graduar una mayor o menor seguridad psíquica en la decisión, sino de identificar si el agente receptor de la razón para el ilícito disponía con anterioridad de sus propias razones para con la realización del hecho. Según mi opinión, esta constatación solo puede afirmarse con la combinación de dos elementos: (i) en primer lugar, aquellos *criterios indiciarios que permitan identificar una determinada proyección delictiva* en la mente del agente¹⁹²⁶ y, (ii) en segundo lugar, un *comportamiento funcionalmente vinculado con el injusto objeto de su intención de actuar*.¹⁹²⁷ Mientras que el primer componente permite inferir una determinada propensión subjetiva hacia un injusto determinado, la conducta funcional es la única que posibilita confirmar que aquel que la ha realizado está “trabajando”¹⁹²⁸ a la vista de esta misma proyección. Consecuentemente, esta última ya no es solo un deseo o una inclinación más o menos definida, sino la evidencia de que existen razones suficientes para realizar el ilícito. Así, pese a que un mensaje comunicativo, en tanto que elemento indiciario, puede alertarnos de que un sujeto se ha formado una voluntad dirigida a la futura comisión de un delito, solo cuando el agente se encamina hacia su plasmación puede decirse que dicha inclinación psíquica previamente anunciada es, además, una obligación personal (un compromiso práctico) de actuar en un determinado sentido. A partir de este momento, no hay posibilidad de efectuar un proceso corruptor en los términos defendidos en este trabajo.

¹⁹²⁴ MAÑALICH, *Insomía*, (51), 2019, p. 33.

¹⁹²⁵ PUPPE, *ZIS*, (6), 2007, p. 234; KREUZBERG, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen*, 2019, p. 653.

¹⁹²⁶ Básicamente, comunicaciones realizadas por parte del sujeto en las que se constate su intención de actuar a futuro de una manera penalmente relevante.

¹⁹²⁷ Parecido, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 869: “[s]ólo interesa la configuración de la decisión *puesta en práctica*.”

¹⁹²⁸ ARZT, «Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung», *JZ*, 1969, p. 56, indicando que “[p]arece cuestionable en términos de política criminal permitir al delincuente que está trabajando en vista al resultado y al mismo tiempo concederle la posibilidad de decisión hasta el momento en que fija la causa final, es decir, la tentativa acabada.”

3. En suma, no es la percepción subjetiva del agente la que nos permite confirmar si este está resuelto o no, sino un comportamiento decisivo que fundamenta un proceso de imputación de una determinada intención de actuar. Sobre esta premisa, considero este acto funcionalmente vinculado al futuro injusto puede subsumirse en una línea temporal. Esta estaría marcada, (i) en un inicio, por la realización de alguna clase de *acto preparatorio* en sentido amplio, y que (ii) se cerraría con la realización de una *tentativa acabada* por parte del sujeto. Sobre esta base, el comportamiento preparatorio produce una *objetivación* de la decisión de cometer un ilícito penal,¹⁹²⁹ pues el sujeto evidencia con ello que dispone de razones suficientes para realizarlo, pese a que haya condicionado su ejecución a la existencia de algún factor interno o externo. Desde este momento hasta cuando el sujeto realice una infracción perfecta de la norma de conducta (tentativa acabada), puede decirse que el agente está comprometido con la realización del delito, esto es, que tiene una “resolución delictiva” y es, en consecuencia, un *omnimodo facturatus*. Veámoslos con mayor detalle.

a) Momento *a quo*: los actos preparatorios

1. Quien realiza un acto de preparación (penalmente relevante o no¹⁹³⁰) evidencia una puesta en marcha de una inclinación subjetiva de la que se desprende la existencia de razones suficientes para realizarla (p.ej., quien compra una pistola en el mercado negro después de anunciar que matará a una determinada persona, quien se pone en contacto con un sicario para que asesine a su enemigo, quien pide ayuda a un tercero para que le de consejos sobre cómo entrar a robar en un banco, quien articula seriamente un plan delictivo para estafar a una persona, entre múltiples otros).¹⁹³¹ En todos estos supuestos, el elemento subjetivo desprendido a través de indicios muta en una obligación personal de actuar. De esta manera, por medio de un comportamiento funcional con respecto a esta misma subjetividad se da constancia de que aquello que está situado en el subconsciente del agente ha empezado a objetivarse en un plano externo. Esta “puesta en práctica” es la que da un sentido definitivo al acto como expresión de una decisión de realizar un injusto y no la mera impresión interna del agente, por mucho que esta se haya manifestado más allá de su fuero interno.¹⁹³² Evidentemente, pueden existir causas extraordinarias que hagan “desistir” (subjetivamente) al sujeto de este compromiso práctico, algo que solo podrá analizarse atendiendo a las circunstancias concretas del

¹⁹²⁹ JAKOBS, *PG*, 1997, p. 870.

¹⁹³⁰ Aquí no nos importan las razones por las que incriminamos los actos preparatorios, sino en qué medida estos evidencian que el sujeto se ha formado un compromiso práctico de actuar de una determinada manera.

¹⁹³¹ Parecido, ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 463: “en los actos preparatorios con objetivo claro se expresa una decisión de actuar”, aunque el mismo autor indica que la existencia de este acto preparatorio solo sería un mero indicio de dicha resolución, pero no su contenido material (*JuS*, 1979, p. 151).

¹⁹³² Así, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 870: “[s]i las acciones solo tienen el significado para el autor como preparación del delito o como su comienzo directo, entonces el autor ha abandonado ya el ámbito de lo que no compromete, y se da una decisión del hecho, aun cuando para el propio autor sea incierto si va a poder perseverar en su decisión hasta el final”.

caso.¹⁹³³ Si esto ocurre, el agente recuperará el estatus de *non omnimodo facturus*, de tal manera que la asignación del “estatus deónico” al hecho delictivo, con respecto al cual el sujeto se ha “descomprometido”, podrá efectuarse. Mientras esto no ocurra, el inicio de una conducta funcionalmente vinculada al inicio de la tentativa del delito constituirá una razón de peso para afirmar la concurrencia de un *alias facturus*. En consecuencia, cuando un sujeto publicita o comunica una “proyección delictiva insegura”, esta se transforma automáticamente en una intención de actuar en los términos indicados en caso que el sujeto realice una “acto preparatorio”. Con este último, se expresa la objetivación necesaria para entender que ya se dispone de la decisión de realizar el delito. Ejemplo:

Caso: *A* anuncia a *B* que quiere “darle un susto” a su vecino con un arma de fuego, pero todavía no sabe si se limitará a amenazarlo o le disparará en alguna zona no vital. En todo caso, *A* compra la pistola en el mercado negro.¹⁹³⁴

2. De este supuesto, que podríamos englobar en los casos de “mera propensión o inclinación al hecho”, puede inferirse la existencia de un compromiso práctico con respecto, tanto a un delito de amenazas, como a un delito de lesiones. En efecto, la adquisición del arma de fuego, en tanto que acto funcionalmente vinculado al injusto, permite objetivar en un plano externo una decisión o intención de actuar. Esto último, más allá de las “dudas” que el agente hubiera suscitado a través de su comunicación con *B*. De este modo, los condicionantes psicológicos que pudiera representarse *A*¹⁹³⁵ no son más que meros acicates internos de este sujeto. Por sí mismos, no empecen considerar que, al realizarse el acto preparatorio, se cristaliza una decisión que incluye, en tanto que proyección eventual, un injusto de lesiones.¹⁹³⁶ Por lo tanto, es factible afirmar que *A* tiene una intención de actuar que tiene por objeto este delito, con independencia de que, en el momento de pasar a la acción, la situación contextual u otros factores externos activen o desactiven dicho condicionante psicológico que, por definición, forma parte de su poder de decisión. El agente no puede alegar que se ha reservado la facultad interna de “decidirse definitivamente” dadas ciertas circunstancias detonantes, pues entonces haríamos depender el sentido del acto de sus propios criterios de evaluación. Al

¹⁹³³ Algo que también puede ocurrir, incluso, una vez iniciada la tentativa del delito objeto del compromiso práctico. Por ejemplo: *A* está golpeando a *B*. En un momento, deja de golpearlo, pero *C* le promete que le pagará una suma de dinero en caso que siga. *A* sigue golpeando a *B* (el supuesto es de GRABOW, «Die Sukzessive Anstiftung», *Jura*, (6), 2009, p. 410). En este caso, *C* es interviniente motivador en las subsiguientes lesiones sobre *B*. Algunas otras constelaciones casuísticas (p.ej., una estafa) puede implicar el problema del delito continuado. A este respecto, si entre un acto y otro el sujeto ejecutor decide finalizar la continuación delictivo y un agente le ofrece una razón contra-normativa, podrá validarse una intervención motivacional solo con respecto a la parte del hecho unitario que dicho agente motivador haya impulsado.

¹⁹³⁴ Variación del caso expuesto por ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 460.

¹⁹³⁵ Siguiendo a NEIDLINGER, *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, insbesondere, der bedingt Tatentschlossene*, 1989, p. 178, en los casos de “propensión o inclinación al hecho” [*Tatgeneigter*], como el aquí referido, existe un “condicionante psicológico” que depende del fuero interno del agente; mientras que en los de “resolución condicionada” [*Bedingt Tatentschlossener*], vinculados a los supuestos de “base fáctica insegura”, esta condición es externa al poder de decisión del sujeto.

¹⁹³⁶ En contra, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, p. 424, “mientras el sujeto todavía no haya logrado superar el estado de indecisión, no podrá hablarse de resolución”.

contrario, quien realiza un acto preparatorio funcionalmente vinculado a la futurible situación en cuyo contexto se accionará o neutralizará la condición interna (sea cual sea) de la que depende la efectiva realización del injusto está ya decidido al hecho en tanto que ha iniciado un curso de acción dirigido a la situación ambiental en la que se confirmará o revocará esta proyección subjetiva.¹⁹³⁷

3. Asimismo, dentro de las conductas preparatorias que permiten inferir un compromiso práctico, pueden englobarse los casos de “decisión fundamentada en una base fáctica insegura”. En estos, el futurible ejecutor condiciona el inicio de la tentativa del delito al aseguramiento de un determinado extremo de hecho que todavía no es perceptible cognitivamente. Así, por ejemplo:

Caso 1: *A* examina una estatua (que parece estar hecha de bronce) con la intención de robar su cabeza en caso de confirmar que está fabricada de este material valioso.¹⁹³⁸

Caso 2: *A* robará en casa de *B* en caso de confirmar de propia mano que, como suele ocurrir muchas veces por la noche, este se ha dejado la puerta principal abierta.

Caso 3: *A* matará a *B* si se asegura de algún modo que este ha mantenido relaciones sexuales con su pareja.

Caso 4: *A* comunica a su amigo que matará a su madre en caso de que el médico le confirme que esta padece un cáncer incurable. Antes de recibir el diagnóstico, *A* compra un potente veneno con el que realizará eventualmente el delito.

Estos supuestos se pueden dividir en dos bloques de soluciones. *Por un lado*, cuando el sujeto condiciona la realización del injusto a la concurrencia de un elemento fáctico cuya averiguación depende de su esfuerzo personal (casos 1, 2 y 3), la realización de esta “conducta de indagación” puede entenderse como un acto funcionalmente vinculado a la ejecución del ilícito. En efecto, este comportamiento equivale a un acto preparatorio¹⁹³⁹ (en principio, no punible), por lo que su accionamiento permite inferir la existencia de una intención de actuar contra un determinado interés jurídico. Y esto, con independencia de que la conclusión que se extraiga de la indagación permita o no cumplimentar con la “condición fáctica” que se busca. *Por otro lado*, cuando la averiguación de este extremo de hecho no depende del sujeto (caso 4), la intención de actuar se podrá extraer igualmente si dicho agente realiza un acto preparatorio vinculado al injusto proyectado. Así pues, en el caso 4, *A* no puede realizar un esfuerzo personal para averiguar el elemento fáctico que condiciona la realización de un delito de asesinato sobre su madre. Sin embargo, al comprar el producto tóxico con el que producirá eventualmente el resultado lesivo, evidencia que ya dispone de razones para cometer

¹⁹³⁷ De la opinión contraria, casi toda la doctrina, por ejemplo, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 870: “si el actuar es para el autor al menos ambivalente, es decir, que tendrá sentido aun cuando falta la última pieza del delito, el autor no ha «invertido» nada especialmente en el delito; aún se mueve en el ámbito de lo que no compromete, y falta la decisión puesta en práctica.”

¹⁹³⁸ ROXIN, *PG* (trad. Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., 2014, p. 460 (OLG Hamm MDR, 1953, p. 568).

¹⁹³⁹ También, JAKOBS, *PG*, 1997, p. 870.

el injusto y que este último, en todo caso, depende del accionamiento de una condición fuera de su poder de decisión y actuación.

5. Sobre esta premisa y de modo equivalente a la conclusión que he alcanzado en los casos de “mera propensión al hecho”, siempre existirá una intención de actuar en cuanto se realice un acto funcionalmente vinculado con el injusto proyectado, también cuando el carácter definitivo de la decisión se haga depender de condicionantes internos o externos. De este modo, quien realiza una acción preparatoria con respecto a un delito que solo realizará en caso de cumplimentarse un específico requisito (que puede ir desde un proceso mental del propio sujeto a una circunstancia que depende del comportamiento de un tercero, pasando por un aseguramiento cognitivo de una determinada situación fáctica) *está ya decidido al hecho* pues evidencia que se ha comprometido con este y que lo realizará “llegado el momento” (= de darse el requisito o la condición). Esto redundaría en la posibilidad de afirmar que no existen “decisiones condicionadas”, sino, en todo caso, decisiones que tienen por objeto una conducta cuya realización depende de la cumplimentación de un requisito (interno-psicológico —una mayor seguridad motivadora o una determinada representación cognitiva— o externo —la conducta de una tercera persona o un fenómeno determinado—). El sujeto que actúa de manera preparatoria con respecto a esta acción u omisión está decidido a realizarla, con independencia de su concreta situación psíquica o de la falta de requisitos externos adicionales.

6. Finalmente, en caso que no se cumplimente la condición interna o externa, se podrá concluir que el sujeto ha “revocado” su decisión. Mientras no se alcance este momento, siempre podrá decirse que este tenía una intención de actuar en un sentido delictivo en caso de realizar un acto preparatorio. Así, quien se inclina por robar en una casa solo en caso que su sistema de seguridad sea deficiente y empieza a investigar a estos efectos, está decidido a realizar un delito de robo durante todo el proceso indagatorio. Solo cuando constate la efectividad de la seguridad podrá decirse que ha rechazado o revocado dicho compromiso práctico por no darse la condición que buscaba. Esto último, porque se habrá constatado que no es posible que “llegue el momento” de accionar el comportamiento delictivo, por lo que la obligación personal que el sujeto había contraído decaerá por imposibilidad de cumplimiento.

b) Momento *ad quem*: la tentativa acabada

De acuerdo con lo anterior, el compromiso práctico del ejecutor se transformará en una definitiva intención de resultado cuando realice la tentativa acabada. Así pues, el límite temporal de la intervención motivadora lo marca la definitiva realización de la conducta antinormativa por parte del tercero. Ciertamente, una vez alcanzado este ápice temporal, no es lógicamente posible motivar a la infracción de una norma de conducta que, en todo caso, ya se ha infringido. Por lo tanto, no es

factible menoscabar la vinculatoriedad de una entidad deóntica que, como se ha demostrado, no ha regido plenamente en el caso concreto del sujeto a motivar.

2.3. Modificaciones del hecho delictivo objeto de la resolución

1. Como he indicado en el apartado anterior, no pueden darse más razones contra-normativas a un *omnimodo facturus* definido con los términos aquí planteados, a saber, aquel sujeto que dispone de un compromiso práctico y “ha empezado a trabajar” de cara al futuro inicio de la tentativa. Sin embargo, es posible que algunas transacciones motivacionales vayan dirigidas, no acoplarse a ese compromiso práctico, sino a variarlo o modificarlo. Son los supuestos que de sobreinducción, infrainducción y transinducción¹⁹⁴⁰ que comentaba en el primer capítulo de la presente investigación. En lo que sigue, voy a ofrecer una solución sucinta a estos casos desde los esquemas de la intervención motivacional.

2. Para el caso de la infrainducción (o disuasión), no cabe hablar de responsabilidad penal alguna. Quien consigue que el sujeto resuelto a cometer un delito de robo cometa finalmente un hurto, no solo está “disminuyendo el riesgo” general del acontecimiento proyectado por el sujeto,¹⁹⁴¹ sino que no se pueden acoplar más razones que pudiera asignar al futuro hecho delictivo un “estatus deóntico”. Ciertamente, el *alias facturus* también tenía incluido en su compromiso práctico la realización de las características típicas del hurto, por lo que no cabe erosionar más la norma de conducta que corresponde a este tipo penal. Para el caso de la sobreinducción (por ejemplo, *A* amenaza a *B* para que, en lugar de cometer un hurto, tal y como se había comprometido, cometa un robo), puede validarse una intervención motivacional pero solo con respecto al *plus* (coacciones o lesiones, según corresponda) de desvalor del hecho afianzado contra-normativamente por el agente motivador. Al igual que en el caso de la infrainducción, *B* ya era un *omnimodo facturus* con respecto a un hurto, por lo que no podía perturbarse la comunicación normativa con respecto a la interdicción de un apoderamiento.¹⁹⁴² Finalmente, existirá un caso de transinducción cuando la persona de detrás, a través de su mensaje contra-normativo, consiga que la persona de delante proyecte su compromiso práctico sobre un hecho totalmente distinto al que estaba resuelto. Este extremo será evidente en aquellos casos en los que el sujeto componga su mensaje en relación con una propuesta de injusto diferente (por ejemplo, amenazar al resuelto a cometer un delito de estafa para que cometa un delito de robo). Para el caso del programa delictivo (por ejemplo, amenazar al resuelto a matar a *A* para que mate a *B*), se deberá atender hasta qué punto este nuevo elemento programático propuesto “desfigura” el hecho para convertirlo en uno diferente. A estos efectos, pueden servir los criterios

¹⁹⁴⁰ Utilizo los términos en lengua castellana que emplea SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 21 ss. Sin embargo, debe recordarse que en este nivel del análisis no estamos preguntándonos solo por la inducción, sino por la intervención motivacional. Los términos alternativos podrían ser los siguientes: *disuasión* (para la infrainducción), la *intensificación* (para la sobreinducción) y la *modificación* (para la transinducción).

¹⁹⁴¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, pp. 21 s.

¹⁹⁴² Desde los esquemas de la inducción, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *InDret*, (2), 2012, p. 22.

que esbozaba más arriba para casos en los que la persona de delante se desvía de algún elemento del programa delictivo a la hora de ejecutar el delito.

3. Los criterios de cuantificación

3.1. Criterio general: el grado de pertenencia de la “motivación del hecho”

1. Si el *omnimodo facturus* no divide la inducción de la complicidad, sino la intervención motivacional relevante de la irrelevante, entonces, ¿cuál es la frontera entre estas dos formas de participación? En otras palabras, todavía falta por encontrar un criterio general (sin perjuicio de sus posibles variables y particularidades) que nos permita identificar aquellos casos de intervención motivacional que merecen la pena del inductor y aquellos que merecen la del cómplice. Permítase que esboce en las siguientes páginas el criterio básico para efectuar esta diferencia. A través de este extraeré una serie de variables a tener en cuenta a la hora de imputar uno u otro título. Criterio y variables que, sin embargo, ameritan de un mayor desarrollo. Por lo tanto, me voy a limitar a anunciar sucintamente mi opinión sobre el tema.

2. Con vistas a dar una solución a este último problema, a mi parecer, el criterio rector para imputar el título de intervención es el grado de acuñación de la motivación del hecho.¹⁹⁴³ En este sentido, la motivación del acontecimiento antijurídico debe entenderse como la razón contra-normativa que constituye su motor. A estos efectos, el interviniente motivador puede hacer suya esta parte del hecho asignándole un estatus deóntico. Sin embargo, no toda asignación de este carácter merece la misma pena. En este sentido, este fragmento del acontecer le puede pertenecer en mayor o menor medida al interviniente. Sin embargo, ¿cómo se “acuña” más o menos la “motivación del hecho”? Pues bien, como afirma ROBLES PLANAS, “[l]a 'pena del cómplice' procede cuando su aportación (no permitida) supone (significa) una variación no relevante de lo 'dado' o supone (significa) una fijación insuficiente de 'lo que está por venir'.”¹⁹⁴⁴ Para el caso de la intervención motivacional, de estas dos ideas debe tomar protagonismo la de la “fijación insuficiente”. De esta forma, el “motor” del hecho, en tanto que base de contra-normatividad que permite asentarlo sobre un curso debido o permitido, puede condicionar en mayor o menor medida aquello que “está por venir”.

2. No es lo mismo prometer dinero a una tercera persona en caso de que mate a “alguien”, que hacer lo mismo para que mate a un sujeto con nombres y apellidos. Aunque ambas conductas son peligrosas y constituyen, no solo una perturbación de la función motivadora de la norma, sino un supuesto de

¹⁹⁴³ ROBLES PLANAS, PC, (15-30), 2020, p. 1003.

¹⁹⁴⁴ Parecido, para el caso de lo que aquí denomino “intervención material”, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, p. 315 ss.

intervención motivacional, no presentan el mismo peso en la definición del hecho. En el primer caso, el margen de libertad de la persona de delante para realizar la propuesta de injusto es mucho mayor. En dicha coyuntura, el sujeto puede concretar la propuesta de injusto a través de una multiplicidad de opciones posibles. Sin embargo, en el segundo caso, la capacidad de tiene el sujeto para cumplimentar con el proyecto contra-normativo es mucho menor: o mata a la víctima propuesta o no podrá afirmarse la congruencia entre el hecho realizado y el hecho proyectado. Repárese en que en ambos supuestos la “fijación” que realiza el interviniente del futuro hecho asignándole a este un determinado “estatus deóntico” es totalmente distinta. La futura lesión del interés jurídico protegido queda plenamente definida en el segundo caso, mientras que en el primero queda en manos de la persona de delante su concreción. Por lo tanto, puede decirse al respecto que el interviniente motivador ha “fijado” de manera insuficiente el hecho que está por venir. Consiguientemente, el criterio rector para separar la inducción de la complicidad psíquica es el grado de definición del hecho que haya efectuado el interviniente. A mayor definición, el agente motivador habrá “fijado” la futura lesión o puesta en peligro de manera suficiente; a menor, la definitiva definición del hecho quedará en manos de la persona de delante.

3. Dicho esto, podría objetarse que a través de este criterio casi todos los supuestos de intervención motivacional merecerían la pena del inductor. En efecto, por lo general, la persona de detrás si “fijará” de manera suficiente el hecho “por venir”, vinculando su propuesta de injusto a un programa delictivo proyectado (el “foco de luz” al que hacía referencia en los anteriores apartados) sobre un espacio mucho más ceñido. Sin embargo, considero que la propia lógica interna de la intervención motivacional implica que, como regla general, deba imputarse el título de inducción frente al de complicidad. Al respecto de esta afirmación, repárese en el hecho de que la propia concepción del interviniente motivador de la que parto es ya de por sí muy restrictiva.¹⁹⁴⁵ No interviene en el hecho cualquier sujeto que pudiera influir sobre cualquier otro agente, sino aquel que asentara el acontecimiento antijurídico sobre una determinada “base deóntica”. Alcanzar esta situación solo será posible en supuestos muy excepcionales, a saber, aquellos en los que la persona de detrás tenga la capacidad de revertir las razones normativas emanadas de la norma de conducta. Además, no bastará

¹⁹⁴⁵ De ella podría decirse que proyecta sobre un mismo punto parte de las ideas vertidas por las tendencias más restrictivas existentes a la hora de definir el contenido del verbo típico “determinar”. De la *teoría del requerimiento sancionador*, surge la idea de razón contra-normativa. De la *teoría del mandato* y el “pacto de injusto” por el que la persona de delante queda subordinada a la de detrás, se desprende, aunque de modo relativo, el término “estatus deóntico” y la caracterización de la intervención motivacional como aquella por la que se asienta el curso del hecho antijurídico en una base de permisividad u obligatoriedad. También las *teorías del dominio*, principalmente las ideas vertidas por SCHULZ, tienen algún grado de vinculación con la presente tesis, pues el interviniente motivador de alguna manera domina (no solo el plan, como defiende este autor) sino el “porvenir” del acontecer delictivo. Repárese en que todas estas teorías están destinadas a definir al inductor en contraposición al cómplice, esto es, para una cuestión referida al “segundo nivel de la intervención” según las ideas aquí defendidas. Utilizarlas como soporte para abordar una pregunta del “primer nivel” (la relevancia en forma de intervención del comportamiento delictivo) posibilita que la propia vinculación del hecho con el interviniente en el ámbito de la motivacional quede a sujeta a unos requisitos muy estrictos. En otras palabras, las “compuertas” que permiten acceder a alguien a un acontecimiento antijurídico solo se abrirán en contadas ocasiones cuando el sujeto “quiera entrar” en el hecho a través de la motivación. Quien quede fuera, siguiendo con la metáfora, no será un cómplice, pues directamente no podrá tener la condición de interviniente.

con dar razones a cualquier sujeto que pudiera efectuar algún tipo de aportación futura en el hecho, sino solo a aquellos de cuya “contribución motora” dependiera de forma sustancial la eventual configuración del suceso. De lograrlo, dicho agente habrá conseguido que un suceso delictivo constituya algo que debe o puede realizarse, “impulsándolo” en un sentido normativo como peligro que se cierne sobre el interés jurídico. Esta poderosa imagen otorga de por sí un papel protagonista al agente motivador, quien se acaba erigiendo como un “contra-programador” del proyecto jurídico organizado por el Derecho. Estas razones justifican que, de entrada, un sujeto que actúe de esta manera pueda merecer y necesitar la pena del inductor. En resumen, solo casos muy limitados merecen ser englobados en el ámbito de la intervención motivacional. Superar los umbrales de tolerancia dispuestos en este trabajo requiere de un esfuerzo tal que la condición de instigador parece, de entrada, la más adecuada. Solo cuando la “fijación” del hecho sea menos concreta, otorgando una mayor flexibilidad a la persona de delante, el título de inductor podrá dar paso al de cómplice.

3.2. Variables

1. Merece la pena del inductor aquel interviniente motivador que asigna un “estatus deóntico” a un hecho delictivo “fijándolo” de manera suficiente. Esto ocurrirá en caso de que se entregue una razón contra-normativa que esté vinculada a una propuesta de injusto (cometer x delito) a la que se haya adjuntado un programa delictivo (relacionado, básicamente, con el objeto del injusto a realizar). Al efectuar este comportamiento, la persona de detrás fija de manera suficiente el hecho, pues la concreta lesión o puesta en peligro que acaecerá en un futuro (imagínese, la muerte de B) es aquello que la persona de delante debe o tiene el permiso de realizar. En cambio, cuando el agente corruptor entrega una razón contra-normativa vinculada a una propuesta de injusto sin haber adjuntado un programa delictivo (por ejemplo, mata a *alguien*, estafa para obtener dinero, roba en un banco o en una gasolinera) que impida identificar el hecho concreto a realizar, la persona merecerá la pena del cómplice. En este último caso, ocurre que, pese a que se haya perturbado la comunicación que efectúa el Derecho con sus ciudadanos y se haya asentado un “hecho futuro” en una base de contra-normatividad (realizarlo está permitido o prohibido), dicho asentamiento no está lo suficientemente “fijado”, pues su concreción en gran parte dependerá de la persona de delante. En otras palabras, el interviniente motivador no habrá definido de manera definitiva el acontecer delictivo, presentando un simple esbozo, de tal manera que será la persona de delante la que dote de contenido el esquema ofrecido.

2. Sin perjuicio de lo anterior, existen otras variables que podrían ayudar en la ponderación del *quantum* de intervención. Me voy a limitar a enumerarlas y explicarlas sucintamente, sin olvidar de que todas ellas ameritan de un mayor desarrollo. En primer lugar, podemos fijarnos en la *importancia de la razón contra-normativa* en lo que a la erosión de la norma de conducta se refiere. Ciertamente, no es lo mismo componer un mensaje con el que se ataca directamente la vigencia de la norma de conducta (por

ejemplo, decirle a alguien que cometa un delito x , prometiéndole de antemano que se sufragará el importe de la pena de multa en la que incurra) que cuando este ataque es más bien colateral. Hago referencia, básicamente, a los supuestos de erosión de las normas de flaqueo. En este sentido, una propuesta de injusto, incluso aquella que pudiera haber fijado de manera bastante firme el futuro hecho al estar acompañada de un programa delictivo, podría llegar a merecer la pena del cómplice en caso de venir acompañada de una razón contra-aflictiva vinculada a esta clase de normas. Como ejemplo, piénsese en el caso en el que A promete a B que le encubrirá en caso de que realice un robo a mano armada en la tienda del barrio. En efecto, no parece que produzca la misma conmoción en el ordenamiento que alguien esté dispuesto a anular de manera directa la seriedad de la amenaza de pena que aquel caso en el que dicho “ataque” solo se efectúa de manera indirecta erosionando los elementos que refuerzan esta misma conminación.¹⁹⁴⁶

3. Otra variable a tener en cuenta es la existencia o no de un *plan delictivo*. A este respecto, no debe confundirse “plan delictivo” con “programa delictivo”. Este último hace referencia a aquellos elementos programáticos que, allende del contenido básico de antijuridicidad material que permiten identificar el hecho como delictivo, lo concretan (por ejemplo, la víctima u otros aspectos circunstanciales). Por “plan delictivo” hago referencia, en cambio, a aquellos elementos intelectuales más o menos sistematizados que pudieran ayudar a la persona de delante a cumplimentar correctamente con la propuesta efectuada por la de detrás. En este sentido, el menor peso de la intervención por la concurrencia, por ejemplo, de una razón menos importante para con la erosión de la norma de conducta (piénsese en una promesa de receptación futura) podría llegar a compensarse con esta contribución intelectual. Así pues, la vinculación con el hecho de la persona de detrás no solo se establecería por el componente motivacional (al asentar o “fijar” el hecho en una base de contra-normatividad, aunque más endeble que en otros casos), sino también por la aportación de este elemento peligroso (el plan) capacitado para integrar el conjunto de componentes del riesgo cuantificable de lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Junto a esta variable, puede identificarse también la posibilidad de que el interviniente motivador efectúe algún tipo de *aportación adicional en el hecho*. Piénsese en la entrega de un elemento instrumental (por ejemplo, una pistola o un consejo técnico esencial) o en la directa intervención durante fase ejecutiva. El hipotético menor peso que tendría su contribución en tanto que interviniente motivador se podría compensar por el lado de la intervención material.

¹⁹⁴⁶ En su contra, una razón muy poderosa (piénsese en la orden emanada del líder de un grupo normativamente degenerado como, por ejemplo, una organización terrorista) podría reconvertir la escala de graduación y justificar la imputación, no ya del título de inductor, sino del de autor a la persona de detrás. A este respecto, cabe recordar que las opciones no son solo la inducción y la complicidad, sino también la autoría. Los casos comúnmente agrupados bajo el término de “aparatos organizados de poder” podrían solucionarse con los esquemas de la intervención motivacional para acabar asignando al interviniente el título de autor. En el ámbito de las organizaciones empresariales, el sistema de la intervención motivacional podrá utilizarse allí donde los esquemas vinculados a la comisión por omisión y los deberes del administrador con respecto a los riesgos propios de la empresa (soluciones dogmáticas que, en todo caso, considero prioritarias en estos supuestos) no alcancen a ofrecer una solución satisfactoria.

CONCLUSIONES

I. La posibilidad de articular dogmáticamente una forma de intervención delictiva que integre el supuesto en el que un sujeto motiva a otro a cometer un delito debe tener en consideración dos grandes niveles. En primer lugar, es necesario analizar qué relevancia penal debe atribuirse a la motivación al delito en un ordenamiento jurídico como el español. Esta base de desaprobación debe compatibilizar los principios limitadores del *ius puniendi* y los que rigen la posibilidad de restringir la libertad de los ciudadanos con la necesidad político-criminal de perseguir determinadas conductas peligrosas para con los intereses de terceros. En segundo lugar, este fundamento material de desaprobación debe armonizarse con un sistema de intervención delictiva centrado en el principio de autorresponsabilidad. La premisa por la que se entiende que todo sujeto es responsable de su propio hecho empuja a reconsiderar seriamente por qué algunas personas deben cargar con las consecuencias de las decisiones libres tomadas por un tercero, aunque las hayan influenciado en un nivel psicológico. Las respuestas que se ofrezcan a estas preguntas deben desembocar en el concepto de *intervención motivacional*.

II. El Derecho penal vigente parece abordar estas cuestiones a través de la participación psíquica. Es opinión fuertemente asentada y confirmada por la legislación positiva que quien crea o determina la resolución delictiva de otra persona debe castigarse como inductor. Por otro lado, quien la refuerza o estabiliza debe considerarse un cómplice psíquico. Estos dos extremos conforman lo que la doctrina mayoritaria ha considerado un “sistema cerrado” en el que canalizar jurídico-penalmente el fenómeno en el que alguien motiva a otro a cometer un delito. Sin embargo, existen dos grandes problemas para aceptar la validez de esta estructura. En primer lugar, el sistema no ofrece una respuesta cerrada al problema, pues muchas manifestaciones fenotípicas de la motivación al delito pueden subsumirse en otras instituciones alejadas de la participación psíquica. Aunque pudiéramos conformarnos con el “material sobrante”, la relación sistemática entre la inducción y la complicidad psíquica, tal y como la entiende la doctrina dominante, no permite dibujar un esquema que permita graduar correctamente la importancia de las distintas formas de motivar penalmente relevantes. En segundo lugar, debe criticarse la falta de idoneidad de los criterios elaborados por la doctrina y la jurisprudencia para identificar conductas motivadoras penalmente relevantes. Ciertamente, la determinación del marco del riesgo prohibido, con la consiguiente delimitación de los espacios de libertad, está sujeta a un conglomerado de ideas demasiado abstractas. La premisa básica según la cual existen “peligros psíquicos” que deben castigarse siempre y cuando rebasen un umbral de tolerancia aboca a un sistema con escasa viabilidad práctica. A los efectos de identificar estos peligros en concreto, el intérprete debe acudir, o bien a una *experiencia* basada en la psicología popular poco segura, o bien a una

experiencia a través de unos estudios en psicología social que distan de compartir los mismos objetivos que los de un sistema de atribución de responsabilidad penal.

III. En mi opinión, la superación del pensamiento de la “peligrosidad fáctica” puede canalizarse recuperando ciertas ideas vinculadas a las teorías de la corrupción. Según estas, la justificación de la incriminación del partícipe reside en la creación de la culpabilidad del autor o en su desintegración social. Lejos de plantear una rehabilitación de este planteamiento dogmático, entiendo que a estas teorías subyace un pensamiento, el de la corrupción, que ha acompasado el tratamiento histórico de la motivación al injusto. Según este, el fundamento del castigo de quien provoca a otro a cometer un delito (u otro tipo de contravención) se encuentra en el hecho de “hacer caer en la culpa y el pecado” a la persona provocada. La idea se resume en la máxima *“peccat in se et alium peccare facit”*. Si la motivación al delito se vincula a esta estructura, puede reinterpretarse como una manera de desalinear al sujeto motivado del sistema de convenciones normativas que le instaban a comportarse de una determinada manera. Tomando esta idea como punto de partida, considero que puede abordarse de mejor la desaprobación que merece este fenómeno y los problemas que implica su castigo. Con ello se supera la opinión más consensuada, según la cual se entiende que existen determinados “peligros psíquicos” lo suficientemente poderosos como para legitimar su castigo. Superada esta visión, el principal objetivo reside en establecer por qué este proceso de corrupción debe castigarse. En esta medida, la construcción de una base de incriminación de la motivación al delito entendida como “corrupción” debe tener cuenta los siguientes aspectos. En primer lugar, el castigo no puede tener por objeto un simple acto de degradación por el cual se convierta a un ciudadano en delincuente, pues todos los agentes son responsables de su propia consciencia moral y jurídica. En segundo lugar, la incriminación debe partir de la base de un sistema en el que se reconoce la libertad de expresión de sus participantes. Ciertamente, en una sociedad de estas características, la posibilidad que se desprendan efectos motivadores o corruptores de una determinada comunicación debería considerarse, en principio, un riesgo permitido. Solo aquellas comunicaciones que superaran un umbral de tolerancia y no tuvieran otro sentido que el de contribuir a la construcción de un hecho delictivo podrían castigarse penalmente, siempre y cuando se resolviese la incógnita sobre el sentido de incriminar un proceso de corrupción.

IV. La motivación al delito debe entenderse como un proceso de “desmotivación jurídica”. Frente al mensaje de la norma de conducta, formado por una dimensión expresiva (el valor y el reconocimiento que merece un determinado interés jurídico) y aflictiva (la amenaza de pena), el agente corruptor contrapone un mensaje contra-normativo. A través de este, el sujeto distorsiona la comunicación emitida por el Derecho y dirigida a motivar a sus destinatarios al cumplimiento de las normas jurídico-penales. Ello produce una situación de “perturbación” que debe resultar intolerable para aquel ordenamiento jurídico que quiera proteger los mecanismos de los que dispone para interpelar a sus ciudadanos. Por lo tanto, el objeto del castigo no es tanto el proceso de “degradación”

que sufre el agente corrompido o motivado como la “injerencia comunicativa” que provoca el mensaje en la relación norma-destinatario. Sin embargo, esta conclusión provisional todavía deja un margen muy grande a la incriminación, pues son muchas las comunicaciones que pueden albergar la capacidad de menoscabar la función de la norma como directiva de conducta. Si la idea finalizara aquí, la estructura propuesta acabaría desembocando en los mismos canales que transita la doctrina dominante. De ser así, el sistema acabaría por otorgar un criterio abstracto con el que el intérprete tendría que analizar supuesto por supuesto la capacidad de perturbación del mensaje en cuestión. Además, la porosidad de la idea presentada no contestaría con corrección sobre la legitimidad de restringir la libertad comunicativa en el marco de un sistema que, en principio, debería considerar estos supuestos de erosión de la norma penal como casos de riesgo permitido. A los efectos de evitar este desenlace, considero que solo constituirá una forma de motivación (o desmotivación jurídica) penalmente relevante aquella que tenga la suficiente fuerza como para desbancar a la norma de conducta. A esta idea genérica se la puede dotar de contenido a través del criterio de la “imagen especular”. En este sentido, el Derecho solo puede castigar aquellos mensajes contra-normativos dotados de una intensidad equivalente al mensaje deóntico. El desarrollo de este criterio debe atender a las tres posibles situaciones en las que una norma se dirige a motivar a sus destinatarios.

V. En primer lugar, la norma de conducta puede tener como destinatario a un sujeto individual en una situación de normalidad motivacional. En estos casos, el agente motivador puede interpelar a una persona específica y mantener lo que yo denomino un “diálogo igualitario” sobre la conveniencia de atacar la vigencia del Derecho. Dado que la entidad deóntica se dirige a un sujeto en plenas facultades volitivas y cognitivas, la perturbación de su pretensión comunicativa solo puede nacer de un mensaje igual de intenso. De allí se sigue que, en estos supuestos, las exigencias para armar una “imagen especular” capacitada para perturbar la comunicación normativa deben ser elevadas. No vale cualquier mensaje, incluso aquel del que pudiera decirse que presenta un peligro desde una perspectiva psicológica. Por el contrario, solo pueden constituir mensajes contra-normativos aquellos capacitados para invalidar los mecanismos motivaciones que utiliza la norma para interpelar a sus destinatarios. Si esta última aperece a los ciudadanos con razones cualificadas, el agente motivador debe oponer razones contra-normativas. Estas últimas deben invertir la dimensión, o bien aflictiva, o bien expresiva, de la norma de conducta. En el primer caso, el agente corruptor contraprograma el proyecto jurídico con una razón contra-aflictiva con la que erosiona el peso de la conminación penal. Esto podrá efectuarse a través del anuncio de una reacción positiva (*casos de recompensa*) o negativa (*casos de amenaza*). En el caso de la reacción positiva, el sujeto ataca la amenaza de castigo con el anuncio de un incremento del nivel de satisfacción del destinatario de su comunicación o el cese de un curso causal que lo estaba afectando. También puede ocurrir que la promesa tenga por objeto la anulación directa de la efectividad futura de la norma de sanción (por ejemplo, en el caso de la promesa del pago de la pena de multa) o la erosión de las denominadas normas de resguardo (por ejemplo, en el caso de la promesa de encubrimiento). En el supuesto de la reacción negativa, el agente

motivador contraponen a la conminación penal una amenaza de la suficiente entidad como para ser prioritaria frente a la amenaza de castigo. Este nivel de intensidad no puede llegar hasta tal punto que con ella se menoscabe la autorresponsabilidad de la persona de delante. En el segundo supuesto, el agente corruptor contraprograma el proyecto normativo con un “argumento moral” capacitado para expulsar (temporal o permanentemente) el valor jurídico del conjunto de valores asumidos por el agente corrompido. A fin de evitar una expansión de la incriminación por este lado y con tal de remarcar la necesidad de que el mensaje contra-normativo dibuje una “imagen especular” de la norma, considero que solo pueden sobrepasar un límite de tolerancia aquellas razones contra-expresivas emitidas, o bien por un ascendente moral, o bien en contextos normativamente erosionados.

VI. En segundo lugar, la norma de conducta puede tener como destinatario también a un sujeto individual, pero en una situación de anormalidad motivacional. En estos casos, la norma se dirige a un ciudadano que, dados ciertos factores, presenta un déficit cognitivo o volitivo. Esta circunstancia impide al agente motivador efectuar un “diálogo igualitario” con el eventual agente motivado. Ciertamente, este último sujeto no se encuentra en una condición óptima de motivación, por lo que su proceso de elección dirigido al injusto difícilmente puede entenderse como el producto de un razonamiento práctico en el que pueda sopesar las razones más pesadas en detrimento de otras. Por el contrario, en estos casos, el agente corruptor penetra en la estructura emocional o pasional de dicho tercero. La traducción de estas ideas en los términos que defiendo en el presente trabajo es la siguiente: en tanto que la norma de conducta tiene mayores dificultades para interpelar motivacionalmente al destinatario, al no encontrarse este en plenas facultades, las exigencias de la “imagen especular” pueden rebajarse en consonancia. En efecto, erosionar la función motivadora de la norma en estos casos es mucho más fácil, por lo que el nivel de intolerancia debe disminuirse para evitar que terceros se aprovechen de estas situaciones. Sin embargo, no es válido aceptar que cualquier clase de afectación psicológicamente medible pueda conducir a un supuesto de estas características. A los efectos de validar una situación de anormalidad motivacional será necesario que concurren dos requisitos. Primero, es necesario que el propio ordenamiento reconozca la menor capacidad de motivar que presenta la norma de conducta a través de una rebaja de la pena del sujeto inmerso en dicha situación anómala. Solo de esta forma puede entenderse que el Derecho admite las dificultades para dirigirse a ese destinatario concreto. Segundo, la afectación motivacional, para considerarse perturbadora de la ya de por sí defectuosa comunicación normativa, deberá presentar un grado paralelo de intensidad al defecto cognitivo o volitivo identificado. Pese a que con ello se abre un espacio a la inconcreción, considero que a ella se accede de una manera lo suficientemente delimitada como para que la validación de una situación de anormalidad motivacional y la consiguiente rebaja de las exigencias para componer un mensaje contra-normativo solo se efectúe en casos muy concretos.

VII. En tercer lugar, el proceso de motivación o corrupción puede desarrollarse en contextos masivos. En estos últimos, el agente motivador pierde la posibilidad de interpelar de manera individual a un destinatario concreto. De esta manera, debe entenderse que el receptor de su comunicación es el grupo en su conjunto. Estas situaciones producen tres efectos escalonados. En primer lugar, el agente corruptor, salvo casos excepcionales, no puede valerse de un mensaje contra-normativo formado por razones prudenciales o morales. Por el contrario, en estos supuestos, la persona de detrás articulará una arenga o discurso con tal de que el grupo como unidad (masa) derive hacia la realización de un delito. En segundo lugar, este contexto facilita *a priori* la perturbación del Derecho por la incapacidad que tiene la persona de detrás de controlar las consecuencias de sus palabras, al no poder interpelar a un destinatario concreto. Sin embargo, esto no ocurrirá en todos los casos, sino solo en aquellos en los que la norma de conducta tenga serias dificultades para interpelar individualmente a cada uno de los componentes del grupo. Consiguientemente, en tercer lugar, solo cuando exista un “contexto amplificador” podrán rebajarse las exigencias de la “imagen especular” que debe componer un sujeto para equipararse en intensidad a la norma de conducta. Por “contexto amplificador” debe entenderse aquella situación en la que el agente motivador puede intensificar su mensaje contra-normativo dadas las características del grupo receptor de su comunicación. Este último debe situarse en una circunstancia tal que el agente corruptor pueda aprovechar un “efecto altavoz”. Esto solo se producirá si, conforme a la relación entre el hablante, el destinatario y la dinámica del grupo, puede afirmarse que la norma de conducta tiene serias dificultades para motivar a sus integrantes. De esta manera, acciones que en situaciones normales no deberían desaprobarse, pueden superar un umbral de permisividad si se aprovechan de un “contexto amplificador”. Por lo tanto, las exigencias para esbozar una “imagen especular” de la norma primaria se rebajan también aquí en caso de que concurra la situación referida.

VIII. La posibilidad de estructurar este concepto de “motivación delictiva” o “motivación penalmente relevante” en un sistema de intervención delictiva debe partir de una comprensión previa sobre el problema de la codefincuencia. En el presente trabajo he abogado por asumir las tesis de LESCH y ROBLES PLANAS, complementadas con las ideas de VACHELLI. La idea básica es que debe superarse la contraposición entre “autoría” y “participación” para alcanzar un ámbito mayor que enfatice el carácter colectivo de la construcción de un hecho delictivo por una pluralidad de personas. En este contexto, el término fundamental es el de “interviniente”. De modo breve, interviene en el acontecimiento antijurídico quien “lo hace suyo” a través de una contribución que, con un evidente significado delictivo, tenga la capacidad de co-configurar el suceso delictivo. Solo después, el actuar del agente podrá valorarse con tal de que le sea asignado el título de intervención (autoría o participación) que le corresponda. Así pues, desde una perspectiva normológica, el análisis sobre la vinculación del sujeto con el hecho corresponde a la norma de conducta. Esta última, inferida del tipo penal de la Parte Especial, se dirige a cualquier clase de destinatario que, a través de su comportamiento, pudiera definir o co-configurar el riesgo de lesión o puesta en peligro del interés

protegido. Infringe esta norma quien realiza una conducta de estas características, o bien en fase ejecutiva, o bien en fase pre-ejecutiva, siempre y cuando el comportamiento tenga la clara vocación de pasar a formar parte de un proyecto colectivo. La conducta antinormativa de intervención se actualizará típicamente en el acontecimiento antijurídico cuando se inicie su ejecución. En este momento, las distintas contribuciones dirigidas a co-configurarlos quedarán plasmadas definitivamente en el hecho, que podrá ser atribuido a sus respectivos intervinientes. Esta idea debe conectarse con la operatividad de la norma de sanción. Ciertamente, la conducta prohibida de intervención solo merecerá y necesitará el castigo que corresponda por el delito en cuestión cuando se haya iniciado la tentativa de este último. Antes de este momento, solo entran en juego las penas vinculadas a los actos preparatorios. También pertenece al ámbito de la norma de sanción o secundaria la correspondiente graduación de los injustos de intervención. A los efectos de asignar un título de autoría o de participación, se deberá atender a la concreta dimensión de la conducta realizada y a su peso en la construcción colectiva del hecho.

IX. La ubicación de una *intervención motivacional* en esta sistemática debe tener en cuenta la posibilidad de fragmentar el hecho antijurídico en dos grandes bloques. Así pues, pese que el acontecimiento delictivo constituye una unidad de sentido, entiendo que a efectos prácticos este está formado por dos niveles. Por un lado, el conjunto de contribuciones que moldean su “identidad típica”. Por esta última debe entenderse el riesgo cuantitativa-cualitativamente desaprobado de lesión o peligro dirigido al interés jurídico protegido por la norma. Un sujeto que efectúa una contribución vinculada a este nivel debe considerarse un *interviniente material* en el delito. Por otro lado, el conjunto de motivos que han podido estimular la plasmación externa del hecho. En principio, en este ámbito ubico los estímulos de todos aquellos agentes que hubieran podido moldear la “identidad típica” del acontecer, a modo de “prehistoria motivacional” del hecho. Sin embargo, en principio, no parece que pueda admitirse que alguien pueda intervenir en un delito a través de este nivel. Ciertamente, cada sujeto es competente de los “motivos” que hubieran podido llevarle a co-configurar el hecho. Atendiendo a la relevancia penal que merece la motivación al delito como fenómeno abstracto, es necesario encontrar una vía de conexión entre un agente motivador y el acontecimiento delictivo pese a esta última objeción.

X. Un agente motivador, al perturbar la comunicación que establece la norma de conducta con sus ciudadanos, asigna un “estatus deóntico” al hecho delictivo en tanto que acontecimiento debido o permitido. Esta es la “puerta de entrada” al acontecimiento antijurídico para el interviniente motivador, como mínimo, en una situación de motivación interpersonal. Ciertamente, al proyectar una “imagen especular” de la norma primaria, un agente corruptor utiliza razones contra-normativas. Con estas últimas, la persona de detrás está en condiciones de erosionar la función preventivo-expresiva de aquella entidad deóntica. Al operar con estos instrumentos, el agente motivador puede conseguir que la persona de delante asuma la comisión del delito como un curso de acción que, o

bien está obligado a realizar, o bien le está permitido hacer. La primera situación se logra en aquellos casos en los que el agente motivado, de no realizar el delito, puede convertirse en el sujeto pasivo de una reacción positiva (promesa) o negativa (amenaza). Lo mismo sucederá en supuestos de ascendencia moral o “contextos contra-normativos”, en cuyo marco, dadas las normas internas del grupo, el sujeto tiene un deber para con su ascendente. La segunda situación se logra en aquellos casos en los que el anuncio de una reacción positiva debilita directa o indirectamente (a través de las normas de resguardo) la seriedad de la amenaza de pena. Esta erosión edifica una vía libre hacia la comisión delictiva, pues la norma de conducta, desprovista de su mecanismo conminatorio, solo puede apelar a la consciencia moral del sujeto. El supuesto paradigmático es la promesa de pago de la cuantía de la pena de multa en que pudiera incurrir el sujeto en caso de cometer el delito. En ambos escenarios, la persona de delante puede argumentar que la realización del injusto penal constituye una acción o una omisión debida o permitida.

XI. Esta última posibilidad permite a la persona de detrás asentar el futuro hecho delictivo sobre un mismo “estatus deóntico”. En estos supuestos, el hecho delictivo dispone de un “motor” que asegura su viabilidad futura como puesta en peligro o lesión de un bien jurídico determinado. Este “motor” es la permisividad u obligatoriedad de que el suceso delictivo se realice en oposición a la interdicción emanada de la norma de conducta. Así definida, esta particularidad puede visualizarse como la “motivación del hecho”: aquello que impulsa, no ya a un sujeto particular, sino al acontecimiento antijurídico. Por lo tanto, no son las motivaciones particulares de sus intervinientes las que conforman su “motivación”, sino la fuerza que lo proyecta hacia su efectiva exteriorización en tanto que unidad de sentido. Al efectuar la asignación de este “estatus deóntico” al suceso, la persona de detrás “hace suyo” esta parte del hecho delictivo, esto es, su motivación. Por lo tanto, puede decirse que el interviniente “motiva al hecho”, al impulsarlo, aunque lo haga a través de la entrega de razones a un sujeto autorresponsable. Sin embargo, para propulsar un acontecimiento antijurídico, no es suficiente con asignar el “estatus deóntico” de cualquier clase de contribución al suceso contrario a Derecho. Solo se “motivará al hecho” cuando se entreguen razones contra-normativas a un sujeto que, a través de su aportación, condicione de forma esencial la futura plasmación del suceso delictivo. Denomino a este tipo de conductas con el término de “contribuciones motoras”. Tanto en fase pre-ejektivia como durante la ejecución, alcanzarán esta condición aquellas aportaciones insustituibles para la correcta definición del hecho.

XII. Desde la perspectiva de la norma de conducta, el actuar del sujeto será antinormativo cuando dé una razón para el injusto que permita asignar al hecho antijurídico un “estatus deóntico”. Consiguientemente, no constituye intervención motivacional la proyección de una “imagen especular” de la norma de conducta a los efectos de motivar a la realización de cualquier clase de conducta delictiva. Es necesario que la persona de detrás acompañe sus razones contra-normativas con una propuesta de injusto de la que pueda inferirse un determinado delito. No obstante, no es

necesario acompañar esta propuesta con un programa delictivo que precise ulteriores elementos más allá del contenido básico de antijuridicidad del hecho futuro. Los mecanismos para intervenir de esta manera en el acontecimiento antijurídico son los mismos que para perturbar la comunicación del Derecho, erosionando con ello la función motivadora de la norma primaria. Sea como fuere, será necesario que estos mecanismos (las razones contra-aflictivas y contra-expresivas) se proyecten sobre una propuesta de injusto. A estos efectos, es indiferente la dimensión naturalística del comportamiento precursor de la entrega de la razón contra-normativa. Así pues, es interviniente motivador, no solo el que da una razón para el injusto, sino también el que no evita que una comunicación de estas características surja de su ámbito de organización.

XIII. Desde la perspectiva de la norma de sanción hay dos elementos a tener en cuenta. Para empezar, es necesario que se inicie la tentativa del hecho para poder castigar el injusto culpable con la pena que corresponda por el delito realizado. En este sentido, la persona de delante tendrá que realizar su contribución cumplimentando dos grandes requisitos. En primer lugar, su conducta deberá ser congruente con el proyecto de injusto formulado por la persona de detrás y, si lo hubiera, con el programa delictivo. En todo caso, pueden aceptarse desvíos o incongruencias fácticas si, desde un punto de vista objetivo, era previsible que se realizaran dada la comunicación efectuada. En segundo lugar, el sujeto deberá realizar su contribución de forma motivada, esto es, con base en las razones entregadas por el agente motivador. A estos efectos, no será necesario efectuar una introspección psicológica al sujeto. Por el contrario, bastará con identificar aquellos elementos que permitan confirmar la existencia de una relación funcional entre el hecho realizado y el hecho proyectado. Por ejemplo, no existirá “motivación” en aquel caso en el que la persona de delante realice el hecho de forma imprudente. Si no se dieran estos dos requisitos, la conducta antinormativa del interviniente solo podrá castigarse, en su caso, a través de la proposición. El segundo aspecto vinculado con la norma de sanción es la cuantificación del peso de la contribución del interviniente motivador en el hecho delictivo. Al respecto, se deberá analizar cuánta motivación del acontecimiento antijurídico ha hecho suya el sujeto. Sobre esta premisa, constituye un elemento central hasta qué punto y detalle dicho agente ha “fijado” el hecho que está por venir sobre una base de contra-normatividad. Junto a otros criterios, deberá tenerse en cuenta si la razón contra-normativa venía acompañada de una propuesta de injusto o se acopló funcionalmente a un deseo del agente motivado. Con respecto a esta última variable, debe descartarse que la figura del *alias facturus* sirva como criterio delimitador entre inducción y complicidad. Si motivar significa desmotivar jurídicamente, habrá un momento en el que ya no podrá efectuarse dicho proceso. Solo aquí podrá a traerse a colación la institución del *omnimodo facturus* (de cualquier modo, lo hubiera hecho). Esta última constituye un “horizonte motivacional” a partir del cual ya no se puede efectuar proceso corruptor alguno. Dicho momento se alcanzará cuando un sujeto haya asumido un compromiso práctico, lo que se evidenciará con la realización de algún acto funcionalmente vinculado al inicio de la tentativa del hecho.

XIV. En casos de motivaciones masivas, la posibilidad de articular una intervención motivacional es más complicada. Está claro que el contenido de injusto vinculado a estos supuestos podrá canalizarse a través de la provocación al delito y demás instituciones vinculadas a la denominada “incitación pública”. Estos ilícitos deben interpretarse como delitos de peligro que castigan aquella perturbación de la comunicación efectuada por el Derecho que se haya valido de un “contexto amplificador”. A esta erosión de la función motivadora de las normas en casos de contextos masivos deberá añadirse el peligro a la paz pública y al concreto bien jurídico protegido por el delito objeto de la provocación. En caso de que los agentes provocados acabaran cometiendo el ilícito, el Derecho positivo consigna la necesidad de castigarlos “como inductores”. Sin embargo, más allá de esta remisión penológica, la posibilidad de articular una intervención motivacional en estos casos debe acogerse como muchas reservas. Ciertamente, solo puede intervenir perturbando la comunicación de la norma de conducta aquel sujeto que consiga asentar el hecho delictivo futuro sobre una base de obligatoriedad o permisividad. En contextos masivos, esto solo ocurrirá cuando, además del “contexto amplificador”, exista un “contexto opositor”. Entiendo por este último aquella tendencia a la comisión delictiva ínsita al grupo o masa al que se dirige el mensaje contra-normativo. En efecto, este último puede tener como destinatario a un grupo con las características adecuadas con las que erosionar la función motivadora de la norma y, sin embargo, no disponer de este “contexto opositor”. Este solo se validará en aquellos casos en los que el grupo presente un alto nivel de degradación normativa, de tal manera que el agente provocador esté en condiciones de asignar al hecho futuro un “estatus deóntico”.

XV. En este punto final, falta todavía por responder sobre el fatal desenlace del frustrado intento de robo llevado a cabo por Derek William Bentley y su amigo. Recuérdese que este joven británico fue condenado a muerte por incitar a Christopher Craig a cometer un homicidio con las palabras “*let him have it, Chris*”. La respuesta es clara: la condena fue injusta. Con dichas palabras, Bentley no pudo haber erosionado el mensaje deóntico de la norma de conducta dirigida a Christopher. En ellas es imposible detectar atisbo alguno de un carácter contra-aflictivo, pues Bentley ni prometió, ni amenazó al ejecutor. Podría pensarse que, dada su edad en comparación con la de Chris, Bentley era algún tipo de ascendente moral para aquel. Igualmente, también podría plantearse que ambos amigos conformaban una especie de “contexto contra-normativo” en cuya coyuntura, las palabras pronunciadas por Bentley fueron un modo de accionar una respuesta leal por parte del otro integrante. Sin embargo, no parece que la relación entre estas dos personas pudiera enmarcarse en esta situación. Por lo tanto, “*let him have it, Chris*” no constituyó una instrucción u orden dirigida a interpelar a una especie de “descendente moral”. Aunque las alegaciones de la defensa se centraron en el significado lingüístico de la expresión proferida por Bentley, en sus problemas mentales y analfabetismo, desde la perspectiva aquí ofrecida, la idea es que el joven ni erosionó la relación comunicativa entre la norma y Chris, ni asignó a su posterior ilícito penal un estatus deóntico que permitiera concebir la muerte de Sidney Miles (más allá de los problemas sobre su previsibilidad) como un curso de acción debido o permitido.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAHAM (2018), «Anstiftung als bloßes Anlassgeben oder manipulatives Erzeugen eines Handlungsgrundes», *Onlinezeitschrift für Höchstichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, (25), pp. 164 ss.

ACHINSTEIN (1984), «The Pragmatic Character of Explanation», en *PSA: Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association. Volume Two: Symposia and Invited Papers*, The University of Chicago Press son behalf of the Philosophy of Science Association, Chicago, pp. 275 ss.

AGUADO AGUILAR (2005), *Emoción, efecto y motivación. Un enfoque de procesos*, Alianza, Madrid.

ALASTUEY DOBÓN, «La invitación interpersonal a delinquir como acto preparatorio punible», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (21), 2019, pp. 85 ss.

—————(2016), «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, (13-14), pp. 1 ss.

ALCÁCER GUIRAO (2020), *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*, Marcial Pons, Madrid.

—————(2018), «Discurso intolerante y esfera pública», *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, (5-10), pp. 39 ss.

—————(2012), «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (14), pp. 1 ss.

ALEXANDER (2000), «Incitement and Freedom of Speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN (eds.), *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, pp. 101 ss.

ALONSO GALLO (2011), «Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

ALONSO RIMO (2017), «¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

—————(2015), «Los nuevos delitos de ¿desordenes? ¿públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559 CP)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), pp. 359 ss.

ALTENHAIN (1994), *Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exceß*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

ÁLVAREZ (2016), «Reasons for action, acting for reasons, and rationality», *Synthese*, (195-8), pp. 3293 ss.

—————(2009), «How many kinds of reasons?», *Philosophical Explorations: An International Journal for the Philosophy of Mind and Action*, (12-2), pp. 181 ss.

ÁLVAREZ/CABRERA (2018), «Razones para actuar», *Enciclopedia de Filosofía de la Sociedad Española de Filosofía Analítica*, (disponible en: <http://www.sefaweb.es/razones-para-actuar/>).

AMBOS (1998), «Tatherrschaft durch Willensherrschaft Kraft organisatorischer Machtapparate», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 226 ss.

- AMELUNG (2006), «Die Anstiftung als korrumpierende Aufforderung zu strafbedrohtem Verhalten», en HOYER/MÜLLER/PAWLIK/WOLTER (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 147 ss.
- AMOR RUIBAL (1922), *Derecho penal de la Iglesia Católica según el código canónico vigente*, V. Suárez, Madrid.
- ANSCOMBE (1967), *Intention*, 2ª ed., Harvard University Press, Londres.
- ANTOLISEI (1994), *Manuale di Diritto penale. Parte Generale*, Giuffrè Editore, Milán.
- ANTOLIESI/CONTI (1994), *Istituzioni di Diritto Penale*, Giuffrè Editore, Milán.
- ANTÓN ONECA (1986), *Derecho Penal*, Akal, Madrid.
- ARISTÓTELES (1995), *Física* (trad. Guillermo R. de Echandía), Gredos, Barcelona.
- (2014), *Metafísica* (trad. Tomás Calvo Martínez), Gredos, Barcelona
- ARTIGAS (2009), *Filosofía de la ciencia*, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- ARZT (1969), «Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung», *Juristen Zeitung*, pp. 54 s.
- AUDI (2005), «Reasons, practical reason and practical reasoning», *Ratio*, (17-2), pp. 119 ss.
- (1993), *Action, Intention and Reason*, Cornell University Press, Ithaca-Londres.
- AUSTIN (2018), *Cómo hacer cosas con las palabras. Palabras y acciones* (trs. Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi), Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México.
- AZCUTIA (1876), *La Ley penal: Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870*, Librerías de A. de San Martín, Madrid.
- BACIGALUPO ZAPATER (1998), *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Akal, Madrid.
- (1993), «Notas sobre el fundamento de la coautoría en el Derecho penal», *Poder Judicial*, pp. 31 ss.
- BAER (2000), «Violence: dilemmas of democracy and law», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, pp. 63 ss.
- BALDÓ LAVILLA (1989), «Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Días Palos)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (3), pp. 1091 ss.
- BARBER BURUSCO, «Del delito de "difusión" o "propaganda" terrorista a la desmesurada expansión de la punición de actos preparatorios», *Cuadernos de Política Criminal*, (116), 2015, pp. 33 ss.
- BADAVÍO ANTÓN (2018), *Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectario*, J. M. Bosch, Barcelona.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeine Teil*, 11ª ed., 2003, p. 730, § 30/63.
- BAUNACK (1999), *Grenzfragen der strafrechtliche Beihilfe unter besonder Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín.
- BAYÓN MOHINO (1991), *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BEAULIEU (2013), «Can explanatory reasons be good reasons for action?», *Metaphilosophy*, (44-4), pp. 440.

BEMMANN (1993), «Die Objektverwechslung des Täters in ihrer Bedeutung für den Anstifter», en DENCKER/MARXEN *et. al* (eds.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 396 ss.

—————(1973), «Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu eine schwereren oder leichteren Begehungsweise», en LACKNER/LEFERENZ/SCHMIDT/WELB/WOLFF (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 273 ss.

BERNER (1857), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Bernhard Tauchniß, Lipsia.

BERNSMANN (1982), «Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Rechts: Überlegung zur sog. „psychischen Kausalität“ im Strafrecht», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (68-4), pp. 536 ss.

BINDING (1922), *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die Arten des Delikts*, t. I, 4^a ed., von Feliz Meiner, Lipsia.

BLACKMAN, «Subculture Theory: An Historical and Contemporary Assessments of the Concepto for Understanding Deviance», *Deviant Behavior*, (35), 2014, pp. 496 ss.

BLANCO CORDERO (2013), «Armonización en la UE de los delitos de corrupción. El caso de España», en DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO/URGARTERMENDÍA ECEIZABARRENA (dirs.), *Armonización penal en Europa*, Instituto Vasco de Administración Pública, San Sebastián, pp. 154 ss.

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

—————(2001), «El error in persona del inducido y su relevancia para la responsabilidad penal del inductor», en ARROYO ZAPATERO/BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (coords.), *Homenaje al dr. Mariano Barbero Santos: “in memoriam”*, t. 1, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha-Universidad de Salamanca, pp. 823 ss.

BLANCO SALGUEIRO (2010), «Promises, threats, and the foundations of speech act theory», *Pragmatics*, (20-2), pp. 213 ss.

BLEI, *AT*, 18^a ed., p. 285, § 79 II/2.

BLOY (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOCK (2008), «Die Anstiftungdes zur Tat bereits Entschlossenen — zum Begriff des »alias«oder»omnimodo facturus«, *Juristische Rundschau*, (4), pp. 143 ss.

—————(2007), «Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 599 ss.

—————(2006), «Die erste Europäisierung der Strafrechtswissenschaft: Das gemeine Strafrecht auf römischrechtlicher Grundlage», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), pp. 7 ss.

BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Otto Schwart & Co, Gotinga.

BOCKELMANN/VOLK (1987), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4^a ed., C. H. Beck, Múnich.

BONHOEFFER (2016), *Jesucristo: historia y misterio* (trad. de Sergio Vences y Úrsula Kilfitt), Trotta, Madrid.

BOSCH (2020), «§ 111», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich.

—————(2016), «Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Straftate?», *Juristische Ausbildung*, (38-4), pp. 381 ss.

—————(2011), «Die Hypothese rechtmäßigen Verhaltens bei psychisch vermittelter Kausalität», en PAEFFGEN (ed), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 373 ss.

BOLEA BARDON (2017), «Causalidad hipotética e incertidumbre en la omisión», *LH-Mir Puig*, en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, pp. 459 ss.

—————(2013), «La autoría mediata en algunos supuestos de error», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (12), pp. 11 ss.

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

—————(2000), *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BORJA JIMÉNEZ (2015), *La aplicación de las circunstancias del delito. Actualizado a la reforma de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia.

BÖRNER (2006), «Die sukzessive Anstiftung am Beispiel von Trunkenheitsfahrt, Insolvenzschleppung und Körperverletzung», *Juristische Ausbildung*, pp. 415 ss.

BRAMMSEN/APEL (2008), «Anstiftung oder Täterschaft? "Organisationsherrschaft" in Wirtschaftsunternehmen», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, (3), pp. 256 ss.

BUNG (2009), *Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

BUNGE (1997), *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Sudamericana, Buenos Aires.

VON BURI (1873), *Über Kausalität und deren Verantwortung*, Gebhardt, Lipsia.

BUSTOS RAMÍREZ (1989), *Parte General*, 3ª ed.,

BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE (1997), *Lecciones de derecho penal*, t. I, Trotta, Madrid.

BÜLTE/HAGEMEIERS (2015), «Vergabe unwirtschaftlicher Aufträge als strafbare Teilnahme?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 317 ss.

CÁMARA ARROYO (2017), «El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso. Especial referencia al conflicto con la libertad de expresión», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70-1), pp. 139 ss.

CANCIO MELIÁ (2011), «Caso Contergan», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (dir.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, 2ª ed., La Ley, Madrid, pp. 207 ss.

—————(1993), «La teoría de la adecuación social en Welzel», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-2), pp. 697 ss.

- CARD (1995), *Criminal Law*, 13ª ed., Butterworths, Londres.
- CARLOS DE OLIVEIRA (2020), «Blanqueo de capitales», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, pp. 630 ss.
- CARRARA (1889), *Programa del curso de derecho criminal* (traducción de Octavio Béeche y Alberto Gallegos), Tipografía Nacional, San José.
- (1877), *Teoría de la tentativa y de la complicidad ó del grado de fuerza física del delito* (trad. Vicente Romero Girón), F. Góngora y Compañía, Madrid.
- CASTELLVÍ MONSERRAT (2020), *Provocar y castigar. El agente provocador y la impunidad del sujeto provocado*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CASTILLO MORALES/NAVIA CANALES (2020), «Emociones y motivos: prueba de la efectividad de un enfoque interdisciplinario para los casos de violencia de género», en PERIN (ed.)/ACKERMANN HORMAZÁBAL (coord.), *Imputación penal y culpabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 445 ss.
- CASTRONUOVO (2011), «Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica», *Revista Penal México*, (2), pp. 31 ss.
- CEREZO MIR (1979), «Autoría y Participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (32-3), p. 567 ss.
- (1975), «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (28-1), pp. 41 ss.
- CHARALEMBAKIS (2001), «Zur Problematik der psychischen Beihilfe. Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe», en SCHÜNEMAN/BOTTKE/ACHENBACH/HAFFKE/RUDOLPHI (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 625 ss.
- CHOCLÁN MONTALVO (1996), «La autoría y la participación», *La Ley*, 1996, pp. 1 ss.
- CHRISTMANN (1997), *Zur Strafbarkeit sogenannter Tatsachenarrangements wegen Anstiftung. Ein Beitrag der Lehre von der objektiven Zurechnung zum Strafgrund der Anstiftung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- CIALDINI (2007), *Influence. The Psychology of Persuasion*, Collins Business, Nueva York.
- CIFRE WIBROW/GONZÁLEZ DE ÁVILA (2014), «Prefacio. La buena y mala seducción», en LOS MISMOS (eds.), *Culturas de la seducción*, 2014,
- CLAB (1966), «Die Kausalität der Beihilfe», en SPENDEL (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Würzburg, pp. 116 ss.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (1999), *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- COHEN (1994), «The Content of the Delinquent Subculture», en JACOBY (dir.), *Classics of Criminology*, Waveland Press, Chicago.
- COHEN/SHORT (1958), «Research in Delinquent Subcultures», *Journal of Social Issues*, (14-3), pp. 20 ss.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1997), «art. 29», en EL MISMO (dir.), *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Trivium, Madrid.
- (1955), *Encubrimiento y receptación (Ley de 9 de mayo de 1950)*, Bosch, Barcelona.

- CORCOY BIDASOLO (2005), *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, B de F, Montevideo-Buenos Aires.
- CÓRDOBA RODA (2011), «Art. 28», en EL MISMO/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, pp. 335 ss.
- CORNELIUS (2021), «§ 24», en von Heintschel-Heinegg (ed.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 51^a ed., C.H. Beck, Múnich.
- CREUS (1992), *Derecho Penal. Parte General*, 3^a ed., Astrea, Buenos Aires.
- CUELLO CONTRERAS (2010), «Causalidad, imputación y ciencia», *Cuadernos de Política Criminal*, (102), pp. 5 ss.
- (1978), *La conspiración para cometer delito: interpretación del art. 4.I CP (los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona.
- CUELLO CONTRERAS/MAPELLI CAFFARENA (2015), *Derecho penal. Parte General*, 3^a ed., Tecnos, Madrid.
- CRAMER/HEINE (2001), «§ 26», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, C.H. Beck, Múnich.
- DE LA CUERDA MARTÍN (2019), «La responsabilidad penal del asesor fiscal», en DEMETRIO CRESPO/SANZ DÍAZ-PALACIOS (dirs.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Atelier, Barcelona, pp. 21 ss.
- CUERDA RIEZU (2009), «El principio constitucional de responsabilidad por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (62), pp. 157 ss.
- (1992), «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45), pp. 491 ss.
- D. MEYER (1975), «Anstiftung durch Unterlassen?», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, (12), pp. 982 ss.
- DAHM (1949), «Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», *Neue Juristische Wochenschrift*, (21), pp. 809 ss.
- DANCY (2002), *Practical Reality*, Oxford University Press, Nueva York.
- DAVIDSON (1995), «Acciones, razones y causas», en EL MISMO, *Ensayos sobre acciones y sucesos* (traducción de Olbert Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés), Instituto de Investigaciones Filosóficas-Editorial Crítica, Barcelona, pp. 17 ss.
- DE OLIVEIRA MONTEIRO (2013), *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- DEL ROSAL BLASCO (1999), «Sobre los elementos del hecho típico en la inducción», *Cuadernos de política criminal*, (4), pp. 97 ss.
- (1986), *La provocación para cometer delito en el Derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del código penal)*, Edersa, Madrid.
- DEMETRIO CRESPO (2001), «Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata», *Derecho Penal y Criminología*, (22-73), pp. 27 ss.
- DENCKER (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlín.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2017), «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», *Cuadernos de Política Criminal*, (123), pp. 5 ss.

—————(2017), «Actuación en el marco de un aparato organizado de poder: ¿autoría o participación?», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, pp. 509 ss.

—————(2011), «Caso del vigilante-conductor», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, pp. 373 ss.

—————(1997), ««Coautoría» alternativa y «coautoría» aditiva: ¿autoría o participación», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 295 ss.

—————(1991), *La autoría en Derecho penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/BARBER BURUSCO (2012), «Participación en el suicidio y eutanasia. Esbozos del tratamiento penal en España», *Revista Nuevo Foro Penal*, (8-79), pp. 115 ss.

DÍEZ/MOULINES (1997), *Fundamentos de Filosofía de la ciencia*, Ariel, Barcelona.

DÍEZ RIPOLLÉS (1990), *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DOLD (2017), *Eine Revisión der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübingen.

DOPICO GÓMEZ-ALLER (2012), «Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario» en POZUELO PÉREZ (coord.), *Derecho penal de la Construcción. Aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo*, 2ª ed., Comares, Granada, pp. 131 ss.

DÖRING (2003), «Explaining action by emotion», *The Philosophical Quarterly*, (53-211), pp. 214 ss.

DREHER (1973), «Der Paragraph mit dem Januskopf», en LACKNER/LEFERENZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 307 ss.

DRETSKE (2004), «Psychological vs. biological explanations of behavior», *Behavior and Philosophy*, (32), pp. 167 ss.

DUFF (2007), *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Hart, Oxford-Portland.

ECKSTEIN (2014), «Urheberschaft und Teilnahme in Feuerbachs Bayerischem StGB 1813», en KOCH/KUBICEL/LÖHNING/PAWLIK (eds.), *Feuerbachs Bayerisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 271 ss.

EBERT (2001), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., C.F. Müller, Heidelberg.

EHRlich (1986), «Von der Normativen Kausalität», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (72-1), pp. 32 ss.

ENGISCH (2008), *La causalidad como elemento de los tipos penales* (traducción de Marcelo A. Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires.

—————(1963), «Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug», en WELZEL/CONRAD *et al.* (eds.), *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, pp. 247 ss.

- ENOCH (2012), «Authority and Reason-Giving», *Philosophy and Phenomenological Research*, p. 1 ss.
- (2011), «Giving practical reasons», *Philosopher's Imprint*, (11-4), pp. 1 ss.
- (2011), «Reason giving and the Law», en GREEN/LEITER (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, t. 1, 2011, pp. 3 ss.
- ENÇ (2004), «Explicación por motivos», en AUDI (ed.), *Diccionario Akal de filosofía* (trs. Huberto Marraud y Enrique Alonso), Akal, Madrid, pp. 343 ss.
- ESER (2019), «§ 111», SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- (1980), *Juristischer Studienbuch. Strafrecht*, t. II, 3ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- ESSER (1958), «Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs im Strafrechtssystem», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 321 ss.
- FAHL (2009), «§ 111», en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymans, Colonia.
- FALCONE (2017), «Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho. La coautoría como expresión mancomunada de sentido», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.
- (2020), «¿Delitos especiales? Reducción del "círculo de autores" en delitos de infracción de un deber de fomento», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.
- FARALDO CABANA (2004), *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FARRÉ TRAPAT (1992), «Algunos aspectos del desistimiento en la conspiración (Comentario a la STS de 21 de octubre de 1997)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 711 ss.
- (1989), «Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*», *Estudios Penales y Criminológicos*, (13), 1989, pp. 43 ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ (2010), «Problemas de imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial», en SERRANO-PIEDRACASAS/DEMETRIO CRESPO (dir), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Colex, Madrid, pp. 63 ss.
- (2006), «Recensión a Frisch W./Robles Planas R.: Desvalorar e imputar», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (17), pp. 417 ss.
- (2000), «Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente? Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación», *La Ley*, (1), pp. 1 ss.
- (1999), *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada.
- FELDMAN (2018), *The Law of Good People. Challenging states' ability to regulate human behavior*, Cambridge University Press, Cambridge/Nueva York.
- FERRATER MORA (1965), *Diccionario de filosofía*, t. II, 5ª ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
- FERREIRA CABRAL (2017), *Dolo y lenguaje. Hacia una gramática del dolo desde la filosofía del lenguaje*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- FIANDANCA/MUSCO (1994), *Diritto Penale. Parte Generale*, 2ª ed., Zanichelli, Boloña.
- FISCHER (2017), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 64ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- FONTÁN BALESTRA (1998), *Derecho penal. Introducción y Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- FRANK (1931), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 8ª ed., J.C.B. Mohr, Tunbinga.
- FREUND/ROSTALSKI (2019), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Springer, Berlín-Heidelberg.
- FRISCH (2012), *Estudios sobre imputación objetiva*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile.
- (2004), *Comportamiento típico e imputación del resultado* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.
- (2000), «La imputación objetiva: Estado de la cuestión», en *Sobre el estado actual de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, Pamplona, pp. 21 ss.
- FRISTER (2012), «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», en Degener/Heghmanns (eds.), *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- FROMEIN, «Incitement against Democracy as a limitation of freedom of speech», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, pp. 33 ss.
- DE LA FUENTE HULAUD (2021), *¿Qué prohíben las normas de comportamiento? Una reflexión sobre las normas de conducta de los delitos resultativos. A la vez, un comentario crítico a la Teoría Analítica de la Imputación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- FUENTES OSORIO (2017), «Concepto de “odio” y sus consecuencias penales», en MIRÓ LLINARES (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres. El Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Marcial Pons, Madrid, pp. 131 ss.
- (2011), «La incongruencia entre el dolo del inductor y la conducta realizada por el autor principal», en SANCINETTI et al. (dirs.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Homenaje a Eberhard Strunsee*, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 191 ss.
- (2007), *La preparación delictiva*, Comares, Granada.
- (2007), «Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el *omnimodo facturus*», *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, (3), 2007, pp. 40 ss.
- GAEDE (2007), «Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme - Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB», *Juristische Arbeitsblätter*, (11), pp. 757 ss.
- GALIMBERTI (2002), *Diccionario de psicología* (traducción de María Emilia G. de Quevedo), Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- GALLAS (1968), «Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80), pp. 1 ss.
- (1968), *Beiträge zur Verbrechenslehre*, De Gruyter, Berlín.
- (1954), «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, Dr. Hans Heger Verlag, Bonn, pp. 121 ss.

GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal: homenaje a la memoria del prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, EDERSA, Madrid, pp. 519 ss.

GARCÍA CAVERO (2019), «La instigación al delito: ¿forma de participación o delito autónomo», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, pp. 131 ss.

—————(2019), *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Grijley, Lima.

GARCÍA PÉREZ (2008), *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier, Barcelona.

GARCÍA-JALÓN DE LA LAMA, «Génesis 3, 1-6. Era la serpiente la más astuta alimaña que Dios hizo», *Scripta Theologica*, (38-2), 2006, pp. ss.

GÄRDITZ, «Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration», en WALTER *et al.* (eds.), *Repräsentative Demokratie in der Krise?*, 2013, De Gruyter, Berlín, pp. 49 ss.

GEPPERT (1997), «Die Anstiftung (§ 26 StGB)», *Juristische Ausbildung*, (6), pp. 299 ss.

GERSON (2016), «Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses - Teil 2 Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (5), pp. 295 ss.

—————(2016), «Strafgrund, Wesen und Tathandlung der Anstiftung, § 26 StGB: Soziale Desintegration mittels doppelt-pathologischen Diskurses – Teil 1. Von Wahrheit und Absurdität der Anstiftungsstrafbarkeit und deren Abgrenzung zur Täterschaft», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (3), pp. 183 ss.

GIL GIL (2008), «La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (61), pp. 53 ss.

GIMBERNAT ORDEIG (2006), *Autor y cómplice en Derecho penal*, B de F, Buenos Aires.

—————(1966), «Crítica a la doctrina jurisprudencial del “acuerdo previo”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (19-1), pp. 13 ss.

—————(1992), «Concurso de leyes, error y participación en el delito», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1992, pp. 833 ss.

GÓMEZ BENÍTEZ (1984), *Teoría jurídica del delito. Parte General*, Civitas, Madrid.

GÓMEZ MARTÍN, «Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (18-20), 2016, pp. 1 ss.

GÓMEZ RIVERO (2008), «Causalidad, incertidumbre científica y resultados a largo plazo», *Revista General de Derecho Penal*, (9), pp. 1 ss.

—————(1996), «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación», *La Ley*, (1), pp. 1624 ss.

—————(1995), *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GÓMEZ RODRÍGUEZ (2014), *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, 2014, Alianza Editorial, Madrid.

GÓMEZ-JARA DÍEZ (2006), «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Cuadernos de Política Criminal*, (88), pp. 119 ss.

GONZÁLEZ CUSSAC/MIRA BENAVENT (1992), «Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia», *Poder Judicial*, pp. 189 ss.

GOES (1982), *Der Rücktritt der Tatbeteiligten*, Duncker & Humblot, Berlín.

GRABOW (2009), «Die Sukzessive Anstiftung», *Juristische Ausbildung*, (6), pp. 408 ss.

GRACIA MARTÍN (1994), «Política criminal y dogmática jurídico-penal en el proceso de reforma penal en España», *Actualidad Penal*, (17), pp. 307 ss.

GRECO (2009), *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Duncker & Humblot, Berlín.

GREENAWALT (1989), *Speech, Crime and the Uses of Language*, Oxford University Press, Nueva York.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (1870), *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. I, D. Timoteo Arnaiz, Burgos.

GROPP (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Springer, Heidelberg.

GROSSO/PELISSERO/PETRINI/PISA (2020), *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milán.

GRÜNEWALD (2016), «Zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung», *Juristenzeitung*, (19), pp. 938 ss.

GRÜNWALD (1965), «Der folgenschwere Rat», *Juristische Schulung*, pp. 311 ss.

GÜNTHER, «Die Feststellung der Kausalität im Strafprozeß», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (80-2), 1997, pp. 211 ss.

H. MAYER (1967), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart.

H. MAYER (1957), «Täterschaft, Teilnahme, Uhreberschaft», en HOHENLEITNER/LINDNER/NOWAKOWSKI (eds.), *Festschrift für Theodor Rittler. Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, Schientia, Aalen, pp. 243 ss.

HAAS (2020), «§ 26», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

—————(2007), «Kritik der Tatherrschaftslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119-3), pp. 519 ss.

HÄLSCHNER (1881), *Das Gemeine Deutsches Strafrecht*, t. I (*Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*), Marcus, Bonn.

HAMBEL (2019), «Die öffentliche Aufforderung zur Straftat gem. 111 StGB Am Beispiel der “Bierzelt-Rede” des Bundesinnenministers Horst Seehofer vom 2.8.2018 und der Rede des Chefs des Thürigida Bündnisses David Köckert vom 9.9.2018 in Köthen», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, (1), pp. 10 ss.

HART/HONORÉ (1985), *Causation in the Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Nueva York.

HECKE (2012), «Strafbare Beihilfe zur Anstiftung?», *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2012, p

HECKER (2019), «§ 258», SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, Múnich.

HEGEL (2017), *Fundamentos de la filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política* (trad. Joaquín Abellán), Tecnos, Madrid.

HEGHMANN (2000), «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe and Anstiftung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 473 ss.

HEMPEL (1970), «Aspects of scientific explanation», en EL MISMO, *Aspects of scientific explanation and other essays in the philosophy of science*, The Free Press, Nueva York, pp. 291 ss.

HEINE/WEIBER (2019), «§ 26», SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30ª ed., C.H. Beck, Múnich.

HENGSTENBERG (2013), *Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht*, Springer, Berlín-Heidelberg.

HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996), *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada.

HERZBERG (2000), «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen», en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Sinzheim, pp. 33 ss.

—————(1995); «La inducción a un hecho principal indeterminado», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48-2), pp. 553 ss.

—————(1990), «Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtum», *Jura*, pp. 16 ss.

—————(1977), *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, Múnich.

—————(1971), «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 1 ss.

HIERONYMI (2011), «Reasons for Action», *Proceedings of the Aristotelian Society*, (111), p. 407 ss.

HILGENDORF (2002), «Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto» (trad. María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (55), pp. 91 ss.

—————(1996), «Was meint “zur Tat bestimmen” in § 26 StGB», *Juristische Ausbildung*, (1), pp. 9 ss.

HILLENKAMP (1971), *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, Schwartz, Göttinga.

HOFFMANN-HOLLAND (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga.

HONIG (1930), «Kausalität und objektive Zurechnung», en Hegler (ed.), *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 175 ss.

HONORÉ (1995), «Necessary and sufficient conditions in Tort law», en OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford Scholarship, Oxford, pp. 363 ss

HORN/WOLTER (2017) «§ 111», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Carl Heymanns, Colonia.

HOYER (2017), «§ 26», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 9ª ed., Carl Heymanns, Colonia.

HOWARD (2019), «Dangerous Speech», *Philosophy and Public Affairs*, (9999), pp. 1 ss.

HRUSCHKA (2005), «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en EL MISMO, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* (tr. Pablo Sánchez-Ostiz), Aranzadi, Navarra, pp. 169 ss.

—————(1983), «Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe», *Juristische Rundschau*, (5), pp. 177 ss.

HÜNERFELD (1987), «Mittelbare Täterschaft und Anstiftung im Kriminalstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (99-2), pp. 228 ss.

INGELFINGER (2008), «§ 26», en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (eds.), *Gesamtes Strafrechts. StGB. StPO. Nebengesetze. Handkommentar*, Nomos, Baden-Baden.

—————(1992), *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, Duncker & Humblot, Berlín.

IORIO (2015), «Reasons, Reason-Giving and Explanation (traducción al inglés del propio autor)», en EL MISMO/STOECKER (eds.), *Actions, Reasons and Reasons*, De Gruyter, Berlín/Boston, pp. 61 ss.

IZQUIERDO SÁNCHEZ (2018), *Estafa por omisión. El engaño y la infracción de deberes de información*, Atelier, Barcelona.

JACONELLI (2018), «Incitement: A Study in Language Crime», *Criminal Law and Philosophy*, (12-2), pp. 245 ss.

JAKOBS (2020), «El intento de la tentativa», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 2020, pp. 484 ss.

—————(2016), *Teoría de la intervención* (traducción de Nuria Pastor Muñoz), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

—————(1996), *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), AD-HOC, Buenos Aires.

—————(1999), «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, pp. 297 ss.

—————(1996), «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 253 ss.

—————(1992), «El principio de culpabilidad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (45-3), pp. 1051 ss.

—————(2003), «Actuar y omitir», EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (trads. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, pp. 101 ss.

—————(1999), «El desistimiento como modificación del hecho» en EL MISMO, *Estudios de Derecho penal* (traducción de Enrique Peñaranda Ramos, Suárez González y Manuel Cancio Meliá), Civitas, Madrid, pp. 325 ss.

- (1999), «Teoría y *praxis* de la injerencia», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (52), pp. 17 ss.
- JÄGER (2013), «Willensfreiheit, Kausalität und Determination. Stirbt das moderne Schuldstrafrecht durch die moderne Gehirnforschung?», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 3 ss.
- JESCHECK/WEIGEND (2002), *Tratado de Derecho penal. Parte General* (tr. Miguel Olmedo Cardenete), 5ª ed., Comares, Granada.
- JOECKS/SCHNEIFELD (2020), «§ 25», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- (2020), «§ 26», JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, 4ª ed., C.H. Beck, Múnich.
- JOERDEN (2011), «Anstiftung als Aufforderung zu freiverantwortlichem deliktischem Verhalten», en PAEFFGEN (ed), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 563 ss
- (2010), *Logik im Rechts. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, 2ª ed., Springer, Heidelberg.
- (1988), *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, Duncker & Humblot, Berlín.
- JULIÀ PIJOAN (2020), *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Marcial Pons, Madrid.
- Armin KAUFMANN (1954), *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- KANT (2018), *La Metafísica de las Costumbres* (trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho), Tecnos, Madrid.
- KASISKE (2016), «Die Anstiftung durch Aufforderung an einen unbestimmten Personenkreis und ihr Verhältnis zu § 111 StGB», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 756 ss.
- KLESCZEWSKI (2008), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Examensrelevante Kernwissen im Grundriss*, Bernstein-Verlag, Bonn.
- KNAUER (2014), «Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?» (126-4), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 844 ss.
- (2013), *Der Schutz der Psyche im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- KIENAPFEL (1974), «Das Prinzip der Einheitstäterschaft», *Juristische Schulung*, pp. 1 ss.
- KINDHÄUSER (2011), «La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad», en EL MISMO/MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, B de F, Buenos Aires, pp. 68 ss.
- (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (2006), «Zur Alternativstruktur des strafrechtlichen Kausalbegriffs. Zugleich eine Entgegnung auf Puppes Kritik der *condicio per quam*», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (9), pp. 574 ss.

- (1997), «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en KOCH (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, Berlín-Verl. Spitz, Berlín, pp. 77 ss.
- (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.
- KOCH/WIRTH (2010), «Grundfälle zur Anstiftung», *Juristische Schulung*, (3), pp. 203 ss.
- KORSGAARD (2004), «Actuar por una razón», *Anuario Filosófico*, (27-3), pp. 645 ss.
- KORIATH (2010), «Zum Strafgrund der Anstiftung. Eine Skizze», en BLOY/BÖSE/HILLENKAMP/MOMSEN/RACKOW (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrech. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, pp. 417 ss.
- (1988), *Kausalität, Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Otto Schwartz, Gotinga.
- KOHLBERG (1976), «Moral stages and moralization: The cognitive-developmental approach», en LICKONA (ed.), *Moral Development and Behavior: Theory Research and Social Issues*, Henry Holt, Nueva York, pp. 31 ss.
- KOHLBERG/HERSH (1977), «Moral Development: A Review of the Theory», *Theory into Practice*, (16-2), pp. 53 ss.
- A. KÖHLER (1917), *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Veit & Comp, Lipsia.
- KÖHLER (1997), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín/Heidelberg.
- KRELL (2011), «Die Kettenanstiftung», *Juristische Ausbildung*, pp. 499 ss.
- KRETSCHMER (2008), «Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?», *Juristische Ausbildung*, (4), pp. 265 ss.
- (1998), «Anforderungen an versuchte Anstiftung», *Neue Zeitschrift für Sstrafrecht*, (8), pp. 401 ss.
- KREUZBERG (2019), *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Duncker & Humblot, Berlín.
- KREY/NUYS, «Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel», en BÖSE/STERNER-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 203 ss.
- KRÜGER (2008), «Zum »Bestimmen« im Sinne von §§ 26, 30 StGB», *Juristische Arbeitsblätter*, (7), pp. 492 ss.
- KUDLICH (2007), «Die Abstiftung», *Juristische Schulung*, (7), pp. 592 ss.
- (2007), «Anforderung an die Beihilfe», *Juristische Arbeitsblätter*, (4), pp. 421 ss.
- KUHLEN (1994), «Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung», *Juristenzeitung*, pp. 1142 ss.
- KÜHL (2018), «vor § 25», EN LACKNER/KÜHL (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- (2018), «§ 26», EN LACKNER/KÜHL (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- (2014), «Täterschaft und Teilnahme», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 668 ss.

- (2012), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, Múnich.
- (1991), «Die Bedeutung der Kantischen Unterscheidungen von Legalität und Moralität sowie von Rechtspflichten und Tugendpflichten für das Strafrecht — ein Problemaufriss», en JUNG/MÜLLER-DIETZ/NEUMANN (eds.), *Rechts und Moral*, Nomos, Baden-Baden, pp. 182 ss.
- KÜPPER (1998), «Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 519 ss.
- KUTZNER (2004), *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter und der Typus der Mittelbaren Täterschaft*, Peter Langa, Fráncfort del Meno.
- LAMOND (1996), «Coercion, Threats, and the Puzzle of Blackmail», en SIMESTER/SMITH (eds.), *Harm and Culpability*, 1996, Oxford University Press, Oxford, pp. 215 ss.
- LAMPE (1965), «Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (77-2), pp. 262 ss.
- LARDIZÁBAL (2001), *Discurso sobre las penas. Contrabido á las leyes de España para facilitar su reforma*, Fundación Sáncho el Sabio, Vitoria-Gasteiz.
- LARENZ (1927), *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Deichert, Lipsia.
- LENNON (1995), «Reasons and causes», en GUTTENPLAN (ed.), *A companion to the philosophy of mind*, Blackwell Publishers, Cambridge, pp. 531 ss.
- LESCH (1995), *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles), Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (1992), *Das problema der sukzessive Beihilfe*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- LESS (1957), «Der Unrechtscharakter der Anstiftung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (69), pp. 43 ss.
- LOEWENHEIM (1962), *Anstiftung durch Unterlassen. Inauguraldissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johan Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt/Main*.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1996), *Autoría y participación*, Akal, Madrid.
- LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN (1996), *El Código penal de 1995 y la voluntad de legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid.
- LÓPEZ PEREGRÍN (1997), *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LUDEN (1847), *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes*, Friedrich Luden, Jena.
- LÜDERSSEN (1967), *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden.
- MACKIE (1974), *The Cement of the Universe. A Study of Causation*, Clarendon Press, Oxford.
- MALLISON (1979), *Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- MANRIQUE (2018), «Emociones, acciones y excusas», *Eumía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (14), pp. 71 ss.

- (2006), «Impulsos y razones en el derecho penal. Hacia una teoría dualista de las emociones», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (39), pp. 289 ss.
- MAÑALICH RAFFO (2018), «El chantaje como coacción. Una reconstrucción lógica de la distinción entre amenazas y ofertas condicionales», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), pp. 249 ss.
- (2017), «Intervención “organizada” en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador», en COUSO/WERLE, *Intervención delictiva en contextos organizados*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 23 ss.
- (2014), *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid.
- (2010), «La estructura de la autoría mediata», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pp. 385 ss.
- (2007), «La pena como retribución. Segunda parte: La retribución como teoría del Derecho penal», *Derecho penal y Criminología*, (28-83), pp. 75 ss.
- MARTÍNEZ ARRIETA (1994), «El encubrimiento», en EL MISMO (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria (Cuadernos de Derecho judicial)*, Consejo General del Poder Judicial, pp. 11 ss.
- MASSANERO MAS (1989), «El problema de la causalidad en la teoría de la atribución», *Taula: Quaderns de Pensament*, (12), pp. 123 ss.
- MCGOLDRICK JR. (2021), «“The Wearisome Analysis”: The Clear and Present Danger Test from Schenck to Brandenburg», *South Dakota Law Review*, (66), pp. 56 ss.
- MEDICUS (2005), «Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht», *Juristische Schulung*, (4), pp. 289 ss.
- MERKEL (2011), «Über einige vernachlässigte Probleme des Kausalitätsbegriffs im Strafrecht und Ingeborg Puppés Lehren dazu», en PAEFFGEN (ed), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 151 ss.
- M.K. MEYER (1979), «Tatbegriff und Teilnehmerdelikt», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 252 ss.
- MEZGER (1931), *Lehrbuch des Strafrecht*, Duncker & Humblot, Múnich/Lipsia.
- MIEHE, «Die Schulzfunktion der Strafdrohungen gegen Begünstigung und Hehlerei», en BARTH (coord.), *Festschrift für Richard M. Hönig zum 80. Geburtstag*, 3. Januar 1970, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 91 ss.
- MILLÁN-PUELLES (2002), *Léxico Filosófico*, Rialp, Madrid.
- MILTON PERALTA (2012), *Motivos reprochables. Una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el Derecho penal liberal*, Atelier, Barcelona.
- MIR PUIG (2013), «Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal», en EL MISMO, *Estado, pena y delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 261 ss.
- (2011), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Reppertor, Barcelona.
- (2003), «Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (5-5), pp. 1 ss.

- (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- MIRA BENAVENT (1999), «¿Ha despenalizado el Código Penal de 1995 la inducción frustrada?», *Estudios Penales y Criminológicos*, (22), pp. 103 ss.
- MIRÓ LLINARES (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona.
- MITTELSDORF, «Zur Reichweite individueller strafrechtlicher Verantwortung im Unternehmen für Fehlverhalten von unterstellten Mitarbeitern», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (3), 2011, pp. 123 ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, J.M. Bosch, Barcelona
- MONTENBRUCK (1972), «Abweichung der Teilnehmervorstellung von der verwirklichten Tat», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (84-2), pp. 323 ss.
- MONTIEL (2014), «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.
- MOLAN (2001), *Sourcebook on Criminal Law*, 2ª ed., Cavendish, Londres.
- MOYA (2012), «El problema de lo mental», *Thémata. Revista de Filosofía*, (46), pp. 43 ss.
- (2006), *Filosofía de la mente*, 2ª ed., Universitat de València, Valencia.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN (2015), *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- (1987), «Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (40-2), pp. 301 ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ (1995), *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, València.
- MURMANN (2017), *Grundkurs Strafrecht*, C. H. Beck, Múnich.
- (2009), «§ 26», en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymans, Colonia.
- (2009), «§ 27», en SATZGER/SCHMITT/WIDMAIER (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, Carl Heymans, Colonia.
- (1999), «Sobre el tipo de complicidad en Derecho penal» (trad. Ricardo Robles Planas), *Revista del Poder Judicial*, (53), pp. 153 ss.
- (1998), «La autoría mediata utilizando el error de prohibición del autor principal», *La Ley*, (41-2), pp. 1 ss.
- MÜLLER (2000), *Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- MYERS (2004), *Exploraciones de la psicología social*, 3ª ed., McGrawhill, Madrid.
- NARDONE/WATZLAWICK (2019), *El arte del del cambio. Manual de terapia estratégica e hipnoterapia sin trance*, Herder, Barcelona.
- NEIDLINGER (1989), *Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe; insbesondere: der bedingt Tatentschlossenen und Tatgeneigte*, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg.

- NEPOMUK (2008), *Anstiftung und Tatinteresse*, Duncker & Humblot, Berlín.
- NIETO MARTÍN (2013), «La privatización de la lucha contra la corrupción», en ARROYO ZAPATER/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era del compliance*, Tirant lo Blanch, València, pp. 191 ss.
- NIKOLIDAKIS (2004), *Grundfragen der Anstiftung. Strafgrund —agent provocateur— Objektivverwechslung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- NINO (1992), «Consecuencialismo: debate jurídico y ético», *Τέλος*: Revista iberoamericana de estudios utilitaristas, (1), pp. 73 ss.
- NOAK/SENGBUSCH (2005), «Probleme mit den Pferdestärken», *Juristische Ausbildung*, (7), pp. 494 ss.
- NOLTENIUS (2003), *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- OBENDÖRFER (2000), «Germany's “militant democracy”: an attempt to fight incitement against democracy and freedom of speech through constitutional provisions: history and overall record», en KRETZMER/KERSHMAN HAZAN, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*, Kluwer Law International, La Haya/Londres/Boston, pp. 236 ss.
- OLMEDO CARDENETE (2000), *La inducción como forma de participación accesoria*, EDERSA, Madrid.
- OROZCO LÓPEZ (2021), «La graduación de la intervención delictiva. Líneas generales del modelo tipológico de la influencia sobre el hecho [Tatprägung]», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 150 ss.
- (2018), *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten. Eine Untersuchung zur Begründung und Verteilung strafrechtlicher Verantwortung*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Análisis económico del Derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2). 2004, pp. 31 ss.
- OSNABRÜGGE (2002), *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín.
- OTTO (2017), *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal* (traducción de la 7ª ed. José R. Beguelín), Atelier, Barcelona.
- (2009), «Soziale Adäquanz als Auslegungsprinzip», en BÖSE/STENBERG-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Straverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 225 ss.
- (1992), «Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich», en Seebode, *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 271 ss.
- (1998), «'Vorgeleistete Strafvereitelung' durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, pp. 193 ss.
- (1982), «Anstiftung und Beihilfe», *Juristische Schulung*, pp. 557 ss.
- OVEJERO BERNAL (2007), *Las relaciones humanas. Psicología social teórica y aplicada*, Biblioteca Nueva, Madrid.

PAEFFGEN, «§ 111 StGB», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

—————(1999), «Überlegungen zur § 111 StGB», en EBERT/ROXIN/Rieß/Wahle (eds.), *Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 591 ss.

PACHECO (1842-1843), *Estudios de derecho penal: lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*, Boix, Madrid.

PANTALEÓN DÍAZ (2016), «Imputación objetiva e imprudencia en el derecho anglosajón», en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas penales: nuevos retos y modernas tecnologías*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 147 ss.

PAREDES CASTAÑÓN (2011), «Caso del aceite de colza», en SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 425 ss.

—————(2003), «Problemas metodológicos en la prueba del dolo», *Nuevo Foro Penal*, (66), pp. 121 ss.

—————(2000), «De nuevo sobre el «cazo de la colza»: una réplica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), pp. 87 ss.

—————(1995), *El riesgo permitido en el Derecho penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia e Interior – Centro de Publicaciones.

PASTOR MUÑOZ (2004), *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid.

PAWLIK (2019), *Confirmación de la norma y equilibrio de la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona.

PEÑARANDA RAMOS (2016), «Autoría y participación en la empresa», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs), VALIENTE IBÁÑEZ (coord.), *Fraudes a consumidores y Derecho penal. Fundamento y talleres de leading cases*, B de F, Buenos Aires, pp. 235 ss.

—————(2015), *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, B de F, Buenos Aires.

—————(2012), «El caso Rose-Rosahl», *Libertas – Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, (0), pp. 127 ss.

—————(1991), *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Civitas, Madrid.

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

PÉREZ BARBERÁ (2019), «El resultado típico y su individualización en una relación causal. Acerca de la “teoría del resultado en su concreta configuración”», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, pp. 379 ss.

—————(2006), *Causalidad, resultado y determinación. El problema del presupuesto ontológico de los delitos de resultado en ámbitos estadísticos o probabilísticos. In dubio pro reo y "certeza en la determinación probabilística*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

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

PÉREZ DEL VALLE (2019), *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Dykinson, Madrid.

—————(1996), «La causalidad ¿una solución procesal para un problema dogmático», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (49-3), pp. 979 ss.

PERINI (2003), «Il consiglio técnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri», *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, (16-3), pp. 719 ss.

PERLOFF (2017), *Persuasion. Communication and Attitudes in the 21st Century*, 6^a ed., Routledge, Nueva York.

PHLEPS (1997), *Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses*, Shaker Verlag, Aquisgrán.

PINEDA (2012), *La mente humana. Introducción a la filosofía de la psicología*, Cátedra, Madrid.

PLATE (1972), «Zur Strafbarkeit des agent provocateur», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (84), pp. 294 ss.

POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS (2017), «Silencio delictivo. La comisión de delitos mediante el silencio», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, pp. 787 ss.

—————(2004), *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid.

PUPPE (2021), «El caso de las carreras ilegales en Berlón (*Berliner Raser-Fall*). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán 4 StR 482/19, de 18 de junio de 2021», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 398 ss.

—————(2014), *El Derecho penal como ciencia* (traducción de Nuria Pastor Muñoz), B de F, Buenos Aires.

—————(2011), «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Verursachung im Recht», *Rechtswissenschaft*, (4), 2011, pp. 400 ss.

—————(2007), «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (6), pp. 234 ss.

—————(2006), «Was ist Anstiftung? - Zugleich eine Besprechung von BGH, Urteil vom 11.10.2005 - 1 StR 250/05», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 424 ss.

—————(1992), *Vorsatz und Zurechnung*, Decker & Müller, Heidelberg.

—————(1984), «Die objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 101 ss.

—————(1983), «Zurechnung und Wahrscheinlichkeit. Zur Analyse des Risikoerhöhungsprinzips», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (95-2), pp. 286 ss.

—————(2003), *La imputación del resultado en Derecho penal* (trad. Percy García Cavero), ARA Editores, Lima.

LA MISMA, «Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (92-4), 1980, pp. 863 ss.

PALERMO (2020), «Das eigene Unrecht der Teilnahme an einer fremden Tat?», Lerman/Córdoba/J. Córdoba/Hilgendorf (eds.), *Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 577 ss.

PARFIT/BROOME (1997), «Reasons and Motivation», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1997, pp. 99 ss.

RAGUÉS I VALLÈS (2018), «Las condenas alternativas y su discutida legitimidad. A propósito de la asunción por la jurisprudencia española de la doctrina alemana de la “Wahlfeststellung”», *Estudios penales y criminológicos*, (38), pp. 1 ss.

—————(2003), «Blanqueo de capitales y negocios *standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid.

—————(1999), *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J. M. Bosch, Barcelona.

RAMACCI (2001), *Corso di diritto penale*, 2ª ed, Giappichelli, Turín.

RAZ (1991), *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

REDMANN (2014), *Anstiftung und anstiftungsähnliche Handlungen im StGB unter Berücksichtigung linguistischer Aspekte*, Duncker & Humblot, Berlín.

RENZIKOWSKI (2020), «vor 13», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 2ª ed., Franz Vahlen, Múnich.

—————(2017), «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI/PAULSON/SIECKMANN (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 631 ss.

—————(2019), «Akteurskausalität – Abschied von der Conditio-Formel», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, pp. 379 ss.

—————(2011), «Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?», en PAEFFGEN (ed), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 201 ss.

—————(2002), «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», en DÖLLIG (ed.), *Festschrift für Karl-Heinz Gössel*, C. F. Müller, Heidelberg, pp. 3 ss.

—————(1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübinga.

REEVE (2010), *Motivación y emoción*, 5ª ed., Mc Graw-Hill, Ciudad de México.

REYES ALBARADO (1996), *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá.

RIBA/MUGNY (1981), «Consistencia y rigidez de las minorías: reinterpretación», *Cuadernos de Psicología*, (2), pp. 37 ss.

RODRÍGUEZ HORCAJO (2016), *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons, Madrid.

RODRÍGUEZ MOURULLO (1968), «La punición de los actos preparatorios», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (21-2), pp. 277 ss.

ROBLES PLANAS (2020), «La estructura de la intervención en el delito», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, (15-30), pp. 993 ss.

—————(2020), «Imputación del delito a personas físicas (I) Tipo objetivo», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona.

—————(2019), «Normas de conducta», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

—————(2018), «Principios de imputación en la empresa», EL MISMO/Ragués i Vallès (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Atelier, Barcelona.

—————(2017), «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ/QUERALT JIMÉNEZ/CORCOY BIDASOLO/CASTIÑEIRA PALOU (coords.), *Estudios de derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, pp. 830 ss.

—————(2015), «La identidad de la dogmática jurídico-penal», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, pp. 3 ss.

—————(2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

—————(2008), «Riesgos penales y asesoramiento jurídico», *Diario La Ley*, (7015), 2008, pp. 1 ss.

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

—————(2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Barcelona.

—————(2003), «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito», en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, pp. 17 ss.

—————(2004), «Conducta típica imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del delito», en FRISCH/EL MISMO, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

—————(2006), «Normatividad e imputación objetiva: respuesta a la recensión de Feijóo Sánchez a Frisch/Robles Planas, Desvalorar e imputar», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.

—————(2000), «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (6), pp. 223 ss.

RODRÍGUEZ DEVESA (1995), *Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid.

ROGALL (2011), «Bemerkungen zum Verusch der Beteiligung», en PAEFFGEN (ed), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 859 ss.

—————(1979), «Die verschiedenen Formen des Veranlassen fremder Straftaten», *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 11 ss.

ROGAT (1997), *Die Zurechnung bei der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

ROMEO CASABONA (2007), «Causalidad, determinismo e incertidumbre científica en el derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, (8), pp. 1 ss.

ROSSI (1839), *Tratado de derecho penal* (traducción de Cayetano Cortés), Imprenta de José María Repullés, Madrid.

ROSTALSKI (2019), *Der Tatbegriff im Strafrecht: Entwurf eines im Gesamten Strafrechtssystem einheitlichen Normativ-Funktionalen Begriffs der Tat*, Mohr Siebeck, Tubinga.

ROTSCH (2007), «Der ökonomische Täterbegriff. Zugleich ein Beitrag zu Differenzierung, Diversifizierung und Divisionalisierung der Strafrechtsdokmatik», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 260 ss.

—————(2000), «Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (112), pp. 518 ss.

ROXIN (2016), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid.

—————(2014), *Derecho penal. Parte General* (traducción de Diego-Manuel Luzón Peña), t. II, 1ª ed., Civitas, Madrid.

—————(2006), «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista de Estudios Jurídicos*, (7), pp. 11 ss.

—————(2006), «Organisationsherrschaft und Tatentschlusseinheit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 293 ss.

—————(1996), «Zur Mittäterschaft beim Versuch. Zugleich ein Beitrag zur Frage, ob Vorbereitungen Mittäterschaft begründen können», en BÖTTCHER/HUECK/JÄHNKE (eds.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996*, De Gruyter, Berlín, pp. 489 ss.

—————(1995), «Was ist Beihilfe», en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Nomos, Baden-Baden, pp. 501 ss.

RUDOLPHI (1998), *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

—————(1985), «Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe», en Herrmann/Vogler et. al (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 567 ss.

RUEDA MARTÍN (2002), *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia/Bosch, Bogotá.

RUIZ ANTÓN (1998), «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (51), pp. 5 ss.

—————(1982), *El agente provocador en el derecho penal*, EDERSA, Madrid.

—————(1980), «El fundamento material de la pena en la participación», *Cuadernos de Política Criminal*, (11), pp. 47 ss.

RUIZ RODRÍGUEZ (2001), *El delito de encubrimiento*, Atelier, Barcelona.

RUSCA (2020), *Fundamentos de la criminalización del cohecho*, Marcial Pons, Madrid.

RUTKOWSKY (1952), «Die psychisch vermittelte Kausalität», *Neue Juristische Wochenschrift*, (16), pp. 606 ss.

SADOCK (2006), «Speech Acts», en HORN/WARD (eds), *The Handbook of Pragmatics*, Blackwell Publishing, pp. 53 ss.

SAMSON (2003), *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad* (traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer), Hammurabi, Buenos Aires.

—————(1969), «Die öffentlichen Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten», *JZ*, pp. 258 ss.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2018), *Víctimas e infractores, cumplidores y héroes. La culpabilidad en clave de imputación*, Reus/B de F, Madrid.

—————(2014), «¿Incumbencias en Derecho Penal? Depende», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 2015, pp. 1 ss.

—————(2014), «La libertad del Derecho penal: ¿de qué hablamos cuando decimos libertad?», en EL MISMO, *La libertad del Derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Atelier, Barcelona, pp. 179 ss.

EL MISMO (2004), *¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas*, Civitas, Navarra.

EL MISMO (1998), *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2012), «En los límites de la inducción», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

—————(2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

—————(1999), «Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal», *Cuadernos de Política Criminal*, (68), pp. 347 ss.

—————(1998), «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica «trascendencia»», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (51), pp. 319 ss.

—————(1995), «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (48-1), pp. 187 ss.

SÁNCHEZ LÁZARO (2004), *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada.

SANCINETTI (2005), *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.

—————(1997), *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

—————(1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá.

SATZGER (2017), «Der “*omnimodo facturus*” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *Juristische Ausbildung*, (10), pp. 1169 ss.

—————(2008), «Teilnehmerstrafbarkeit und “Doppelvorsatz”», *Juristische Ausbildung*, (7), 2008, pp. 514 ss.

- SAX (1978), «Zur Problematik des Teilnehmerdelikts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (90), pp. 927 ss.
- SCHAFFSTEIN (1986), *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, Scientia Verlag, Aalen.
- (1970), «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 169 ss.
- SCHEINFELD, «Das «Bestimmt-worden-Sein» in § 216 I StGB Zugleich zum »Bestimmen« in § 26 StGB», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2007, pp. 695 ss.
- SCHILD (2017), «§ 26», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAFFGEN, *Strafgesetzbuch*, 5^a ed., Nomos, Baden-Baden.
- SCHILD-TRAPPE (1995), *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Stämpfli, Berna.
- SCHLACK (2019), «Überlegungen zur sog. “psychischen Kausalität” am Beispiel des Betruges», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Urs Kindhäuser*, Nomos, Baden-Baden, pp. 795 ss.
- SCHMID (1962), «“Bedingter Handlungswille” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (74-1), pp. 48 ss.
- SCHLIEBITZ (2002), *Die Erfolgszurechnung beim “misslungenen” Rücktritt*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHMIDHÄUSER (1970), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, J. C. B. Mohr, Tübinga.
- SCHUELER (2003), *Reasons and Purposes. Human Rationality and the Teleological Explanation of Action*, Oxford University Press, Oxford.
- SCHULZ (1986), «Anstiftung oder Beihilfe», *Juristische Schulung*, (12), 1986, pp. 933 ss.
- (1980), *Die Bestrafung des Ratgebers. Zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHUMACHER (1980), «Gruppendynamik und Straftat. Ein Beitrag zur Integration von Strafrecht und empirischer Wissenschaft», *Neue Juristische Wochenschrift*, (35), pp. 1880 ss.
- SCHUMANN (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- SCHÜNEMANN (2007), «§ 27», en LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12^a ed., 2007, De Gruyter, Berlín.
- (2007), «§ 25», en LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12^a ed., 2007, De Gruyter, Berlín.
- (2007), «§ 26», en LAUFHÜTTE/RISSING VAN SAAN/TIEDEMANN, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 12^a ed., 2007, De Gruyter, Berlín.
- (2002), «Los fundamentos de responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, pp. 129 ss.

- (2002), «Libertad de voluntad y culpabilidad en Derecho penal», en EL MISMO, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Tecnos, Madrid, pp. 24 ss.
- (2002), «Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (55), pp. 9 ss.
- (1986), «Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 293 ss.
- SCHÜNEMANN/GRECO (2021), «§ 26», en CIRENER/RADTKE/RISSING-VASAN/RÖNNAU/SCHLÜCKEIBER (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlín.
- SCHÜTZ (1874), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., J. M. Gebhardt, Lipsia.
- SCHROEDER (2016), «Die Anstiftung als Erfolgsdelikt», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 65 ss.
- (1965), *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SEARLE (2017), *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (tr. Luis M. Valdés Villanueva), 9ª ed., Cátedra, Madrid.
- (2000), *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Ediciones Nobel, Barcelona.
- SHAVER (1985), *The Attribution of Blame. Causality, Responsibility and Blameworthiness*, Springer, Nueva York.
- SMITH/HOGAN (2002), *Criminal Law*, 10ª ed., Butterworths, Nueva York.
- SILVA SÁNCHEZ (2021), «Zur Weiterentwicklung Lehre von «erlaubten Risiko»», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 298 ss
- (2016), *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., B de F, Buenos Aires.
- (2015), *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- (2014), «Sobre verdades y mentiras (Editorial)», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), p. 1 ss.
- (2014), «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito? A la vez, una breve contribución a la teoría de las medidas de seguridad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.
- (2006), «Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs.», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.
- (2005), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.
- (2003), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, B de F, Montevideo.
- (2001), «¿“ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.
- (1997), *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, J. M. Bosch, Barcelona.

—————(1989), «Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención: El ejemplo del funcionario penitenciario», *Cuadernos de Política Criminal*, pp. 367 ss.

—————(1984), «“Aberratio ictus” e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (32-2), 1984, pp. 347 ss.

—————(1984), «Límites en la responsabilidad por imprudencia (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de 27 de enero de 1984)», *La Ley*, pp. 1 ss.

SILVELA, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903.

SIMESTER/VON HIRSCH (2011), *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart, Oxford-Portland.

SOLAN/TIERSMA (2005), *Speaking of crime. The Language of Criminal Justice*, The University of Chicago Press, Chicago/Londres.

SORIAL (2015), «Hate Speech and Distorted Communication: rethinking the limits of incitement», *Law and Philosophy*, (34), pp. 299 ss

STECHMANN (1976), *Entwicklung und Bedeutung des Satzes “cogitationis poena nemo patitur”*, tesis doctoral inédita, Universität Hamburg.

STEEN (2011), *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlín.

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

E. STEIN (2005), «Causalidad psíquica», en LA MISMA, *Obras Completas, II. Escritos filosóficos (Etapa fenomenología: 1915-1920)* (trad. de Constantino Ruiz Garrido y José Luis Caballero Bono), Espiritualidad-Monte Carmelo-El Carmen, Burgos, pp. 217 ss.

STRATENWERTH (2005), *Derecho penal. Parte General. El hecho punible* (traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti), Aranzadi, Navarra.

—————(1992), «Objektsirrtum und Tatbeteiligung», en Arzt/Fezer et al. (eds.), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, pp. 57 ss.

STRUENSEE (1989), «Versuch und Vorsatz», en Donrseifer (ed.) *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Heymanns*, Colonia, pp. 523 ss.

STÜBINGER (2011), «Zurechnungsprobleme beim Zusammenwirken mehrerer fahrlässiger Taten. Am Beispiel der Entscheidung des BGH zum Einsturz der Eisporthalle Bad Reichenhall», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (7), pp. 602 ss.

THOMMEN/NYDEGGER (2018), «Strafbares Streben nach Freiheit?», *Sui-generis*, pp. 255 ss.

TIMPE (2013), «Zum Begriff des Bestimmens bei der Anstiftung (§ 26)», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 145 ss.

TORÍO LÓPEZ (1983), «Cursos causales no verificables en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (36-2), pp. 221 ss.

TÖEPEL (1996), «Aspekte der “Rose-Rosahl”-Problematik: Vorüberlegungen, Beachtlichkeit der aberratio ictus beim Einzeltäter», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 886 ss.

- TRAEGER (1904), *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB*, N.G. Elwert, Marburgo.
- TRAMONTANO (2006), *Leneamenti di Diritto Penale*, Halley Editrice.
- TRECHSEL (1967), *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli & Cie, Berna.
- VAN DER PFLIGT/VLIEK (2017), *The psychology of influence. Theory, research and practice*, Routledge, Londres-Nueva York.
- VACHELLI (2020), *Intervención delictiva: significado y función del principio de accesoriedad*, 2018, Atelier, Barcelona.
- VERDE (2016), «Subsunción alternativa en la condena (*Wahlfeststellung*). Examen de su legitimidad constitucional», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.
- VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.
- VOGLER (1972), «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», en Lüttger/Blei/Hanau, *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín, pp. 295 ss.
- VIADA Y VILASECA (1874), *Código penal reformada de 1870. Concordado y comentado*, Luís Tassó, Barcelona.
- VIVES ANTÓN (2010), *Fundamentos del Sistema Penal*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- WAISMANN (1973), «Language Strata», en FLEW (ed.), *Logic and Language. Second Series*, Basil Blackwell, Oxford, pp. 226 ss.
- WALTER, § 257, en CIRENER/RADTKE/RISSING-VA SAAN/RÖNNAU/SCHLUCKEIBER (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, De Gruyter, Berlín.
- WATZLAWICK (2019), *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación* (traducción de Marciano Villanueva), Herder, Barcelona.
- (2014), *No es posible no comunicar* (traducción de Ana Schulz Noemí, Noemí Rosenblatt, Marciano Villanueva, Alfredo Guera Miralles, Jose A. De Prado Diez, Xosé M. García Álvarez), Herder, Barcelona.
- WEGE (2011), *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- WEGNER (1951), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.
- WEIGEND (1998), «Grenzen strafbare Beihilfe», en ESER (ed.), *Festschrift für Harou Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 197 ss.
- WEISSER (2011), *Täterschaft in Europa. Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- WEBLAU (1992), «Der Exzeß des Angestifteten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104-1), pp. 105 ss.
- WIDMAIER, «Der mißverständliche Bestechungsversuch», *JuS*, 1970, pp
- WITGENSTEIN (2017), *Los cuadernos azul y marrón* (traducción de Francisco García Guillén), 5ª ed., Tecnos, Madrid.

WOLFF (1965), *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Carl Winter, Heidelberg.

R. WRIGHT (1988), «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», *Iowa Law Review*, (73), pp. 1001 ss.

VON WRIGHT (2003), «*Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos* (traducción de Laura Manrique y Pablo E. Navarro)», *Doxa*, (26), pp. 53 ss.

———(1979), *Explicación y comprensión* (traducción de Luís Vega Reñón), Alianza Editorial, Madrid.

ZIELINSKI (1973), *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Duncker & Humblot, Berlín.

ZIMBARDO (2008), *El efecto lucifer. El porqué de la maldad* (trad. Genís Sánchez Barberán), Paidós, Barcelona.