

¿Por qué se castiga al instigador (y con la pena del autor)?

Comentarios a la ponencia de Maximiliano Rusconi “La legitimidad de la sanción al instigador: NUEVAMENTE SOBRE UNA FORMA POLÉMICA DE PARTICIPACIÓN PUNIBLE”. Jean Pierre Matus.

*“Porque ese cielo azul que todos vemos
ni es cielo, ni es azul
¡Lástima grande que no sea verdad tanta belleza!”*

(Terceto final de “ A una mujer que se afeitaba y estaba hermosa”, soneto que Ignacio Luzán atribuyó en 1737 a Lupercio Leonardo de Argensola, y que posteriormente se ha adjudicado a Bartolomé, su hermano [Manuel Gutiérrez Mujica, *Crónicas y artículos de teatro*, México, 2001, p. 211]. Popularizado por el tango *Maquillaje*, de los también hermanos Homero y Virgilio Expósito (1938).

La ponencia de Rusconi tiene como principal mérito el de cuestionar lo que se da por supuesto e incuestionado, esto es, como en el tango, ponernos a pensar si ese cielo azul que todos vemos, es en verdad azul o al menos cielo.

Así que tomando prestado el pie forzado que se nos presenta, procuraré comentar en su mismo orden los cuestionamientos expuestos por Rusconi que le llevan a proponer que, respecto de la inducción, quizás su castigo no sea necesario ni legítimo.

I. “Barajar y dar de nuevo”

En este primer apronte, Rusconi plantea tres cuestiones fundamentales_

- a) ¿Es el tratamiento de la inducción en la opinión pública actual un problema vinculado con la llamada “expansión del derecho penal”?,
- b) ¿Es producto de una “leyenda urbana” que atribuye mayor responsabilidad al autor intelectual que al principal?, y
- c) ¿Es una “abstracción” incompatible con las descripciones de los hechos punibles al uso hoy en día?

A todas ellas cabría contestar radicalmente, como comienzo de la discusión y sin perjuicio de los detalles que siguen, ya no dando de nuevo las cartas, sino con una baraja nueva de puro vieja: nuestra tradición hispana del concepto de inducción, previa a la influencia germánica.

Vaya aquí, por todos, esta única e ilustrativa cita del texto escrito por Pacheco en 1848 (en su edición de 1888), en relación con el Código español de esa fecha:

“La participación moral, que puede verificarse hasta en la ejecución, pero que ordinariamente se contrae á la resolución del crimen, se realiza, según nuestra razón, por estos tres únicos medios: el precepto, el pacto, el consejo. La palabra inducción, que usa la ley, los abarca todos, y no abarca nada más. Cualquiera otra que ocurra, promesa, seducción, ruegos, etc., se reducirá sin trabajo á una de aquellas tres”. Y así e. Permítasenos, por consiguiente, que hablemos en particular de ellas.

El precepto. He aquí una de las más graves de las inducciones; he aquí uno de los motivos de participación ó concurrencia moral, que más satisfacen á la razón. El precepto puede conducir al mismo punto á donde conducen la fuerza y el miedo, á la completa exención del agente material, á la reasunción de la responsabilidad toda sobre la cabeza del que lo ha dictado. El número 12 del art. 8.º lo establece de un modo terminante.

Pero no es necesario llegar á ese extremo: no hay que poner el caso de que la obediencia sea debida. La debilidad de muchos hombres facilita y asegura la autoridad de otros. La subordinación y la disciplina social, que sólo deberían servir para lo bueno, pueden servir asimismo para obras fatales y desgraciadas. El hábito de la obediencia en lo lícito puede hacer que se obedezca en lo vedado. Los superiores pueden abusar de su posición; los inferiores pueden humillarse demasiado, en la suya.

Cuando esto suceda, el agente material no quedará ó se tornará irresponsable; pero habrá un agente moral, que se habrá elevado á la calidad de autor. Tal le considera la ley, y el entendimiento se satisface con sus declaraciones y las llama justicia. Quien induce mandando, es autor del delito.

El pacto, y bajo de esta categoría, la promesa, la seducción, la esperanza. Nuevo género de participación, que no es menos fácil y sencillo de comprender; nueva inducción no menos criminosa. Un interesado en cualquier crimen ajusta su realización con otro, más dispuesto que él para perpetrarlo: otro ofrece, si no contrata; hace

esperar, si no promete en términos expresos. Un precio material ó moral se ha presentado para impeler á la comisión del delito: es Mefistófeles al lado de Fausto, es Satanás que arrebató á Jesús á lo alto del monte, y le ofrece los reinos de la tierra en pago de su idolatría. También la conciencia humana aprueba á la ley, cuando ésta declara á ese seductor, á ese comprador de crímenes, autor verdadero de los que busca y satisface.

Aquí no se exime de responsabilidad el pagado ni el seducido: hay, lejos de eso, para tales agentes una circunstancia agravante (número 3.º del art. 10); mas en la sima en que ellos han caído, cae también el que los paga ó el que los seduce. Todos son igualmente autores.

La última forma de participación moral es la del **consejo**. Debemos reconocer que éste por lo común no llega hasta la inducción, y por consiguiente no produce de ordinario el efecto de este artículo. No puede encausarse como ladrón al que con una malicia diabólica dijo «roba» á los oídos de un miserable, ó «véngate» á los de un colérico. El mal consejo es sin duda una horrible acción, pero que escapa regularmente al poder de la justicia humana. Estremeceríase ésta ante lo inmenso, ante lo imposible, si la obligaran á dilatar tanto su acción y su poder.

Sin embargo, posible es en todo rigor que alguna vez el mero consejo determine el delito. Las circunstancias del tiempo, de la ocasión y de las personas, son decisivas en este punto; y el mismo que en otro caso rechazara preceptos -y desdeñara ofertas-, tal vez se habrá dejado impeler por un mero consejo, y lanzádose á su consecuencia por el camino que se le abre.

Mas cuenta que la ley exige un requisito, lo mismo para el consejo, que para el precepto, que para el pacto. **Toda inducción ha de haber sido hecha directamente.** Quizá no son éstas las más temibles; pero son las únicas que pueden caer bajo la condena legal. Una conminación como la del Código, no puede lanzarse á la ventura. Es menester asegurarse mucho, para dar por sentada esta concurrencia moral de que hablamos. La imperfección de nuestros medios de conocimiento nos obliga á ser cautos y prudentes. Quedarán á veces sin ser declarados autores de los delitos algunos á quienes convendría tal calificación; pero, de seguro, no se dará á ninguno que no la

merezca. Podrá incriminar la conciencia más que la ley; mas no acusará á la ley de injusta ni de cruel”

Por tanto, desde el punto de vista de la tradición hispana en materia de inducción:

- a) Su tratamiento en la opinión pública actual no es diferente al que tenía en la opinión ilustrada de la comunidad de habla hispana del siglo XIX: ayer y hoy se consideraban y se consideran semejantes en su gravedad. Esta consideración no es, por tanto, resultado propio del fenómeno legislativo ni dogmático que pudiese derivarse de lo que Silva Sánchez critica como “expansión del Derecho Penal”. Y ello, sin contar con que esta etiqueta viene bien si uno cree que el Derecho penal está exclusivamente destinado a sancionar hurtos, violaciones, lesiones y homicidios, “el derecho penal nuclear” del punto de vista *neoliberal*, que omite el dato histórico de que lo que llama expansión de fines del siglo XX es una mera actualización de las regulaciones –todavía más intrusivas si se quiere- de la reacción de los Estados occidentales a la Revolución Rusa y la Crisis de 1929;
- b) No es una “leyenda urbana” de hoy en día la equiparación en las penas dispuestas para autores e inductores: Desde hace un buen par de siglos en la cultura hispana se ha castigado al que ordena ejecutar el delito, encarga su ejecución por precio a otro, o lo aconseja hasta el punto de convencerlo a ejecutarlo;
- c) La conceptualización hispana de la inducción no es una abstracción, o al menos desde antiguo no se consideraba una abstracción, desde el momento que la orden, el acuerdo o el consejo son formas de conducta determinadas (en la medida que el lenguaje lo permite) y, además, las leyes de la época (y las actuales), ofrecen un mecanismo que permite reducir el ámbito de lo punible de tales conductas: la calificación de **inducir a otro *determinadamente***. Naturalmente, esto ofrece zonas grises, pero como dice el maestro madrileño, permite excluir las simples alabanzas al delito, los meros consejos, la apología del mismo o aún una aparente inducción a la población en general o a la comisión indeterminada de delitos.

2. La preocupante y placentera paz de la doctrina dominante.

Efectivamente, la *pax* dogmática es esta materia parece placentera y puede ser

preocupante.

Ello, sobre todo si se tiene únicamente en cuenta la doctrina alemana que, por lo que resume Rusconi, parece no haber avanzado, sino más bien retrocedido, frente a la doctrina decimonónica española, por su fijación en una idea ontológica en la distinción entre autores y partícipes, que desatiende a los presupuestos específicos de la responsabilidad individual en cada caso particularmente regulado por la ley.

Para ir adelantando lo que se dirá enseguida, el problema esencial en la formulación dogmática alemana actual es, a mi juicio, la incapacidad para reconocer lo que es evidente en el texto legal de todos los sistemas que castigan la inducción genérica: que si se descartan los casos de autoría mediata, la responsabilidad derivada de la inducción es responsabilidad por un hecho propio, independiente del que ejecuta el autor material, pero condicionada en su punibilidad precisamente a la ejecución de ese hecho ajeno.

Luego, la pregunta que uno debería hacerse es una relativa a las condiciones en que el derecho penal puede hacer a una persona responsable por el hecho propio de inducir a otro, antes que intentar atribuir causalmente un hecho ajeno a quien es un tercero a su respecto .

Para que no se levanten de sus sillas en este momento, permítanme hacer una comparación: si se atiende a la relación de la conducta del inductor con la del autor, parece más semejante a la del que auxilia al suicida con el suicida (en aquellos países donde este hecho es punible) que a la de quien planifica un hecho cuya ejecución material queda a cargo de otros, con quienes ha convenido repartirse las ganancias.

Así, mientras por regla general la tentativa de auxilio al suicidio no es punible y ni siquiera lo es el auxilio mientras el suicida no muera o no emplee los medios con que es auxiliado; tampoco lo es, por regla general, la inducción fracasada. En este caso, se requiere la existencia de una figura independiente, el parágrafo *Duchesne* en Alemania o la *proposición* en los sistemas hispanos.

Sólo al poner atención a estas dos figuras podemos dimensionar cuáles son los fundamentos del castigo de la inducción (la creación de un riesgo incontrolable para quien lo crea de que el tercero a quien se trata de inducir cometa un delito) y sus limitaciones, como la figura del *entrapment* o del *desistimiento activo*.

3. Preguntas.

Sobre lo expuesto hasta ahora, pasamos contestar las objeciones planteada por Rusconi en los siguientes acápite del trabajo expuesto:

4 y 5. La legitimidad del tipo penal de la instigación a la luz de la garantía constitucional de la libertad de expresión.

Tiene razón Rusconi cuando da a entender que no es posible configurar un delito de *mera* expresión sin poner en peligro, precisamente, la garantía de la libertad de expresión, como sería el caso de la inducción en el supuesto del “consejo” que lleva a otro a resolver la comisión de un delito determinado, pero también el del delito de cohecho cuando se configura como la solicitud de una dádiva o su oferta; el de amenazas; o el de injurias, en su formulación de expresiones proferidas en deshonra, menosprecio o descrédito de otro, así como sus versiones modernas de negación del holocausto, y los llamados delitos de discriminación.

En todos estos delitos puede verse que se trata de expresiones dirigidas a personas determinadas y que, por la manera en que tienen lugar y su contexto social, parecen constituir un peligro (e incluso un daño) para un bien jurídico constitucionalmente reconocido.

O sea, que en la medida que el delito inducido no haga *per se* imposible el ejercicio de un derecho constitucional determinado y proteja un interés reconocido constitucionalmente, la limitación que ello supone a la libertad de expresión parece compatible con la forma pluralista y democrática de vida.

Mal que mal, no sólo se expresa quien convence a otro a cometer un homicidio por emplear la voz, sino también lo hace el propio homicida, al ejecutarlo.

En consecuencia, hablar es en el sentido penal una acción cuando la ley describe el hecho punible como un *acto del habla*: el juez que solicita a la mujer que litiga ante él prevarica, aunque sólo haya empleado su aparato bucal para hablar.

6. La legitimidad de la punición del instigador desde la óptica de la imputación objetiva: el problema de la prohibición de regreso.

¿Impide la prohibición de regreso el castigo de la inducción?

Si uno creyese que debe considerar como legislación vigente una teoría, tendría los problemas de Hruschka, tal como los expone Rusconi: ¿Cuál sería el fundamento del castigo al inductor si su presupuesto es que el autor principal actúe como persona plenamente responsable?

Sin embargo, esta “prohibición de regreso” no es ley en ninguna parte y sólo es un constructo teórico útil para designar resultados que se buscan por anticipado antes que

cualquier otra cosa: ¿cómo opera en casos de complicidad, coautoría o autoría mediata? Nadie lo sabe. Pero la pregunta que dirige Rusconi a Hruschka respecto de la inducción es la misma: ¿por qué se castiga al que facilita el arma con que se comete el delito si el que lo comete es plenamente responsable de ejecutarlo con ese medio y no con otro?

¿O con qué mérito una frase hecha puede torcer la voluntad del legislador en los sistemas democráticos? En todos los que yo conozco la garantía que existe es la de la legalidad y si acaso una proporcionalidad débil, pero no una proporcionalidad fuerte con base en distinciones más o menos ontológicas, ajenas a la normatividad vigente.

7. La llamada homogeneidad: la congruencia entre la acción del inductor y la ejecución del autor.

Aquí me parece que lleva razón Rusconi al no encontrar en esta supuesta congruencia más que un resultado casual, si se supone que el inducido es plenamente responsable.

Pero lo mismo sucede en el caso del auxilio al suicidio.

Y quizás por ello, en ambos casos, rige la misma regla: no se castiga la tentativa, a menos que exista una disposición especial.

Esta es la explicación de la punibilidad condicionada y las lagunas que genera la inexistencia de reglas amplias de proposición punible.

No se trata aquí de proponer la construcción de delitos de sospecha, sino de que, estructuralmente, la inducción fracasada sólo es punible en la forma de proposición para cometer un delito determinado, dado que el resultado de la misma depende de la voluntad de otro.

8. La expansión del concepto de autor y la inducción no pueden convivir.

Aquí también tiene razón Rusconi: la ampliación del concepto de autor y de autoría mediata sólo puede restar espacio a la vieja inducción en sentido amplio. Y aunque quizás sea cierto aquello de que la autoría mediata no es más que una forma “moderna” de llamar a la inducción de incapaces o grupos indeterminados de personas bajo el propio mando o control, lo cierto es que este constructo limita los casos tradicionales de inducción. Pero este no es un problema del concepto de inducción, sino de la propia dogmática de la autoría mediata y su potencialidad “expansiva”.

9. Los problemas que acarrea la figura del *omnimodo facturus*. ¿Hay certeza de que antes de la intervención del instigador *no había nada* de la decisión del autor? El aporte de la idea del *comportamiento alternativo conforme al derecho*.

Aquí Rusconi con razón vuelve a criticar las debilidades de la imputación causal en la

inducción. Pero, como se ha dicho, estas debilidades dependen de aceptar que esa relación causal entre inducción y ejecución material del delito existen. Y ello nos lleva a un *oxímoron*, si al mismo tiempo se afirma que el autor material es plena e independientemente responsable (“prohibición de regreso”, etc.). Por eso es que acertadamente Rusconi sostiene que el problema no se resuelve recurriendo a técnicas referidas al aumento del riesgo o una imputación con base a la idea de comportamiento alternativo conforme al derecho.

Si se me permite en este lugar, me parece que aquí queda de manifiesto también el problema del *agente provocador* o defensa de *entrapment*.

La cuestión se presenta como el anverso de la teoría de la inducción y quizás debiera dársele una vuelta más, pues puede que lo que haya aquí detrás sea la vieja excusa del error, por el engaño que sufre: no es que carezca de voluntad ni sea irresponsable absolutamente, sino que su voluntad está viciada por el engaño, como diría un viejo civilista. Como el engaño proviene del propio Estado, se estima suficientemente grave como para eximir la pena. Visto así, podrían haber limitaciones importantes a la defensa: por ejemplo ¿se aplicará a delitos violentos? ¿Es una decisión “normativa” limitar la defensa según los casos? Recuérdese que en buena parte del sistema anglosajón la defensa de la *necesidad* no aplica, por ejemplo, a los homicidios.

Y, como se ve, en nada de esto tiene que ver, como acertadamente afirma Rusconi, la causalidad. Pero, por lo mismo, tampoco juega un rol preponderante el *in dubio pro reo*, más allá del margen probatorio.

10 y 15. El tipo de la inducción y su efectividad motivadora: ¿qué no debe hacer el instigador? ¿imposibilidad de los estereotipos en materia de instigación?

Como ya dijimos, la larga historia de la inducción en las legislaciones no hace plausible la tesis de Rusconi de que ésta se encuentre en “la más absoluta indefinición fáctica” que haga “realmente difícil que pueda cumplir con función motivadora alguna”.

Si quiere construirse interpretativa una norma de conducta, bien puede decirse lo que no debe hacerse:

- a) El que tiene la potestad de ordenar a otros a hacer su voluntad, no debe ordenar la ejecución de un delito;
- b) El que tiene el capital para pagar a otro por hacer algo que no desea hacer personalmente, no debe pagarle para que cometa un delito;
- c) El que tiene la capacidad de influir en otro, no debe aconsejarle directamente la ejecución de un delito.

Que no es fácil discernir en todos los casos cuándo un consejo puede considerarse que

tiende directamente a la comisión de un delito, es un hecho tan cierto como que no es fácil discernir en ciertos casos cuándo una expresión determinada es injuriosa o no.

Pero ello no significa que no se puedan excluir los consejos generales (“el delito paga”, “sólo los giles trabajan”, etc.) ni los dirigidos a personas indeterminadas: “Todo el que sufra la tiranía tiene derecho a matar al tirano”, etc.).

O sea, sí existe la posibilidad de establecer “un conjunto de acciones que pueden ser consideradas a priori como propias de *inducir*”.

11. Instigación y precisión de la imputación procesal.

Según Rusconi, la “falta de precisión en la construcción dogmática del concepto es inevitablemente trasladada al proceso penal”. Ello es cierto, si nos quedamos en la etiqueta “inducir”. Pero es falso, si se imputa el hecho de que el día tanto a tal hora fulanito ordenó, pagó una cantidad o aconsejó a Zutano con tales o cuales palabras para que ejecutar el delito de dar muerte a Mengano en tales y cuales circunstancias.

El problema no es distinto con el homicidio: si se imputa a una persona haber matado a otro, poco se dirá como imputación respecto de la que esa persona se pueda defender. Para que la imputación del hecho sea procesalmente válida se debe precisar lo ocurrido en la realidad, no mencionar el tipo penal.

Claro que si exige para la inducción ese “nexo causal”, vamos a tener problemas. Pero el punto es que ello no es exigido. La responsabilidad no se funda en esa causalidad inexistente, sino en la conducta propia, de crear una situación de riesgo al ordenar, pagar o aconsejar a un tercero la comisión de un delito.

12, 13 y 14. ¿Creación del dolo por el instigador antes de la ideación del autor? ¿Es admisible pensar que el dolo del autor es una creación de un tercero? ¿De quién depende que surja el dolo?: del estímulo del tercero al desarrollo que manifiesta ese estímulo en los diversos sujetos receptores.

Aquí de nuevo Rusconi se enfrenta a la tesis germana y con razón: “Si hay una afirmación que genera un consenso enorme es justamente la idea de que el inductor lo que en verdad realiza, y por ello es punible, es crear el dolo en cabeza del autor”.

Pero esa tesis “no puede ser sostenida seriamente” no sólo por razones causales, sino porque al inductor no se le castiga por eso, sino por pretender mediante una orden, pago o consejo, que otro decida y después ejecute un delito determinado.

Sin embargo, como ese resultado es tan *eventual* como la muerte del suicida a quien se le facilita un veneno al efecto, el legislador decimonónico no sólo lo puso como condición objetiva de punibilidad, sino que, además, exigió que el delito se cometiera efectivamente para castigar al inductor.

16. Cantidad de pena del instigador y principio de proporcionalidad.

Me parece acertada la discusión político criminal acerca de por qué la inducción tiene la misma pena que la autoría. Ello parece ser reflejo de un tiempo no muy lejano en que las penas eran corporales e indivisibles en su mayor parte (muerte, trabajos a perpetuidad y suplicios varios).

Pero en tiempos de penas a la vez corporales y temporales parece no tener sentido esa equiparación legal, según Rusconi.

Si entendemos la inducción en la forma que aquí se ha planteado, tampoco parecería tener mayor sentido la equiparación, a menos que con ella se quisiera plantear una proporcionalidad respecto de los diferentes delitos inducidos. Pero bien podría pensarse al inductor como al cómplice en algunos sistemas: con un grado menos.

Sin embargo, por una parte, nada parece obligar al legislador a tomar una decisión de esta naturaleza. Y, por otra, no parece que quien abusa de su posición de autoridad o emplea dinero o engaños para “no mancharse las manos” se encuentre en mejor posición que el mandado, contratado o convencido.

17. ¿Un tipo subjetivo también indeterminado?

La crítica aquí también es correcta, porque la doctrina alemana enfoca erróneamente el problema. El aspecto subjetivo del que ordena, paga o aconseja directamente la comisión de un delito se comprende del conocimiento de lo que hace y, si se quiere limitar la imputación, de un elemento subjetivo similar a los delitos de “resultado cortado”: el motivo o deseo de que el inducido ejecute el acto ordenado, pagado o aconsejado.

Pero no hay nada como un doble dolo pues, como bien señala Rusconi, es imposible que el instigador tenga el dolo del autor, dado que después de la orden, pago o consejo, sólo dependen del inducido la ejecución del acto que se trate. Bien dice el autor comentado que “habrá que volver a recordar que, deseo, no es, todavía, dolo”.

Sin embargo, hay que decir, de nuevo, que el problema de la crítica, bien hecha, no es de

la inducción como figura punible, sino de la forma cómo la dogmática alemana la procesa.

18. Conclusión.

Tiene razón Rusconi: la necesidad e incluso, la legitimidad, de la inducción como forma de participación punible, no es obvia.

Pero quizás ello se deba más a la errónea conceptualización que de la inducción ha hecho la dogmática alemana, antes que a dicha categoría general de imputación, cuya tradición hispana se remonta a Las Partidas, y precisamente, como propone Rusconi, para distinguirla de la simple expresión de pensamientos (Part. 7, XXXI, 2):

“Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para complirlo por fecho: et después deso asman que si lo cumpliesen, que farien mal, er repiéntense. Et por ende decimos que qualquier home que se repitiense del mal pensamiento ante que comenzase á obrar por él, que non merece por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes. Mas si después que lo hobiesen pensado, se trabajasen de lo cumplir, comenzándolo á meter en obra, maguer non lo cumpliesen del todo, entonce serien en culpa et merescerien pena de escarmiento segunt el yerro que ficiesen, porque erraron en aqueullo que era en su poder de se guardar de lo facer si quisiesen. Et esto serie comosi algunt home hobiese pensado de facer alguna traycion contra la persona del rey, et después comenzase en alguna manera á meterlo en obra, así como fablando con otros para meterlos en áquella traycion que había pensado, ó haciendo jura ó escripto con ellos comenzándolo á meter en obra, ó en otra manera alguna semejante destas, maguer non viniese al fecho acabadamente [la nota al pie de la edición de la Real Academia de la Historia que aquí se cita (Madrid, 1807), dice aquí: “porque por quanto él pudo facer non se pudo cumplir el yerro].”