



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

TENTATIVA DE INDUCCIÓN IMPOSIBLE

Alumna: Juana Sánchez López

Enero, 2019

RESUMEN:

El presente trabajo de fin de grado estudia la “*accesoriedad*” dentro de los sistemas duales y la inducción como figura participativa, especialmente desde las nuevas circunstancias imperantes en la doctrina de la autoría y la participación, así como de los supuestos de imputación objetiva. Este estudio, a parte de la contingencia de la *imputación objetiva*, se basa en la equiparación de la inducción con otras formas de intervención, como la cooperación necesaria y la complicidad psicológica.

Por último, se analizará la figura del “*omnímodo facturus*” haciendo especial referencia a los supuestos de renovación del dolo del autor.

En conclusión, el presente trabajo trata de investigar las controversias de la accesoriedad dentro del sistema diferenciador, de la figura de la inducción, a través de las nuevas corrientes, como producto de conseguir una unificación de la inducción con las demás categorías generales de la teoría jurídica del delito y por último, la problemática del omnímodo facturus.

Al final del trabajo expondré una amplia recopilación de conclusiones.

PALABRAS CLAVE:

Accesoriedad, sistema dual, tentativa, inducción, autoría, participación, complicidad psicológica, omnímodo facturus, renovación y dolo.

ABSTRACT:

The present end-of-degree project studies “*accessoriness*” within dual systems and induction as a participatory figure, especially from the new prevailing circumstances in the doctrine of authorship and participation, as well as the assumptions of *objective imputation*. This study, apart from the contingency of objective imputation, is based on the equalization of induction with other forms of intervention, such as the necessary cooperation and psychological complicity.

Finally, the figure of the “*omnímodo facturus*” is analyzed, making special reference to the assumptions of renewal of the author's intent.

In conclusion, the present work tries to investigate the controversies of the accessoriety in the differentiating system, of the figure of the induction, through the new currents, as a result of achieving a unification of the induction with the other general categories of the theory of the crime and finally, the problem of the *omnímodo facturus*.

At the end of the work, I will expose a wide compilation of conclusions.

KEYWORDS:

Accessibility, dual system, attempt, induction, authorship, participation, psychological complicity, *omnímodo facturus*, renovation and fraud.

ABREVIATURAS:

Art/arts.	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
DP	Derecho Penal
Ej.	Ejemplo
FJ/ F.JJ.	Fundamento Jurídico/Fundamentos Jurídicos
Núm/núms.	Número/números
Pág/págs.	Página/páginas
PG	Parte General
RDP	Revista de Derecho Penal
ST	Sentencia
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE	1
ABREVIATURAS	3
INDICE.....	4
1. INTRODUCCIÓN:.....	6
2. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN	8
2.1 Principio de accesoriadad	8
2.2 La accesoriadad dentro del sistema dual	11
2.2.1 Dos vertientes del significado de autor	11
- Vertiente extensiva	12
- Vertiente restrictiva	13
2.2.2 Teorías que fundamentan la punición del partícipe.....	14
- Teoría de la participación en la culpabilidad	14
- Teoría de la causación	15
- Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito	15
2.2.3 Niveles de accesoriadad.....	16
- Accesoriadad mínima	17
- Accesoriadad limitada	17
- Accesoriadad máxima.....	18
- Híper-Accesoriadad	18
2.3 Problemas de la accesoriadad desde el punto de vista subjetivo ¿participación punible en hechos imprudentes?	19
3. LA TENTATIVA DE INDUCCIÓN	22
3.1 Supuestos de tentativa de inducción:.....	22
3.1.1 Sin resultado primero o intermedio	24
- Inducción fracasada	24
- Inducción imposible	24
- Por inexistencia del objeto.....	25
3.1.2 Con resultado primero o intermedio	25
- Sin resultado segundo o de la participación	26

- Con resultado segundo o de la participación	26
o Inexistencia del nexo causal	26
o Incongruencias	27
4. LA FIGURA DEL “OMNÍMODO FACTURUS”	28
4.1 Concepto	28
4.2 Propensión al delito y omnímodo facturus	30
4.3 Renovación del dolo del autor:	32
- Cambios fenomenológicos	32
- Cambios normativos	33
o Inducción a otro hecho	34
o Sobre-inducción	35
o Infra-inducción	37
4.4 Coexistencia de la conducta “inductiva” y el hecho “inducido”	38
4.5 ¿Es el omnímodo facturus un cómplice psíquico?	39
4.6 ¿Es posible una inducción por omisión?	41
5. CONCLUSIONES	43
6. BIBLIOGRAFÍA	47
7. JURISPRUDENCIA CONSULTADA	49

1. INTRODUCCIÓN:

La materia de la autoría y la participación es sin duda uno de los temas más controvertidos dentro de la doctrina penal. Numerosos autores, principios y teorías han querido dar respuesta a esta problemática.

Como es conocido, el centro mas debatido y notorio es la concurrencia de personas en la realización de un delito, siendo imprescindible medir la importancia del aporte de cada uno de los intervinientes.

La dogmática penal frente a este problema ha propuesto dos sistemas a los que ha definido como *unitario* y *dual*, nosotros vamos a estudiar el sistema dual o diferenciador, el cual es el sistema predominante y se basa en la necesidad dogmática de distinguir entre autor y partícipe.

Centraremos este estudio en el análisis de la accesoriedad de la participación dentro del sistema dual, viendo las diferentes vertientes y teorías sobre la punibilidad del partícipe, así como los distintos niveles de accesoriedad, siendo predominante la accesoriedad limitada y la problemática de la misma desde el punto de vista subjetivo ¿es posible la participación punible en hechos imprudentes?

Además detallaremos los distintos supuestos de tentativa de inducción, reconociendo la presencia de un “*Iter Criminis*”¹ de la participación tomando como modelo de referencia la accesoriedad limitada.

También veremos la problemática de la figura del “*omnímodo facturus*”, es decir, cuando el intento de incitación se lleva a cabo sobre un sujeto ya resuelto firmemente a cometer el delito, tratándose de una tentativa de inducción imposible debido a que no existe un resultado primero o intermedio propio del partícipe.

Ahora bien, si el inductor logra que el inducido reafirme una tendencia existente o bien le haga superar las dudas acerca de la comisión del delito, produciéndose los diferentes cambios fenomenológicos, estos casos, para poder eliminar la responsabilidad del

¹ Iter criminis es una locución latina, que significa «camino del delito», utilizada en Derecho penal para referirse al proceso de desarrollo del delito, es decir, las diferentes etapas que transcurren desde la ideación de la conducta delictiva hasta que finalmente se realiza su consumación.

inductor ¿sería posible acudir a la vía de la tentativa de inducción o de la complicidad psicológica?

Otras cuestiones que se debatirán acerca de la figura del omnímodo facturus son: si debe existir congruencia entre la acción del inductor y la ejecución del autor, por otro lado, la incógnita de si debemos de considerar al omnímodo facturus como un cómplice psíquico y si es posible una inducción por omisión, entre otras.

Por lo tanto, los tres grandes objetivos de este trabajo serán:

- Analizar la accesoriedad dentro del sistema dual, resaltando la preferencia de la accesoriedad limitada en nuestro ordenamiento jurídico.
- Profundizar sobre los distintos supuestos de tentativa de inducción dependiendo de si existe resultado primero o intermedio o no, a través de diferentes ejemplos.
- Y por último, estudiar la figura del omnímodo facturus, principalmente indagando en las renovaciones del dolo del autor.

La metodología empleada para la consecución de estos objetivos se basa principalmente en la búsqueda bibliográfica tanto de manuales de derecho penal parte general, así como de revistas jurídicas. Además de realizar una amplia selección y análisis de jurisprudencia para poder proporcionar una visión detallada de la materia debatida.

En lo que respecta a la estructura del trabajo, se encuentra dividido en tres bloques:

- Un primer bloque, destinado al estudio de la accesoriedad de la participación, a través del principio de accesoriedad, y analizaremos la accesoriedad dentro del sistema dual o diferenciador desde las diferentes vertientes y teorías que fundamentan la punición del partícipe, así como los distintos niveles de accesoriedad, destacando entre ellos la preferencia de nuestro ordenamiento jurídico por la accesoriedad limitada, además detallaremos los problemas que plantea la accesoriedad en el plano subjetivo.
- El segundo bloque, se centra en el análisis de la problemática del “iter criminis” de la participación a través de los distintos supuestos de tentativa de inducción que serán ordenados dependiendo de si existe o no resultado primero o intermedio, en el caso de que no exista ese resultado primero, indagaremos en distintos ejemplos como la inducción fracasada, el delito imposible y el resto de

casos que pueden originarse por la inviabilidad debido a la inexistencia del objeto del delito.

También detallaremos si existe o no resultado segundo, en caso de respuesta afirmativa, lo integraran aquellos supuestos donde no existe un vínculo entre la resolución originada y la conducta que se ha llevado a cabo, y esto se debe bien por una falta de conexión causal o bien por incongruencias en el desarrollo del plan inducido.

- El último bloque, examinaremos la figura del “omnímodo facturus”, centrándonos en la problemática de la misma, además detallaremos las distintas renovaciones del dolo del autor, lo que provoca los diferentes cambios fenomenológicos, (inducción a otro hecho, infra-inducción y sobre-inducción).

Finalmente, para terminar se realizarán varias conclusiones sobre las cuestiones planteadas en el presente trabajo.

2. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN

2.1 PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD:

En derecho penal la participación consiste en la cooperación dolosa en un delito doloso ajeno. De este concepto podemos observar, la necesidad de que exista como presupuesto esencial un hecho ajeno al cual contribuye el partícipe.

El partícipe debe conocer y querer su participación en la realización de un hecho típico y antijurídico del autor, dependiendo del tipo de accesoriidad que mantenga.

La participación sólo es punible si existe dolo, esto no quiere decir que una participación imprudente en un hecho delictivo, doloso o imprudente, ajeno, no pueda ser constitutiva de autoría de un delito imprudente. Y esto se debe, a que en los delitos imprudentes la autoría se fundamenta tanto por la infracción del deber de cuidado, como por el dominio objetivo de la acción imprudente que se realiza, si concurren ambos requisitos si existiría autoría sino no, ya que al faltar alguno de ellos no se puede fundamentar la autoría del resultado que se produzca.

Este presupuesto nos lleva al principio de accesoriedad de la participación, en pocas palabras este principio viene a decir que “la participación del partícipe es accesorio respecto del hecho del autor principal”.

En conclusión, la accesoriedad de la participación es entendida como una “relación de dependencia”, entre una conducta básica realizada por él la del autor principal y otras conductas secundarias que acceden a la principal.

Podemos afirmar que existe una relación de dependencia entre el régimen jurídico de la participación en relación a la conducta del autor principal.

Por lo que la participación debe ser considerada como un comportamiento adherido al del autor, es decir, la conducta del partícipe es accesorio respecto a la del autor. Algunos autores como Antón Oneca y Rodríguez Muñoz afirman que: “La participación consiste en tomar parte en el hecho ajeno cuya ejecución es obra del autor principal, este nexo de dependencia del partícipe respecto al autor principal permite afirmar la naturaleza accesorio de la participación”

Todo ello implica la falta de autonomía² de la participación, ya que es dependiente del delito en el que ha tomado parte, de esta falta de autonomía se admite la condición de accesoriedad de la participación.

La esencia accesorio de la participación está asociada al autor Birkmeyer, que la definió como: “la punibilidad de la participación no es posible de forma autónoma, sólo podrá serlo a partir del comportamiento delictivo del autor principal”, además señala que “dónde no hay autoría no hay tampoco una participación punible”, lo que justifica su naturaleza accesorio. Según Birkmeyer basta con la existencia de un hecho típico y antijurídico por parte del autor, no la punibilidad de este. Además entendía que la participación se debería entenderse cometida en el momento de la acción principal.

² Debemos de distinguir entre la tentativa de participación y la tentativa de ejecución, pues en la primera la intervención no es ejecutiva mientras que en la segunda sí. Asimismo afirmamos que la inducción, la complicidad y la cooperación necesaria con tipos subordinados, ya que no tienen dependencia propia sino que se hayan vinculados a un delito concreto. Por lo tanto, estas figuras penales de la participación se caracterizan por esa “falta de autonomía” impidiendo esta que se pueda atribuir la teoría de la tentativa o de la participación.

Para Birkmeyer el delito se cometía en el lugar y momento de la realización del hecho por el autor. Igualmente, el momento inicial de la prescripción venía dado por el hecho principal.

La tesis sostenida por Birkmeyer, se caracteriza por la extensión y amplitud con que concebía el principio de accesoriedad, este hecho ha tenido gran influencia en la evolución posterior.

Aunque actualmente ha sido modificada, y ha recibido críticas aún se acude a la tesis de Birkmeyer para fundamentar la accesoriedad. Algunos ejemplos representativos de estas modificaciones:

Stein considera que existe unanimidad en que también el partícipe tiene que responder sólo por su propio injusto, y no en que la participación reciba su contenido de injusto del hecho principal.

Otros autores como Peñaranda Ramos admite que: “dejar sin castigo la participación en todos los casos en los que el autor no pudiera ser penalmente sancionado supondría exagerar el sentido auténtico de la accesoriedad de la participación”.

Jescheck opina que la inducción y la complicidad se cometen en el lugar en que el inductor induce al autor, o el cómplice le ayuda; pero al mismo tiempo, en aquel lugar en que se ha cometido el hecho principal, para lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el lugar de comisión del hecho principal, lugar de la acción u omisión, de producción del resultado o de la pretendida producción del resultado. De igual opinión es Mir Puig³, puesto que evita lagunas que conduzcan a impunidades absurdas.

Para Jakobs el lugar del hecho es, en la autoría, el lugar de la acción (o sea, la acción de ejecución y de la tentativa), así como el lugar donde se produce el resultado típico; en la participación, el lugar de la acción del partícipe, así como el lugar del hecho principal.

Se quiebra, de esta forma, la accesoriedad en la determinación del lugar, ya que se considera que el acto del partícipe tiene lugar tanto donde se haya ejecutado el delito, como en otro en que este haya actuado o en caso de omisión, habría tenido que actuar, o en el que de acuerdo con su representación, debería cometerse el hecho.

³ MIR PUIG, 2008, pp. 398 y ss.

2.2 LA ACCESORIEDAD DENTRO DEL SISTEMA DUAL:

En el sistema dual⁴ también denominado “sistema diferenciador” la teoría de la autoría y la participación reconoce la obligación doctrinal de distinguir entre autor y partícipe. Este sistema predomina frente al denominado sistema unitario también conocido como “concepto unificado de autor”, que como su propio nombre indica, los defensores de la llamada teoría unitaria de autor afirman que: “toda contribución causal al hecho convierte al sujeto en autor, con independencia de la importancia de la misma, este sistema rechaza la distinción entre autor y partícipe y niega la existencia de cualquier tipo de relación de accesoriadad entre las diversas contribuciones al hecho delictivo”.

La doctrina penal española se ha inclinado por el sistema dual denominado también como el “sistema diferenciador” de injustos entre autoría y participación, diferenciándose así entre una tentativa de participación de una tentativa de autoría, debido a que la conducta ilícita del partícipe es cualitativamente distinta a la del autor material, ya que vulneran normas distintas.

Los sistemas duales establecen una desigualdad cualitativa frente a los sistemas unitarios que mantienen un injusto cualitativamente idéntico, es decir, los sistemas unitarios no realizan una distinción cualitativa entre los intervinientes⁵ del delito sino que establecen una distinción cuantitativa.

A pesar de las distinciones establecidas para no confundir los injustos, es posible que tanto la autoría como la participación puedan establecer su correspondiente Iter Criminis, siendo este individual y propio para cada tipo de injusto.

2.2.1 DOS VERTIENTES DEL SIGNIFICADO DE AUTOR:

- Vertiente extensiva del significado de autor:

Todo aquel que interviene en un hecho es en principio autor. La inducción y la complicidad son supuestos de restricción de la punibilidad.

⁴ El sistema de intervención dual o sistema de diferenciación son los dos sistemas de intervención delictiva vigentes en el Derecho Penal.

⁵ “Intervención delictiva” incluye tanto la intervención primaria (formas de autoría) como la intervención secundaria (formas de participación), la participación aquí es una subcategoría de la intervención.

Afines a esta vertiente, Díaz y García Conlledo hacen referencia a las diversas cláusulas que existen en la legislación distinguiendo entre la figura del autor y del partícipe en el Derecho Positivo, viéndose obligada la doctrina a buscar criterios para basar su distinción⁶.

Por otro lado, Quintero Olivares explica que al no poder escoger al partícipe a través de criterios objetivos es necesario acudir a los criterios subjetivos, de tal forma que lo relevante es el sentimiento de ser autor del hecho, de tenerlo como propio y no cómo colaboración en el hecho de otro⁷.

Las normas sobre participación respecto a una visión extensiva de autor tienen una doble función: por un lado, permitir la punibilidad de un injusto que de otro modo sería impune a través de su tipificación y en segundo lugar, se debe de tener en consideración el diferente merecimiento de la pena, a través de un marco penal diferenciado.

Según esta vertiente, es autor todo aquel que interviene en la producción de un hecho típico, existiendo diversas formas de intervención, dónde determinadas acciones escapan del ámbito de la autoría para entrar en el de la participación.

Las teorías subjetivas afirman que si autoría y participación no pueden distinguirse objetivamente, el criterio de la distinción únicamente podrá ser subjetivo.

Lo esencial para distinguir autoría y participación según las teorías subjetivas son:

- El “animus” del sujeto: querer el hecho como propio o como ajeno “animus auctoris y animus socii”, por lo tanto, la diferencia sería el interés interno de los intervinientes.

Son partidarios de tener un concepto extensivo de autor: Zimmer, Mezger y Von Buri.

- **Vertiente restrictiva del significado de autor:**

Sólo el que realiza la acción típica especificada en el tipo penal es autor, existiendo diferencias objetivas entre la conducta del autor y del partícipe, conllevando todo ello a una extensión de la punibilidad a quienes intervienen.

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 254.

⁷ QUINTERO OLIVARES, 1996, p. 475.

El fundamento principal dogmático de un concepto restrictivo de autor es la “accesoriedad”. Existen diversas visiones restrictivas de autor:

- **Teoría objetiva formal:**

Es la teoría dominante en España y se caracteriza porque el autor es el sujeto que efectúa de forma total o parcial la acción típica descrita en los tipos de la parte especial; mientras que la contribución del partícipe es causal, pero se encuentra dentro del tipo. Esta visión es criticada por no dar respuesta a los casos de autoría mediata y de coautoría, donde el coautor no realiza el hecho típico⁸.

- **Teoría objetiva material:**

La fundamentación de esta visión se basa en la diferencia entre la acción del autor y del partícipe, esa diferencia se basa en la mayor peligrosidad de la contribución de autor, es decir, según esta teoría es autor quién ejecuta el aporte más importante al injusto, sin dar importancia a la equivalencia⁹.

- **Teoría del dominio del hecho:**

Esta teoría está encabezada por Welzel y ampliada por Claus y Roxin en 1963, se trata de una teoría objetiva subjetiva “teoría mixta”; esta teoría parte de un concepto restrictivo de autor al indicar que no toda contribución causal puede establecer autoría, sólo la realización de una conducta típica.

Ya que, dicha realización de la conducta típica no es sólo la ejecución material y objetiva del hecho.

El hecho es la creación de una voluntad que conduce al delito, pero solo podrá ser autor la figura clave y primordial del delito, quien domina en todo momento el curso del mismo, es decir, el autor clave es aquel que tiene capacidad de poder y de dominio de la

⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 254.

⁹ GARCÍA CAVERO, 2014, pp. 561 y ss.

acción, además del dominio de la voluntad con relación al partícipe y el dominio también de la conducta funcional con relación a los coautores.

Debemos de tener en cuenta los diferentes criterios para poder aplicar el concepto del dominio del hecho, estos son los siguientes criterios: la voluntad del autor en el desarrollo y el resultado del hecho, la capacidad del autor para continuar o impedir el hecho, además de la subordinación de la voluntad del partícipe¹⁰ respecto a la voluntad del autor.

Aunque, no en todos los hechos delictivos se puede confirmar la autoría basándose en el criterio del dominio del hecho; por ejemplo; en los delitos de infracción del deber el autor ya queda obligado por tratarse de un tipo penal especial; ya que si el obligado especial en el tipo tuvo el dominio de crear el hecho, no es algo que tenga relevancia a efectos de confirmar la autoría del delito, sino la infracción del deber.

Los autores defensores de esta postura en el supuesto de Alemania: Claus, Roxin, Welzel y en el caso de España; Mir Puig¹¹ y Muñoz Conde entre otros.

Es posible añadir que la jurisprudencia da una visión más clara de la teoría del dominio del hecho con sus fundamentos, al contrario que ocurre con la teoría. La teoría objetivo formal ha sido dejada en Alemania, aunque en España¹² sigue siendo la teoría dominante.

2.2.2 TEORÍAS QUE FUNDAMENTAN LA PUNICIÓN DEL PARTÍCIPE:

Los sistemas duales parten de la diferencia doctrinal entre autor y partícipe, la punibilidad del partícipe ha sido fundamentada por las siguientes teorías:

A) Teoría de la participación en la culpabilidad: encabezada por Mayer, también conocida como “teoría de la corrupción”; lo primordial de esta teoría es la influencia ejercida por el partícipe sobre el autor, es decir, si logra o no corromperlo al autor, dando lugar a su culpabilidad. La pena se le impone al partícipe en base a esa corrupción y hacer del autor un delincuente.

¹⁰ MAURACH, 1962, p. 343.

¹¹ MIR PUIG, 1998, p. 361

¹² BACIGALUPO, 1997, pp. 400 y ss.

Esta teoría no es admitida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que nuestro ordenamiento se caracteriza porque la participación es accesoria y por lo tanto sólo es admisible la pena al partícipe en el supuesto de que el autor sea culpable, siendo complicado justificar la pena en casos en los que la instigación se realiza sobre un autor no culpable o también en los casos de complicidad.

B) Teoría de la causación: la participación se basa en la contribución causal del partícipe para la obtención del resultado, es decir, la aportación del partícipe al hecho delictivo se efectiviza por parte del autor, atenuándole la pena así al partícipe respecto al autor, pues este se encuentra a mayor distancia respecto del hecho que el autor.

Los seguidores de esta teoría castigan al partícipe por haber realizado su propio injusto y no por favorecer al autor en un hecho ajeno, por tanto hacen separación entre el injusto del hecho del autor principal del injusto del partícipe.

C) Teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito: es considerada la teoría dominante, pues estima que el fundamento de la punibilidad de la participación se encuentra en la inducción o favorecimiento a una conducta típica y antijurídica por parte del partícipe, se realiza a través de la provocación del dolo en la figura del autor, conforme a lo dispuesto en esta teoría, el bien jurídico afectado por la participación es el mismo bien jurídico afectado por la conducta principal.

2.2.3 NIVELES DE ACCESORIEDAD:

La accesoriidad de la participación implica contribuir en un hecho ajeno, creándose la dependencia del hecho del partícipe en relación al hecho principal del autor.

En virtud de los arts. 300 y 453 CP podemos llegar a la conclusión que: “para que alguien responda como partícipe, es necesario de la existencia de una conducta del autor principal” creándose una “dependencia” el partícipe “toma parte” en la conducta del autor.

La diferencia entre autor y partícipe, es que el autor tiene el control del hecho delictivo, mientras que el partícipe toma parte en el hecho delictivo del autor, es decir, el autor principal siempre tiene el control y el dominio del hecho.

Se suele decir que “no hay partícipe sin autor”, esto es correcto, ya que para ser partícipe es necesario que el autor haya dado comienzo a un hecho típico y antijurídico, sin embargo, no es precisa la culpabilidad ni la punibilidad del autor, ya que la dependencia no es absoluta, es por ello por lo que se singulariza la accesoriedad limitada, diferente de la accesoriedad máxima (aquí si se requiere además del hecho típico, antijurídico, la culpabilidad y la punibilidad) y la accesoriedad mínima (sólo se requiere la conducta del autor principal), por lo que es posible que el partícipe sí responda por su intervención y el autor no responda por su conducta porque puede que carezca de culpabilidad o bien no sea punible.

Por todo ello, para que exista la accesoriedad se necesita distintos niveles cuantitativos y cualitativos para justificar la pena del partícipe.

Serán niveles cuantitativos, los aludidos al grado de realización que debe alcanzar el hecho principal para que los partícipes sean susceptibles de sanción¹³.

De esta forma, el hecho principal debe ser ejecutado para que el partícipe sea sancionado, no siendo necesario que se logre la consumación; pues también es sancionada la participación del partícipe si el hecho principal alcanza al menos el grado de tentativa.

Siendo los niveles cualitativos los elementos del hecho que deben darse también en el hecho principal para que el hecho del partícipe sea sancionado.

Existen diferentes niveles acerca de los parámetros cualitativos recogidos por la doctrina penal y que sirven para justificar la sanción del partícipe:

- a) **Accesoriedad mínima:** para que se constituya la accesoriedad sólo hace falta que el hecho principal sea una conducta típica.

¹³ GARCÍA CAVERO, 2014, p. 585.

Este nivel de accesoriedad ha sido muy criticado, ya que siendo la tipicidad un indicio de antijuridicidad, fundamentando que para la existencia de accesoriedad basta con que el hecho del autor principal sea típico.

Esto da lugar a que se formen absurdos como el siguiente ejemplo; se sanciona a quien colabora a que otra ejecute una legítima defensa, castigándose al partícipe de un hecho que en verdad no es antijurídico, como es el caso de la legítima defensa.

b) Accesoriedad limitada: es necesario para que se origine que el hecho principal sea típico y además antijurídico.

Se pueden distinguir dos sentidos dentro de la accesoriedad limitada¹⁴:

- Accesoriedad cuantitativa: tiene que haberse iniciado un hecho, es decir, que al menos se haya dado comienzo a la tentativa.
- Accesoriedad cualitativa: el hecho debe ser típicamente antijurídico, sin precisar de la culpabilidad ni de la punibilidad del autor para responder como partícipe.

c) Accesoriedad máxima o extrema: este tipo de accesoriedad establece que el hecho principal tiene que ser además de típico y antijurídico, culpable.

Este nivel de accesoriedad es criticado; pues el partícipe en un hecho principal realizado por una persona que no es culpable, no podría ser sancionado originándose la impunidad tanto del no culpable, como del partícipe, para vencer esta controversia, los propulsores de la accesoriedad máxima recurrieron a la figura de la autoría mediata; pero este remedio falla en los supuestos de mera complicidad.

d) Hiper-Accesoriedad: este nivel exige que el hecho principal además de típico, antijurídico y culpable, deben presentarse todos los presupuestos materiales de la punibilidad.

Este nivel de accesoriedad también ha recibido críticas ya que si la llevamos a cabo se conseguiría dejar impune al partícipe en un hecho principal que a pesar de ser típico,

¹⁴ Véase la STS n. 539/2003, de 30 de abril, sobre la accesoriedad limitada, "la acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos que eventualmente faltaren".

antijurídico, y el autor culpable, hubiere contribuido una causa de exclusión de la punibilidad sólo respecto de éste¹⁵.

Para la dogmática penal española el tipo de nivel más apropiado es el de la accesoriedad limitada, ya que basta con que el hecho principal sea típico y antijurídico, no siendo obligatorio que el autor sea culpable, pues la culpabilidad, la recriminación de lo injusto es de naturaleza individual, esta es la postura que más se ajusta a nuestro ordenamiento penal.

En nuestro ordenamiento cabe la participación imprudente¹⁶, tanto si el autor obra con dolo como si no, a excepción de la complicidad no dolosa, que nunca se imputa. En cambio, para que haya participación dolosa se requiere siempre que el autor obre con dolo. ¿Qué sucede, entonces, si el partícipe obró con dolo en el hecho de un autor no doloso? Podría tratarse, en su caso, de un supuesto de autoría mediata; o bien se consideraría como participación en delito imprudente (que no participación imprudente), dependiendo del caso.

2.3 PROBLEMAS DE LA ACCESORIEDAD EN EL PLANO SUBJETIVO ¿PARTICIPACIÓN PUNIBLE EN HECHOS IMPRUDENTES?

La accesoriedad interna ha evolucionado en el Derecho comparado, existiendo notoriamente un vínculo entre el casualismo y la accesoriedad máxima y por otro lado, entre el finalismo y la accesoriedad limitada. Entretanto el dolo fue estimado como un elemento de la culpabilidad, siendo deductivo que rigiera la accesoriedad máxima.

Los abundantes obstáculos que se crearon con este sistema, fueron solucionados con el planteamiento de Welzel, quien trasladó el dolo a la tipicidad, eliminando de esta forma la necesidad de un autor culpable para poder castigar al partícipe. Así de esta forma, al tratarse el dolo de un elemento del ilícito, fue viable disminuir los requisitos de la accesoriedad.

¹⁵ GARCÍA CAVERO, 2014, p.70.

¹⁶ En lo que respecta a la pena, tanto el inductor como el cooperador necesario serán considerados, como establece el art. 28 del CP, autores del delito, mientras que al cómplice o cooperador no necesario se le impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito, según dispone el artículo 63 del CP. Respecto a la responsabilidad de los partícipes en delitos especiales, cfr. art. 65.3 y Delitos comunes y delitos especiales.

En el plano de los delitos de infracción del deber las pautas de la accesoriedad limitada soportan alteraciones de distinta índole casi hasta ausentarse por completo. Cabe destacar que al encontrarnos frente a supuestos en los que la infracción personal del deber era la esencia que determinaba la autoría, la dogmática predominante aceptaba la oportunidad de participar incluso cuando el hecho principal fuera imprudente (siempre y cuando existiera el determinado tipo penal). La pregunta que realizaremos ahora es la siguiente: ¿se puede ser partícipe de un hecho imprudente en el ámbito de los delitos de dominio?

La doctrina dominante argumenta de la siguiente forma sobre los delitos imprudentes: cuando varias personas comenten conjuntamente un delito a consecuencia de su imprudencia no es posible poder hacer una distinción entre autoría y participación, ya que en todos los intervinientes está ausentado de igual forma la previsión del resultado típico. Sin que se pueda hablar del dominio del hecho por ninguno de los intervinientes.

Ya que si la imputación es motivo de que el autor realizó una conducta vinculada al resultado que sobrepasa el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, en el momento que sean varias las personas que actúan en conjunto, aún intercediendo imprudencia de todos los que intervienen en el hecho, como no es evidente para ninguno de ellos como va a finalizar el suceso, se renuncia a fraccionar las formas de causaciones u omisiones imprudentes¹⁷.

De esta forma, los delitos imprudentes son usados como delitos de infracción del deber¹⁸, descartándose así el criterio del dominio del hecho y desistiéndose a ajustar el peso de la intervención de cada uno de los intervinientes.

La vulneración del deber de cuidado y el nexo causal con el resultado conducen directamente a la autoría del agente, no siendo posibles ni la participación ni la coautoría en un hecho principal imprudente.

¹⁷ Algunos autores, en contra entiende que “en el campo de la imprudencia existe un autor unitario sólo de forma atenuada, en el sentido de que, expresamente, no se diferencian las formas de participación de las personas sujetas a responsabilidad; sin embargo, las diferencias en el ámbito de la participación habrán de ser tenidas en cuenta en el marco de mediación de la pena.

¹⁸ En el marco de la imprudencia lo determinante para su graduación es sólo el grado de infracción del deber de cuidado, algo que se mide con criterios diversos a los que puede suministrar la teoría del dominio del hecho.

Asombrando con una vuelta inesperada, todo ello debido a su fuerte defensa de la accesoriedad limitada, Mir Puig deduce que el Código Penal español acepta la participación en los delitos imprudentes.

Por tanto, sería posible la participación imprudente en un hecho imprudente; por ejemplo, el copiloto de un automóvil induce al conductor a conducir a una velocidad superior a la permitida en la vía, produciéndose un accidente por dicha velocidad temeraria. Advierte Mir Puig que el entendimiento empleado de “participación imprudente” representa sólo que el partícipe (en el ejemplo el inductor) actúa imprudentemente respecto al resultado típico principal, pero no en referencia a su acción de participación, que en todo caso debe ser querida, no admitiéndose la participación por imprudencia.

Sin embargo, si se admite la participación dolosa en un hecho imprudente, es decir, en este caso el partícipe quiere el hecho principal y el autor no, lo cual no sería punible como tal ya que el CP sólo habilita el castigo de la participación dolosa, pero podríamos acudir a la autoría mediata en el supuesto de que la falta de dolo en el autor de deba al engaño o al aprovechamiento de un error de aquel¹⁹.

Ahora bien, si respondemos positivamente a la pregunta sobre la probabilidad de hacer distinción entre autoría y participación en los supuestos de actuar imprudente de diversas personas concurren en el mismo resultado, la inducción imprudente y la complicidad imprudente tendrían que quedar impunes puesto que la ley sólo castiga penalmente la participación dolosa.

El sistema unitario de autor es debatido por la doctrina moderna²⁰ en los supuestos de delitos imprudentes, razonando que si la punibilidad de un coautor no depende del dolo de otro, también la intervención dolosa en un hecho ajeno debería ser punible con independencia de si el autor ha actuado con dolo. La determinación contraria de la ley

¹⁹ Mir Puig, 2008, p. 426.

²⁰ Críticamente, frente a la decisión del legislador alemán de exigir un hecho principal doloso, algunos autores opinan que esta decisión legal debe ser respetada pero materialmente no puede convencer. Otros piensan que en la imprudencia consciente sería imaginable una clasificación que se correspondería con la del delito doloso, pues al menos los implicados se representan aquí la realización del tipo como posible consecuencia de su hacer. De cualquier modo, tal construcción no sería posible conforme la exigencia positiva [en el Derecho alemán] de un hecho principal doloso.

puede confundir, de manera similar al rechazo de la coautoría imprudente, el dolo respecto de la realización de un tipo determinado con la voluntad de actuar del autor que es suficiente para una subordinación y conduce sobre todo en los delitos especiales, en los cuales el “extraneus” no puede ser penado como autor, a lagunas de punibilidad injustificadas. Lo correcto sería exigir un hecho antijurídico y objetivamente típico para la participación.

En resumen, respecto a las reglas y la intervención imprudente en un delito doloso es considerada por la doctrina y por algunos códigos penales como el alemán, como una autoría imprudente. Por ejemplo, el propietario de una pistola la guarda de forma descuidada y otra persona la utiliza para cometer un delito, respondería por comisión imprudente del delito, por tratarse de una participación imprudente en un delito doloso.

En el supuesto contrario, el de una eventual intervención dolosa en un hecho imprudente, es solventado comúnmente como un caso de autoría mediata.

Esta solución según Jakobs es válida si el hombre de atrás es competente por la falta de conocimientos de quien lo ejecuta. En caso de no ser así, sería más aconsejable la solución a través de la participación.

Esta segunda postura el agente no doloso sería competente en parte por el hecho, siendo erróneo, atribuir toda la responsabilidad a título de autor al hombre de atrás.

3. LA TENTATIVA DE INDUCCIÓN

3.1 SUPUESTOS DE TENTATIVA DE INDUCCIÓN:

Las consecuencias de lo explicado anteriormente son las siguientes:

- Reconocimiento de la presencia de un “*Iter Criminis*” de la participación.
- La expansión del mismo dependerá de la organización del ilícito de la participación.

Tomando como modelo de referencia la accesoriedad limitada, admito que es el modelo predominante hasta el momento y también dispone del *iter criminis* más complejo y confuso. Algunos autores consideran más completo el modelo de accesoriedad formal,

ya que este establece una percepción más perfeccionada sobre las formas imperfectas de inducción. La figura del *omnímodo facturus* es habitual a estos dos modelos de accesoriedad.

La dificultad del iter criminis de la inducción se asienta en la existencia de dos resultados y del respectivo vínculo entre ellos. Este vínculo se presenta de dos formas distintas:

- 1) Si el resultado no estuviese consumado, con independencia del resultado que sea, existiría una tentativa:
 - Habrá una tentativa de inducción hasta que no se logre la resolución.
 - Al ser la responsabilidad del inductor accesorio a la conducta del autor principal, hasta que no se produzca la conducta principal no se podría afirmar que la inducción esté consumada.

Por tanto, la consumación dependerá del instante en que se produzca la conducta principal. En el caso de la accesoriedad limitada se consumaría, cuando el autor principal inicia la ejecución²¹ de la conducta y siempre cuando la misma pueda ser considerada como típica y antijurídica²².

Evidentemente, la consumación de uno de los resultados no conlleva de forma automática la consumación de la participación.

La ideación de la resolución del hecho no implica que dé lugar a la iniciación de la ejecución; ya que puede ocurrir que el inducido no la lleve a cabo. Consecuentemente el comienzo de la ejecución no conlleva siempre un resultado primero atribuible al inductor, ya que puede ocurrir que este no logre crear una resolución o bien que ya existiera la misma.

- 2) Asimismo, la concurrencia de los dos resultados no confirma que la inducción se encuentre consumada, ya que para que se pueda hablar de consumación debe de existir un vínculo causal y subjetivo entre el resultado primero y el segundo.

²¹ Solamente se necesita que se dé comienzo a la ejecución del hecho principal por parte del inducido para poder hacer responsable al inductor.

²² Autores a favor de la opción “limitada”, Vid. DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 326; DÍAZ Y GARCÍA DE COLLEDO, 1995, p. 4780. Véase también al respecto la STS 1160/1997 de 23 septiembre.

Puede ocurrir que tengamos un resultado primero que va proseguido de la iniciación de la ejecución y no pueda corroborar la existencia del vínculo entre ambos. Por ejemplo, A induce a B para que robe a C, B acepta, y en el último momento B decide cambiar de opinión y mata a C.

Por tanto, el Iter Criminis de la participación está compuesto por:

- Las formas imperfectas de consumación del resultado primero o intermedio vayan o no precedidas de un segundo resultado.
- Por la consecución de un resultado primero; el cual no va ligado a una conducta del autor principal, o bien, puede ir unido a la conducta del autor principal pero no se logra el segundo resultado y esto se debe a que la conducta del autor principal no logra el grado de tentativa o bien, puede que esta no sea típica o que esté sujeta a una causa de justificación.
- Por la deficiente vinculación entre los dos resultados²³.

De esta manera, se expresa que la existencia de una tentativa de inducción solamente revela información acerca de su carácter imperfecto pero no sobre la causa por la que existe una tentativa.

La tentativa de inducción se ordenará de la siguiente forma, dependiendo de la consumación de los resultados:

3.1.1 Tentativas de Inducción sin resultado primero o intermedio:

Ejemplos de este primer resultado serían los supuestos de inducción fracasada y los casos de inducción imposible:

- En el supuesto de la “*inducción fracasada*” se origina cuando el inductor ha realizado todo lo que era necesario para crear la resolución delictiva en el autor principal pero no ha tenido éxito²⁴, la mayoría de las veces en los supuestos de inducción fracasada, el fracaso es originado por el propio inducido, cuando este rechaza la inducción.

²³ Bien sea objetiva o bien porque se deba a una incongruencia en el ámbito subjetivo entre lo deseado por el inductor y lo realizado por el inducido.

²⁴ DEL ROSAL BLASCO, 1986, p. 139.

- En el caso de la “*inducción imposible*” diversas causas pueden originar su presencia:
 - Por la existencia de la figura del omnímodo facturus: hace referencia a aquellos casos en los que el inductor induce a un sujeto ya firmemente resuelto a cometer el delito, dicho delito es el mismo que le ha propuesto el inductor y en la misma forma de comisión.

Dilatando este apartado se admitirán en él también los casos en los que el inducido está resuelto a no cometer el delito al cual ha sido incitado²⁵.

- En estos dos supuestos la incitación es suficiente e idónea desde una perspectiva ex ante para crear la decisión pretendida. La inviabilidad tiene su origen en el objeto de la inducción, no obstante, esta inviabilidad se puede observar también en el comportamiento del inductor.

En definitiva, puede ocurrir que el objeto de la incitación sea idóneo, pero desde una perspectiva ex ante puede que este sea inapropiado para crear la resolución delictiva pretendida, bien porque no se establece una capacidad sugestiva²⁶ adecuada o bien porque se empleó una forma de transmisión que no era apropiada para que con la inducción se logre incitar al inducido.

- Por último, existirá una inviabilidad por *inexistencia del objeto del delito*, por ejemplo; cuando se incita a realizar una conducta criminal que no se puede llevar a cabo, sería el caso de matar a una persona que ya está muerta, o bien porque el medio empleado no es válido para ello, por ejemplo; A incita a B para que mata a C a través de un elemento inofensivo.

Existiendo similitudes con la inducción a un delito imposible, ya que podría alcanzar la consumación en su resultado intermedio. En estos casos se producirá siempre y cuando el inductor y el inducido desconozcan los motivos que impiden la efectividad de la ejecución del delito, por ejemplo; si no tuviesen constancia del fallecimiento del sujeto al cual pretenden matar. El hecho de que se desconozcan tales circunstancias si pueden

²⁵ Esta figura se trata de una variante de la inducción fracasada, en la medida en la que se produce un rechazo de la propuesta.

²⁶ Proviene del vocablo latino “*suggestus*” llegó al castellano como sugestivo, un adjetivo que se refiere a aquello que sugiere. El verbo sugerir, por su parte, se vincula a evocar, insinuar o apuntar.

dar lugar a la resolución delictiva, el motivo por el cual no se puede cometer el delito a posteriori estaría incluido en el otro supuesto de tentativas de inducción.

3.1.2 Tentativas de inducción con resultado primero o intermedio:

- **Sin resultado segundo o de la participación:**

- Abarca todos los casos dónde se han originado una resolución delictiva, pero no se ha dado iniciación aún a la comisión del delito por parte del autor principal, es decir, se produce la incitación, pero el inducido no la lleva a cabo todavía ya que no ha dado inicio a la ejecución de la misma, por ejemplo; A induce a B para lesionar a C, B acepta, pero aun no ha dado comienzo a la comisión del delito.
- Siguiendo el principio de la accesoriedad limitada la inducción sin resultado también lo integran los casos dónde se dan inicio a la comisión pero el resultado originado no es típico ni antijurídico, siendo este un supuesto de *inducción imperfecta*²⁷.

- **Con resultado segundo o de la participación**²⁸:

Lo integran aquellos casos donde no se establece una vinculación entre la resolución originada y la conducta que ha sido llevada a cabo, esto puede darse bien por una falta de conexión causal o bien por incongruencias en el desarrollo del plan por parte del inducido:

- *Por inexistencia de nexo causal*: estos casos son denominados como inducción sin efecto o ineficaz; el inductor con la incitación ha creado una resolución delictiva en el inducido. Pero el inducido cambia de opinión desistiendo de la

²⁷ Se puede producir de dos formas, bien porque puede que no se haya dado inicio a la ejecución, o bien que si se haya dado inicio a la ejecución, pero el autor realice el tipo de forma no dolosa, estos son supuestos de inducción defectuosa o imperfecta.

²⁸ En realidad, en sentido estricto, estaríamos ante supuestos de tentativa de inducción ya que aún no hay un resultado segundo que sea imputable al primero.

idea de la incitación y posteriormente actúa de forma distinta a la pactada, llevando a cabo otra resolución, pudiendo ser esta dilectiva o no.

Otra opción es que decida asumir la resolución pero ha transcurrido un periodo de tiempo en el cual el inductor desconoce si el inducido va a llevar a cabo el plan pactado o no.

Por ejemplo; A incita a B para que mate a C, días antes del día pactado para la comisión del hecho, B es intervenido de urgencias y finalmente es operado de la vista, B comunica a A el desistimiento del plan pactado. Finalmente, un año después de la operación B mata a C, sin que A tuviera conocimiento de que B había decidido reiniciar el plan pactado.

En definitiva, se trata de situaciones de la inducción donde no existe una conexión entre la resolución creada y la que ha sido ejecutada. Bien puede ocurrir porque el autor principal con posterioridad toma otra resolución, o bien, por que transcurra un lapso de tiempo bastante considerable y el inductor desconoce que el inducido pretenda continuar con el plan delictivo.

- Por *incongruencias*²⁹ en el desarrollo del plan por parte del inducido, esto se produce porque la conducta del autor principal es superior, inferior o distinta a la pactada con el inductor.

Existen tres tipos de incongruencias:

- Incongruencia cuantitativa por exceso (superior), se produce cuando excede de lo pactado, hay una inducción consumada en su resultado intermedio al delito más grave, por ejemplo, A le dice a B que realice un hurto y este finalmente realiza un robo.
- Incongruencia cuantitativa por defecto, es inferior a la pactada, se presume a favor del inductor que será sancionado como complicidad

²⁹ La *incongruencia* es aquello que se dice o hace y que carece de sentido o coherencia. También se refiere a lo que es contradictorio e ilógico.

psicológica o tentativa de inducción, como por ejemplo, A le dice a B que mate a C y este finalmente lo lesiona.

- Incongruencia cualitativa, por ser distinta a la pactada, no existe una relación entre lo que se ha pactado entre el inductor y el inducido, por tanto, habrá una inducción consumada en su resultado intermedio al nuevo delito propuesto. A le dice a B que lesione a C y este finalmente decide violar a C.

4. LA FIGURA DEL “OMNIMODO FACTURUS”

4.1 CONCEPTO:

Sólo existirá “*omnimodo facturus*” cuando el inducido esté decidido completamente a llevar a cabo dicho delito. Por tanto, será posible la inducción si se reafirma una proposición existente o bien se logre vencer las incertidumbres sobre la comisión del delito.

Además en beneficio del inductor se permite suponer, que el inducido está firmemente resuelto y podríamos llegar al camino de la tentativa de inducción o de la complicidad psicológica para eliminar la responsabilidad del inductor.

Pudiendo afirmarse que en los supuestos de incertidumbre a la proposición del delito, no existe una resolución definitiva y que por lo tanto el sujeto puede ser inducido aún. Siendo la medida más acertada inclinarse por la complicidad psicológica como forma de castigo del sujeto en moralidad con el principio “*Indubio pro reo*”.

Existen tres casos en los que la inducción imposible puede tener cabida:

- El inductor se dirige a un sujeto ya firmemente resuelto a ejecutar el delito.
- Cuando la inducción sea inadecuada desde una expectativa *ex ante* para instaurar la decisión delictiva.
- Se induzca a la ejecución de un delito imposible (ya sea por el sujeto o por el medio empleado)

Solamente se sancionará la inducción imposible como tentativa de inducción, si queda recogido como punible en el Código Penal ese comportamiento³⁰, o bien como figura de complicidad psicológica.³¹

De los tres casos mencionados anteriormente solo nos interesa el primero, según el cual se determina que: “la presencia de un autor principal denominado omnímodo facturus el cual ya posee la resolución delictiva que el inductor pretende originar” es el origen de la tentativa de inducción imposible.

De esta manera podemos extraer el concepto de omnímodo facturus y en qué consiste la acción del inductor:

- El omnímodo facturus, así es como se denomina al autor principal, el cual está completamente decidido a cometer el delito.
- Mientras que la acción del inductor básicamente consiste en reforzar la resolución ya existente en el omnímodo facturus o bien ayude al mismo a superar las dudas sobre la comisión.

En este supuesto, aunque pueda existir un resultado segundo, no se logra la existencia de un resultado primero o intermedio, todo ello debido a que, la incitación deseada por el inductor aunque coincide con la querida por el inducido, esta incitación no ha sido causada por el inductor, ya que estamos ante un sujeto que está firmemente decidido a cometer el delito, de ahí la ausencia de ese resultado primero o intermedio.

Algunos autores se oponen a la figura del “omnímodo facturus”, este es el caso de PUPPE el cual defiende que el inductor, de manera singular a lo que ocurre en la coautoría, debe cerrar una clase de pacto con el autor. Este pacto conexiona al incitador con la conducta del autor principal de manera que disminuye sus posibilidades de desistimiento.³²

³⁰ En España se abre una discusión sobre si los arts. 17 o 18 del CP recogen esa posibilidad (Vid. Al respecto FUENTES, 2006)

³¹ Vid. DE LA MATA BARRANCO, 2001, pp. 1224 y ss.

³² PUPPE, 1984, p. 112.

Lo verdaderamente significativo es que el autor en el instante que da comienzo a la ejecución del hecho, sostenga como causa de su resolución delictiva complacer el pacto previo acordado con el inductor.³³

Para afirmar la existencia de un omnímodo facturus se debe examinar la transcendencia del entendimiento de su resolución, además de las secuelas producidas por la conducta del inductor sobre la resolución, es decir, sobre el proyecto del inducido ya resuelto:

- a) No tiene lógica sostener la existencia de una tentativa de inducción imposible si el inductor sabe que el inducido está ya firmemente resuelto a cometer el delito o bien conoce que no aceptará la proposición. Si el inductor sabe esto, la pretensión que lo impulsa es la de reforzar la voluntad delictiva del autor para consolidar el fin deseado, por lo tanto, no es movido por la creación de una resolución delictiva que previamente sabe que existe, sino más bien reforzar la misma.

Con el propósito de eludir tajantemente la identificación a través de la inducción imposible y complicidad psicológica, ya que es tenido en cuenta que cuando el inductor induce a un omnímodo facturus, sin saber este está firmemente resuelto a cometer la resolución delictiva, estaríamos ante un caso de tentativa de inducción.

Mientras que si se sabe de esa voluntad delictiva, la inducción tendría como propósito fortalecer de manera consecuente la resolución, y nos encontraríamos ante una forma de complicidad psicológica.

Por tanto, es necesario distinguir la motivación del inductor entre la complicidad psicológica y la inducción, aun que ambas sean variantes de intervención en el delito, siendo estas formas de actuación sobre la figura del autor principal, creando o reforzando la resolución delictiva.

El problema se origina con la figura de la complicidad psicológica sobre si entra dentro de la participación consumada a casos de tentativas de inducción imposible (la frustración de la inducción por la presencia de un sujeto primeramente resuelto constantemente produce un diminuto reforzamiento desde el punto de vista de la resolución) y de tentativas de complicidad psicológica (la promesa de ayudar, aunque

³³ PUPPE, 1984, p. 119; BALDO LAVILLA, 1989, p. 1102.

finalmente no se lleve a cabo produce un reforzamiento, por minúsculo que sea en la resolución delictiva del autor principal). Justificándose así el castigo de las tentativas de participación sin resultado primero o intermedio, siempre y cuando vayan seguidas de una actuación principal que sea típica y antijurídica.

- b) En cuanto a la situación de la transcendencia de la resolución del omnímodo *facturus*, se deduce que, tras la inducción, puede que la resolución se mantenga igual, es decir, que la conducta del inductor haya servido para complementar la resolución ya existente previamente o bien, que la resolución haya sido modificada por la conducta del inductor.

Aquí ya no se trata de distinguir si estamos ante un supuesto de inducción imposible o de complicidad psicológica, sino de determinar cuando la inducción ha obtenido un resultado intermedio, dicha inducción ha de ser *ex ante* e *inidónea* para crear la resolución delictiva sobre el autor que previamente ya estaba predeterminado a llevarla a cabo.

4.2 PROPENSIÓN AL DELITO Y OMNIMODO FACTURUS:

Para que exista inducción, la conducta del inductor debe originar en el inducido el dolo. El contraste lo marca la figura del omnímodo *facturus*, ya que pasaríamos del modelo objetivo al modelo subjetivo de la inducción, es decir, ya no estaríamos ante la ausencia de homogeneidad entre la inducción y lo que verdaderamente se ejecuta, sino que ocurriría completamente lo opuesto, siendo la congruencia completa, todo ello es debido porque el inducido (omnímodo *facturus*) ya poseía el dolo con anterioridad a que se produjera la inducción; en estos casos la inducción, lo es en vano.

Por tanto, la inducción a un delito sobre un sujeto ya predeterminado a ejecutarlo (omnímodo *facturus*³⁴), es conceptualmente imposible y no sería punible como inducción.

La controversia radica en diferenciar cuando estamos ante un omnímodo *facturus* firmemente decidido a cometer el delito antes de producirse la inducción y cuando el omnímodo *facturus* tiene dudas sobre el delito y es gracias a la inducción cuando

³⁴ El que hace el delito (*facturus*) de todos modos (*omni-modo*). Sobre los antecedentes históricos de la figura cabe destacar los siguientes autores: PEÑARANDA RAMOS, 1990, pp.69 y ss.; OLMEDO CARDENETE, 1999, pp. 654 y ss. Vid. también, GÓMEZ RIVERO, 1995, pp.402 y ss.

resuelve esas dudas y decide llevar a cabo la resolución del delito, en esos casos se produce la variación del dolo en el omnímodo facturus.

No obstante debemos de comprobar si esa variación del dolo anterior en el sujeto es esencial o no, siendo esta característica relevante para admitir o rechazar que estamos ante un caso de omnímodo facturus.

La sencilla propensión genérica al delito no implica que se esté ya decidido a la resolución, no siendo así, si la propensión se trata hacía un delito en concreto, aquí ya si sería relevante, tratándose una *quasi determinación* no inductiva al hecho. Ahora bien, si lo que ocurre es que el omnímodo facturus superó las dudas que tenía aun sobre la comisión del delito debido a la inducción, es probable que se trate entonces de una complicidad psicológica, pretendiéndose así que el legislador no castigue la inducción con la misma pena que la autoría.

En suma a lo referido anteriormente; estaríamos ante una inducción si el sujeto inducido tenía dudas serías en contra de la comisión del delito y el inductor con su conducta las resuelve.

Y por otro lado, existirá complicidad psicológica³⁵, si la conducta del autor lo único que hace en el sujeto es solventar dudas finales sobre el método de ejecución.

La doctrina del Tribunal Supremo ha establecido que existe inducción “aunque el ánimo estuviera más o menos predispuesto, pero no decidido” para diferenciar estos casos de la figura del omnímodo facturus, cuando “la persona (...) en cualquier caso hubiese cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas”, por ello existe una franja de lagunas entre la propensión al delito hasta la resolución sólida.

4.3 RENOVACIÓN DEL DOLO DEL AUTOR:

La participación de un inductor hacía un autor firmemente resuelto a una resolución delictiva puede alterar alguno de los elementos del “propósito inicial” del inducido.

³⁵ Vid. CUELLO CONTRERAS, 2009, p.296: “no es necesario que el autor esté absolutamente decidido para considerarlo omnímodo facturus; pero un leve motivo adicional para decidirlo a actuar no justifica imputación a título tan grave como el de la inducción”

La modificación puede ser de dos clases:

- Cambios fenomenológicos
- Cambios normativos

Los cambios fenomenológicos se produce cuando no hay una coexistencia en las apariencias externas ya sean de tiempo, lugar de ejecución, objeto... entre la resolución inicial y la transformada por la participación del inductor.

Sin embargo, los cambios normativos se basan en la variación de un elemento de la resolución inicial lo que provoca una transformación de la cualificación jurídica de la actuación.

El uso compaginado de ambos supuestos de modificación nos concederá descubrir una solución, esto se debe a que ambos supuestos de modificación son cambios fenomenológicos, ya que todo cambio normativo es fenomenológico puesto que la variación de un elemento externo ha provocado una calificación jurídica distinta de la resolución realizada. Por tanto, un cambio normativo es una variedad fenomenológica pero no así a la inversa, es decir, un cambio fenomenológico no será un cambio normativo, ya que la variación en un elemento externo del propósito inicial no siempre conlleva un cambio en la calificación jurídica del nuevo propósito surgido.

Para que estemos ante un supuesto de modificación fenomenológica el inductor ha de provocar un cambio en uno de los elementos externos del propósito inicial al cual estaba firmemente resuelto el inducido, dicho cambio ha de ser “*esencial*”³⁶ y puede recaer:

- En el titular del bien jurídico
- En el objeto (no puede tratarse de cosas fungibles)³⁷
- En el bien jurídico perjudicado³⁸

Por ejemplo, si el inductor logra inducir al omnímodo facturus para ejecutar un delito de la misma condición que este quería cometer, no obstante con un objeto diferente, aquí

³⁶ Existe una variación esencial del plan del autor puesto que la resolución del autor ya no se mantiene idéntica.

³⁷ Para observar una inducción, el objeto material no puede ser fungible y ello porque, si al sujeto le era indiferente la identidad del objeto, no puede comprenderse que el cambio de identidad de éste provoque una modificación esencial del plan delictivo, sino que constituye la concreción de un propósito delictivo más amplio por el dolo del autor. Vid. LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 476.

³⁸ BALDO LAVILLA, 1989, p. 1113.

nos encontraríamos ante una inducción imposible porque se produce una variación esencial en la resolución preexistente: Javier quería matar a Francisco pero finalmente Juan convence a Javier para que mate a Jesús.

Sin embargo, la variación de características no esenciales, como el lugar, el tiempo, el medio de comisión, no admite la existencia de una inducción.

Los cambios normativos son otros tipos de variaciones fenomenológicas respecto a las particularidades del tipo o a las categorías dogmáticas, los cuales simbolizan una variación en la identidad de la resolución, dicha variación puede ser *total* o *parcial*,³⁹ y ello dependerá de si se produce o no el cambio de la calificación jurídica, si se produce estaríamos ante un cambio total y si no se produce el cambio en la calificación jurídica estaríamos ante un cambio parcial, de aquí se deduce lo siguiente:

- Cuando el cambio es “total”, si es posible la inducción.
 - Y cuando el cambio es “parcial” porque una parte de la resolución no ha variado, estaríamos ante una tentativa de inducción.
1. Cuando la participación del inductor hace variar la calificación jurídica del resultado, siendo esta diferente a la de la proposición inicial del objeto, podemos apreciar tres supuestos⁴⁰ de modificación normativa.

El problema sobre los cambios del dolo se ha resuelto de distintas formas por parte de la doctrina. Suelen diferenciar entre tres probabilidades:⁴¹

- La inducción a otro hecho, también conocido como “*transinducción*” (UMSTIFTUNG)
- La inducción a un delito menos grave o “*infrainducción*” (ABSTIFTUNG)
- La inducción a un delito más grave o “*sobreinducción*” (AUFSTITUNG)

³⁹ BALDO LAVILLA, 1989, p.1107.

⁴⁰ Sobre la controversia y las distintas soluciones. Vid. BALDO LAVILLA, 1989, p. 1106; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 473 y ss.

⁴¹ LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 472.

A) Cuando el inductor consigue cambiar la forma de comisión de la lesión del bien jurídico, se estaría produciendo un cambio total en la identidad de la resolución, puesto que: se origina un delito distinto al que en un principio quería llevar a cabo el inducido, no existiendo una relación gradual. Por ejemplo, el autor inicialmente quería cometer un delito de estafa para lesionar el patrimonio de A, art. 248 CP, pero finalmente a través de la inducción de B, decide hacerlo a través de hurto, art.234 CP.

Aquí el inductor induce al autor el cual ya tenía dolo a cometer una conducta delictiva distinta a la que tenía predeterminada; por ejemplo: en vez de una estafa, a robo, en lugar de un delito de lesiones a A, que las lesiones sean a B... Continuamente todo ello va a provocar un problema para distinguirlo con la complicidad psicológica. Como regla general son tratados como casos de inducción, cuando lo inducido no se trata de una simple variación del bien jurídico, sino cuando se trata de un cambio del objeto del delito, por ejemplo: en vez del reloj X, que sustraiga el reloj J y como no se tratan de bienes jurídicos personalísimos, concurrirá tan sólo complicidad psicológica.

Ahora bien, si por el contrario, se tratan de bienes jurídicos “personalísimos” existiría inducción, pero no como consecuencia de ese carácter personalísimo, sino que existiría inducción porque hace referencia a otro plan distinto del que tenía consolidado, por ejemplo: A quiere matar a B, pero C le convence de que mate a D, ya que le conviene más para su proyecto criminal.

Estaríamos ante un caso de complicidad psicológica o de cooperación necesaria y no de inducción en el supuesto de que A quiere matar a B, pero debido a una confusión está a punto de matar a D (A cree que D es B), C finalmente interviene advirtiéndole de su error y como desenlace, por ello, mata A a B. Aquí no sería relevante el carácter “personalísimo” del bien, ya que una modificación del lugar de comisión, de la hora, del medio empleado... no son recomendaciones que sirven para ayudar al autor, y que por tanto, son de complicidad y no de inducción⁴², es decir, en el último ejemplo no estaríamos ante un caso de transinducción.

B) Aquí ocurre lo contrario que en el supuesto mencionado anteriormente, el inductor convence al inducido a realizar un delito menos grave, dentro de esa relación gradual. A quiere robar a B, pero C le convence para hurtar a B, ya que

⁴²GÓMEZ RIVERO, 1995, pp. 449 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 204 y ss.

C le advierte que B es un tipo violento y fuerte, C le aconseja que lo haga cuando B este fuera de la casa, lo que incrementa la posibilidad de conseguir el propósito deseado.

Al igual que en los otros supuestos de modificación lo decisivo es determinar si el propósito inicial deseado por el autor sufre o no una variación total en la identidad de su propósito o si por el contrario se mantiene igual pese a la modificación.

Si el propósito inicial del autor no se mantiene idéntico existiendo por tanto, una variación en la categoría jurídica del resultado realizado.

O si por el contrario, permaneciera la identidad de la resolución, estaríamos ante un caso de tentativa de inducción o en una complicidad psicológica. Ya que se invoca al principio *“quién puede lo más puede lo menos”*, confirmándose así que el inducido sigue siendo un omnímodo facturus respecto al delito de menor gravedad.⁴³

En cuanto a la infrainducción, no es considerada como una auténtica inducción, ya que el sujeto es inducido a la ejecución de un delito menos grave del que tenía pensado realizar como omnímodo facturus, por ejemplo: A quería lesionar a B con una navaja, y tras la inducción A lesiona a B con patadas y puñetazos, otro ejemplo sería en vez de realizar un robo con violencia es inducido el autor a realizar un hurto.

En los supuestos de infrainducción no existirá inducción, ya que se sigue el principio *“quién puede lo más puede lo menos”* o lo que es lo mismo quién posee el dolo de ejecutar un delito más grave ya incorpora el dolo de ejecutar un delito más leve, encontrándonos ante un auténtico omnímodo facturus; aquí el riesgo disminuye ⁴⁴y normalmente no será tampoco punible la inducción como complicidad psicológica.

No obstante, existen excepciones, como son los delitos de la omisión del deber de socorro, art.195 CP, o el delito de omisión de impedir delitos o promover su persecución, art.450 CP, estos serían algunos ejemplos que quedan a salvo de no ser punibles.

⁴³ ROXIN, 1994, pp. 26 y ss.

⁴⁴ El lado opuesto sería cuando el autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros de mayor punibilidad, el exceso no se imputa al inductor, por ejemplo inducción a un hurto y comisión de un robo, la fuerza en las cosas no sería imputable a este.

Aun así, si el inductor advierte al autor para que ejecute el delito de forma distinta, para así disminuir riesgos, p.ej. de ser descubierto o de un fallo en la ejecución... sí incurriría en la complicidad psicológica: ya que el inductor con su conducta consigue disminuir el riesgo del daño, pero a su vez consigue el denominado efecto rebote, haciendo que el riesgo aumente frente a expectativas sociales menos esenciales y lo que consigue con ello es idóneo para reforzar el dolo del omnimodo factoris, siendo punible la conducta del inductor por complicidad psicológica.

En el supuesto de que la infrainducción conlleve a un nuevo riesgo distinto del riesgo anterior, no estaremos ante un omnimodo factoris y existiría inducción, ya que más que un caso de disminución de un riesgo, estaríamos ante otro riesgo distinto, siendo esto realmente un caso de transducción.

- C) La participación del inductor está situada para lograr que el inducido efectúe un delito más grave. Esto se origina cuando se logra inducir al autor para que ejecute un delito de la misma índole pero más grave, existiendo por tanto, una relación gradual. Por ejemplo, A convence a B para que realice un robo en vez de un hurto como tenía previsto hacer.

La última posibilidad de la renovación del dolo del autor sería la sobreinducción: la mayoría de la doctrina comparte que el inductor debe responder por el *plus delictivo creado*, es decir, sólo existe inducción sobre ese “plus”. ⁴⁵Por ejemplo: A está decidido a cometer un hurto y B le induce a que cometa un robo con violencia

La cuestión aquí es ¿el inductor debería ser responsable de ese “plus” de gravedad? La variación en la calificación jurídica se produce por un cambio total en el propósito inicial y dicha modificación hace que nazca una resolución distinta a la inicial, por ello, existiría una inducción consumada en su resultado primero (por el delito más grave).

Si por el contrario, se defiende que no hay un cambio en el propósito inicial, el inductor sería castigado por una tentativa de inducción o bien por complicidad psicológica dependiendo de la situación.

⁴⁵ GÓMEZ RIVERO, 1995, pp. 437 y ss. (se trataría de una “alteración típica” de un tipo cualificado que ha de ser completado unitariamente).

2. La doctrina suele utilizar la vía de la complicidad psicológica en los supuestos de infrainducción, es decir, en los casos de ayuda al mantenimiento o consolidación del dolo anterior para que este no disminuya.

La inducción “no es un problema de originalidad sino de determinación del hecho”, todo ello proporciona lucidez a los supuestos de modificación del dolo, ya que es indiferente que el omnímodo facturus hubiera tenido la idea de cometer el delito previamente, ya que una modificación del dolo del autor implica una renovación y es por tanto, más que un simple reforzamiento de la idea criminal, originando la creación de un nuevo dolo en un nuevo momento que es posterior, una vez que se debilitó el anterior, siendo todo esto suficiente para afirmar la inducción.

En conclusión, de todo lo mencionado anteriormente:

- Debe producirse un nuevo dolo: no es válido un simple reforzamiento del dolo anterior para que exista una inducción. La inducción por tanto, debe ser determinante, por ello se requiere un nuevo dolo, ya que el reforzamiento del dolo anterior no implica una determinación, sería sólo una ayuda para que se consolide o se siga manteniendo el dolo.
- Por ello, si se “ayuda” sería complicidad psicológica y si al contrario, se crea un “nuevo dolo distinto del anterior”, sería una inducción.

4.4 COEXISTENCIA DE LA CONDUCTA INDUCTIVA Y EL HECHO INDUCIDO:

Podemos llegar al resultado de que cuando exista concurrencia entre el comportamiento del inductor y la acción inducida no se podría afirmar una modificación del dolo del autor principal, ni tampoco su creación no existiendo por tanto una inducción. Si el autor ya está resuelto a la ejecución de un delito (omnímodo facturus) es inviable la inducción.

Algunas veces la jurisprudencia se ha manifestado sobre esta cuestión y ha admitido la posibilidad de inducción en los casos de “concomitancia”, pero ello no se manifiesta de manera concisa terminológicamente: se empleó una hipótesis de concomitancia “del que en el caso de una discusión, incita a uno de los protagonistas a agredir a otro”, si leen los hechos de la STS de 22 de noviembre de marzo de 2000 pueden observar que el

inductor había manifestado antes de regresar de segundas al bar dónde se originó la agresión “aquí hay que venir armado” y después previamente digo “no tenéis cojones para nada, haz lo que hemos venido a hacer” (ambas cosas no fueron dichas de manera concomitante). Ante estas expresiones el autor sacó su pistola y le disparó, es por esto, que la sentencia mencionada anteriormente terminó afirmando la existencia de inducción, ya que la inducción es anterior al hecho, puesto que ha de ser causal para cometerlo. Y en cuanto a la posible “concomitancia” lo fue sólo porque se había producido la existencia de una excitación inmediata anterior a los actos de ejecución delictiva, es decir, en simple terminología, no existió tal concomitancia o simultaneidad.

Estos supuestos aluden a los casos en los que el autor del delito ya se encuentra decidido a su ejecución, pero necesita para iniciar la ejecución, a modo de cláusula suspensiva, que se origine un apoyo físico o psíquico de un tercero⁴⁶. A modo de ejemplo no sería inductor quién ofrece dinero y el inducido realiza la acción, sino que solo ocurre en los casos en los que el inducido es un omnímodo facturus (tiene decidido el hecho), pero sólo espera para ejecutarlo que alguien le pague por hacerlo.

Por ello, se afirma en estos casos que el inductor que induce a la comisión de un hecho, no al dolo del autor (este ya lo posee el dolo) sería en realidad un cómplice o un cooperador necesario.

El autor que ya posee el dolo no inicia la comisión del delito hasta que no recibe la motivación por parte del inductor, por ejemplo en un homicidio, el autor espera o bien a que le faciliten el dinero o bien a que le faciliten el arma para poder llevarlo a cabo. En estas situaciones no se demuestra la existencia de una inducción, aunque es indiscutible la existencia de responsabilidad conforme otras formas participativas.

4.5 ¿ES EL OMNIMODO FACTURUS UN CÓMPLICE PSÍQUICO?

1. Como ya hemos señalado anteriormente, por parte de la doctrina comprende que estos casos de omnímodo facturus no pueden ser castigados por inducción, porque no se crea un dolo nuevo en el autor, pero sí podrían ser

⁴⁶ STS n.126/2000, de 22 de marzo.

castigados como supuestos de complicidad psicológica⁴⁷ porque refuerzan el dolo del autor.

2. Lo dicho anteriormente no implica que se descarte la inducción, ni tampoco que se castigue automáticamente como complicidad psicológica:

Ya que se debe probar la eficacia del reforzamiento, es decir, el apoyo psicológico no ha servido para crear un nuevo dolo en el autor, si esto se hubiese producido estaríamos ante una inducción, sino lo que se ha conseguido con ese apoyo psicológico es reforzar el dolo del autor y este aporte psicológico es lo que ha hecho que el autor mantenga el dolo y no decaiga, habiendo logrado el autor la idea criminal gracias a ese apoyo psicológico.

En verdad, no se está firmando nada nuevo que no esté ya recogido en la tipicidad de la complicidad: siendo la complicidad psicológica un tipo más de complicidad y por tratarse de una complicidad se debe reunir los caracteres normativos que integran a esta figura.

Para que se produzca un *“aporte psicológico”* debe comprobarse, que el cómplice haya influido en el autor, aumentando el riesgo de que este lleve a cabo la resolución del delito. Ese aporte ha de ser *“influyente”*, sino no sería válido, y basta con que se exprese verbalmente.

Algunos autores como ROXIN señalan que para estos supuestos la necesidad de causalidad del aporte al hecho principal podría ser sustituida, por el principio de *“elevación del riesgo”* esta elevación puede ser producida por la *“transmisión de seguridad”*. Para que la complicidad psicológica sea punible como tentativa de participación, esta debe ser prestada a través del autor, y una vez que ha sido tenida en consideración por este, ha de ser además eficaz, pues si no estaríamos ante una no punible tentativa de participación.

En el supuesto de que no se pueda probar la efectividad del aporte psicológico, la duda estaría entre si existe complicidad psicológica y la no punibilidad. No estaría la duda por tanto, entre la complicidad psicológica por una parte y por otra entre la inducción y la cooperación necesaria.

⁴⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp.309. Véase también al respecto la STS n. 813/2008, de 2 de diciembre, la cual procedería afirmar una suerte de tentativa de inducción, punible como proposición del art. 17.2 del CP.

Como he descrito anteriormente la transmisión de seguridad en algunos casos supone la elevación del riesgo de la realización del hecho, por ejemplo: A (cómplice) de B (autor ya decidido a unas lesiones) una bata de doctor (aporte físico) para que B pueda realizar las lesiones sin ser reconocido (aporte psicológico).

La complicidad física con el aporte de la bata aquí es irrelevante para el delito, ya que la ropa que use el autor del delito es neutral respecto a que se cometa el delito de lesiones, sin embargo, la complicidad psicológica si es relevante para el delito, ya que transmite al autor la sensación de seguridad de no ser descubierto aumentándose así el riesgo de comisión.

En conclusión, sino concurre aportes complementarios no se puede afirmar que exista complicidad psicológica y mucho menos de que se trate de una inducción.

4.6 ¿ES POSIBLE UNA INDUCCIÓN POR OMISIÓN?

En algunos casos si parece admisible una inducción por omisión (“algunos supuestos” solamente cuando su aparición fáctica es poco usual y no porque su dogmática se establezca una expresión)

Por ejemplo un caso de inducción por omisión se produciría cuando un “*agente provocateur*”⁴⁸ tras su conducta activa de provocación sin que exista dolo de consumación (no sería punible como una inducción activa) este agente es consciente de que el sujeto provocado puede consumir el delito y aun así no hace nada para impedirlo, pese a poder hacerlo.

Generalmente resulta admisible la inducción por omisión cuando se genera la obligación de asegurar que se produzca una información fuertemente inductora, originada del medio de organización del autor, y que aun ostentando “*posición de garante*”, como en los supuestos de injerencia, no ha sido revertido. En estas ocasiones se hace referencia al principio de “*prohibición de sobrevaloración del aporte*”.

⁴⁸ MUÑOZ SÁNCHEZ, 1995, pp. 166 y ss.

Se establece un encadenamiento a sucesión temporal entre la conducta activa y la omisiva y de las normas que deben ser llevadas a cabo a un justo procedimiento de estos casos.

Lo normal es que la comisión se anticipe a la omisión, p.ej: un sujeto apuñala a otro (acción) dejando que este se desangre y fallezca posteriormente (omisión). En estos ejemplos se ve claramente como la comisión precede a la omisión. Tanto en la conducta comisiva como en la inductiva el sujeto es autor y en ambas conductas existen dolo y es por ello, por lo que no sería relevante diferenciar entre el aspecto activo u omisivo del caso, ya que en ambos casos respondería el sujeto en concepto de autor doloso.

El problema se origina cuando la acción anticipada y la posterior conducta omisiva no corresponde como autoría y participación, o dolo e imprudencia, la propensión doctrinal se basa en confirmar solamente una autoría omisiva, eliminando otras formas de participación.

Podría generarse una autoría por comisión por omisión, si el omitente a través de una acción y de una omisión procedente ha generado el mismo riesgo para el bien jurídico protegido y normalmente no tiene porque ser lícita ya que habitualmente es ilícita, puesto que es generada a través de una conducta delictiva, es decir, los legisladores suelen transformar lo que antes era percibido como un posible supuesto de inducción en un supuesto de autoría omisiva.

Esta dogmática no parece coherente ya que lo que establecen es una autoría omisiva cuando en verdad estamos ante un simple partícipe.

La conducta del interviniente que contribuye a la realización del hecho principal o que motiva a él, puede ser considerado como una actuación precedente en el ámbito de la injerencia, art.11 CP, situando en posición de garante, pero dicha omisión posterior por no impedir el resultado delictivo al cual indujo o prestó ayuda, esto no convertiría al interviniente en autor de una comisión por omisión, se le castigaría como cómplice o inductor pero nunca como autor.⁴⁹

Dicho de otra forma, existiría una conversión del ex art.11 CP, de casi todos los cómplices o inductores, en autores por omisión, siempre y cuando hubiesen tenido

⁴⁹ STS n.1179/2001, de 20 de julio.

después de su aporte la más mínima oportunidad de poder impedir el resultado, por ejemplo, denunciando.

En definitiva, estos supuestos debe imperar una “*prohibición de sobrevaloración del aporte*⁵⁰”, es decir, el aporte realizado por el partícipe no puede ser sobrevalorado en base a una omisión posterior, de manera que el partícipe se transforma en autor por omisión, aún pudiendo demostrar su posición de garante por inferencia, en esto consiste el criterio de este principio.

La figura del interviniente queda ligada al delito solamente por el aporte ejecutado, es decir, las omisiones producidas con posterioridad no lo convertirían en autor del delito, su responsabilidad se basa exclusivamente en el aporte realizado.

Sólo variará el “*quantum de la intervención*” si con las omisiones posteriores se crea un nuevo riesgo, desde el punto de vista de la imputación objetiva, se llega a la misma postura, ya que en la distribución de deberes positivos no se puede retroceder a un acontecimiento anterior al del sujeto que asume como propio el trayecto del riesgo, de tal forma que el partícipe lo es por la intervención en el hecho de otro, por tanto, los deberes de garantía son asignados a los hechos propios.

Otra parte de la doctrina afirma que en estos casos no existiría posición de garante por inferencia, por el aporte (acto de participación) del partícipe al hecho.

En resumidas cuentas, retrocediendo a la doctrina de la inducción, por idénticas causas puede darse una inducción por omisión, cuando lo que liga a un sujeto con el hecho sería un aporte del inductor, y en realidad, se mantiene inalterable mientras se produce el curso del hecho, con indiferencia de que exista dolo primero (no existe inducción activa por carencia de dolo) y subsiguientemente sí (existe inducción dolosa en comisión por omisión).

5. CONCLUSIONES:

Recapitulando todo lo anterior, someto a controversia las siguientes cuestiones:

El propósito de inducción sobre un autor principal ya resuelto firmemente a la resolución delictiva (omnímodo facturus), en los sistemas duales tanto la accesoriedad

⁵⁰ SÁNCHEZ/VERA GÓMEZ, 2010, pp.155 y ss.

material como la formal son supuestos de tentativa de inducción imposible sin resultado primero, intermedio o propio del partícipe. Estos casos podrían incluirse a su vez como supuestos de complicidad psicológica, dónde el resultado primero si estaría consumado. Únicamente existiría la figura del omnímodo facturus, cuando el inducido esté firmemente resuelto a ejecutar el delito.

Solamente será admisible la inducción cuando el inductor logre reafirmar una proposición existente o bien logre que el inducido venza las incertidumbres sobre la ejecución del delito.

Sin embargo se presupone en beneficio del inductor, que como el inducido ya estaba firmemente resuelto, ir al camino de la tentativa de inducción o la complicidad psicológica para eliminar la responsabilidad del inductor.

No puede ser razonada que el legislador imponga la misma pena que ha señalado para el autor al inductor, ya que existe un doble tratamiento desde el punto de vista de la imputación objetiva:

Por un lado cuando el sujeto garante ha excedido el riesgo admitido, siendo este responsable por complicidad psicológica y no por inducción.

O bien puede ocurrir que no sea responsable, su acción es neutral y está dentro de los límites de riesgo permitidos.

No existiría inducción en estos supuestos, en algunos casos habría complicidad y en otros no sería responsable. La solución más acertada para estos casos no es la vía de la inducción sino la vía de la imputación objetiva.

Por otro lado, intentar canalizar estos casos de la inducción a la “cooperación necesaria”, no arregla la controversia, sólo la reformula: ya que la cooperación necesaria es una forma de contribuir a la ejecución de un delito, sin esa contribución no se hubiera logrado ejecutar el ilícito, por lo que dicho acto reside en la invención de dolo al autor, por tanto, dicho acto es constitutivo de una inducción inmediatamente a otro a que ejecute el delito.

El contraste con los anteriores casos lo marca la figura del “omnímodo facturus”, aquí ya no hay inexistencia de homogeneidad entre la conducta inducida y lo verdaderamente ejecutado, ya que ocurre todo lo apuesto: con esta figura la congruencia es perfecta, y lo

es porque el inducido ya poseía el dolo con anterioridad a que se produjese la inducción. Una sencilla propensión generalizada al delito, no implica estar ya determinado a la comisión del hecho, pero una propensión a un delito concreto si es significativa y por tanto, relevante, pudiendo ocurrir que estemos ante:

Una “quasi determinación del hecho”, no inductiva: si el sujeto logró superar las barreras que le quedaban para la comisión del delito, gracias a la conducta inductiva y que posiblemente nos encontremos ante una complicidad psíquica.

Si la tendencia al delito decae deberemos plantearnos si estamos ante una auténtica modificación del dolo o no, solo en el primer caso hay una creación del dolo, inductiva por tanto.

Aunque la existencia de un omnímodo facturus, no evita que la conducta del inductor provoque variaciones en su contenido o bien en su calificación jurídica, de tal forma que se pudiera tener por consumada la inducción en su resultado primero. Pudiendo diferenciarse entre los cambios fenomenológicos y los cambios normativos y estos a su vez en tres supuestos, transinducción, sobreinducción e infrainducción:

Cambios fenomenológicos: son un añadido al propósito inicial del autor. En estos casos se entendería consumada la inducción, cuando la variación recaiga sobre un elemento esencial, de no ser así podría castigarse como un supuesto de tentativa de inducción o bien como un supuesto de complicidad psicológica.

Cambios normativos, son a su vez cambios fenomenológicos que implican una variación dogmática y se originan cuando se produce una modificación total de la resolución preexistente en el autor principal.

Diferenciándose entre tres supuestos de variación normativa:

- Transinducción: cambio en el modo de comisión del delito, en este supuesto de variación no existe una relación gradual entre la inducción llevada a cabo por el inductor y el plan preexistente del inducido. Existiendo una inducción consumada en su resultado intermedio respecto al nuevo delito planteado.
- Sobre-inducción: inducción a un delito más grave, aquí si existe una relación gradual, estaría consumada la inducción en el resultado intermedio al delito más grave.

- Infra-inducción: inducción a un delito menos grave, igualmente que en el supuesto anterior existe una relación gradual, a diferencia de los otros dos supuestos aquí si hay identidad de la resolución, pues se supone en beneficio del inductor, que la comisión del inducido logra el delito menos grave, aquí el inductor será castigado por tentativa de inducción o en su defecto por complicidad psicológica.

No existiendo modificación del dolo en aquellos casos donde existen simultaneidad entre la conducta inductiva y la acción inducida, no pudiendo afirmarse una inducción típica, son supuestos de omnímodo facturus.

De forma complementaria a lo anterior, en los casos de omnímodo facturus dónde es eliminada la inducción, no se puede afirmar de forma automática que se trate de un caso de complicidad psicológica; debiendo quedar probado para esto que:

El “apoyo psicológico” sea eficaz y relevante: no para crear el dolo, sino para hacer que el dolo no decaiga, reforzándolo o al menos manteniéndolo. Es bastante discutido por la doctrina y la jurisprudencia alemana si se puede afirmar o no la eficacia cuando el apoyo psicológico se realiza a través de palabras de aliento y estas se producen de manera simultánea al delito. Y si estos casos de aliento simultáneo al autor son considerados como complicidad psicológica o bien no son ni siquiera punibles.

Otros supuestos que también generan controversias son los casos de “transmisión de sensación de seguridad”, si con esta conducta se produce o no un aumento del riesgo de ejecución del hecho delictivo, como vimos anteriormente en la sentencia aunque el aporte físico no tenga relevancia para el delito en cuestión, pero el aporte psíquico supere el riesgo permitido, se produciría la simple solidaridad delictiva: A quiere lesionar a B (A es un autor ya decidido a cometer un delito de lesiones) C (cómplice) le da una bata para cubrir su uniforme (aporte físico) con el fin de que A pueda ejecutar el delito al cual ya estaba decidido y que este lo pueda realizar sin ser reconocido (aporte psíquico): por tanto, existiría complicidad psicológica, pero no física, porque la ropa que lleve el autor del delito es insignificante en cuanto a la comisión de un delito de lesiones, pero no así en cuanto a la sensación de seguridad que el autor tenga de poder ser descubierto, ya que esto incrementará el riesgo de ejecución.

Como hemos observado anteriormente la simple existencia, sin que confluayan aportes adicionales no afirman una complicidad psicológica y mucho menos que se trate de una inducción, pudiendo ser visto como una inducción o bien como una omisión. Por tanto, la inducción en comisión por omisión es admisible, pero tiene que demostrarse el “*aporte inductivo*” realizado con anterioridad a través de una conducta de injerencia, colocando al sujeto (cómplice) en una posición de garante, la cual contribuirá a su responsabilidad por la omisión.

6. BIBLIOGRAFÍA:

BALDO LAVILLA, Francisco (1989), “*Algunos aspectos conceptuales de la inducción*” (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987), en *ADPCP*, pp. 1091 y ss.

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

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

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

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

CANCIO MELIÁ, Manuel (1998), *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*, Bosch, Barcelona.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2009), *El Derecho Penal español, Parte General. Teoría del delito*, v.2, Dykinson, Madrid.

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

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

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

- (2016), *Derecho Penal Español, Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo (1999), *Límites de la participación criminal*, Comares, Granada.

- (2017), *Imputación objetiva en el Derecho Penal. Nuevos alcances*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Marcial Pons, Madrid y Barcelona.

FUENTES OSORIO, Juan Luis (2006) *La preparación delictiva*, Comares, Granada.

- (2007), “Reflexiones sobre la tentativa de inducción imposible y el omnimodo facturus”, en *Aletheia. Cuadernos críticos del Derecho*, n.3, pp. 40 y 74.

GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, (2015), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, 2ª ed., Dykinson, Madrid.

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

GÓRRIZ ROYO, Elena María (2008), *El concepto de autor en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

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

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo (1996), *Autoría y participación*, Akal, Madrid.

- (2002), *Derecho Penal. Parte General. “Las consecuencias jurídicas del delito, el derecho de ejecución”*, Marcial Pons, Madrid.

MIR PUIG, Santiago (2008), *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

- (2015), *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MIRÓ LLINARES, Fernando (2009), *Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona.

MÚÑOZ CONDE, Francisco (2002), “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en *Revista Penal* n.9, pp.59 y ss.

- (2015), *Derecho Penal, Parte General*, 9ªed., Tirant lo Blanch, Valencia.

MÚÑOZ SÁNCHEZ, Juan (1995), *El agente provocador*, Tirant lo Blanch, Valencia.

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

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005), *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos del habla y funcionalismo jurídico penal*, Dykinson, Madrid.

- (2017), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Tecnos, Madrid.

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

- (2007), *Garantes y cómplices*, Atelier, Barcelona.

7. JURISPRUDENCIA CONSULTADA:

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 1160/1997 de 23 de septiembre de 1997, Recurso nº 2101/1996

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 126/2000 de 22 de marzo de 2000, Recurso nº 1509/1998.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 1179/2001 de 20 julio de 2001, Recurso nº 4413/1999

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 1994/2002, de 29 de noviembre de 2002, Recurso nº 1621/2001

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 421/2003, de 10 de abril de 2003, Recurso nº 921/2001.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 539/2003, de 30 de abril de 2003, Recurso nº 3435/2001

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 879/2005, de 4 de julio de 2005, Recurso nº 389/2004

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 813/2008, de 2 de diciembre de 2008, Recurso nº 10136/2008.

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia nº 1193/2010, de 24 de febrero de 2011, Recurso nº 805/2010.