

Prof. Dr. Dr. h.c. Maximiliano Rusconi

Catedrático –Prof. Titular– de Derecho Penal. Univ. de Buenos Aires (UBA). Abogado, Buenos Aires, Argentina. Socio de la FICP.

~La legitimidad de la sanción al instigador- inductor: ¿una forma polémica de participación punible? ¹~

I. “BARAJAR Y DAR DE NUEVO”².

La preocupación por ciertos desdibujamientos de los límites del derecho penal, aun cuando logremos consenso en la importancia de ese fenómeno, deberíamos admitir, que por lo menos en la mayoría de las formulaciones está anclada en el centro mismo del problema imputativo.

En lo conceptual se refiere por defecto a la generosidad de la atribución del rol de autor y en lo metodológico remite, casi siempre, al facilismo punitivista de la función legislativa.

En ambas dimensiones hay, y ya no se puede ocultar, cierto reduccionismo. Si tuviéramos que dar de forma rápido dos ejemplos, podríamos aludir en lo conceptual a la necesidad de rediscutir sobre la fragilidad de los límites a la hora de imputar responsabilidad penal a las formas de intervención distintas de la autoría (complicidad e instigación) y, en lo metodológico, las permanentes estrategias para sortear las exigencias de los estándares probatorios y, con ello, evitar el poder fulminante de la imputación, a favor del imputado, del *in dubio pro reo*.

En esta ocasión buscamos detenernos en uno de los escenarios conceptuales que, a nuestro juicio, merecen mayor atención y un grado más intenso de alertas intelectuales para no dejar pasar y ser, con ello, inadmisiblemente permisivos, con la formulación de extremos indemostrables, frases hechas y expresiones caprichosas que culminan en escenarios no científicos: el de la instigación como forma de participación, que hemos decidido, aparentemente de modo poco reflexivo, que sea punible.

La posibilidad de que el llamado instigador sea castigado severamente por el derecho penal, por lo menos del mundo occidental³, si uno evaluara a la opinión pública, a los medios de comunicación se encuentra fuera de toda discusión posible: incluso existe la difundida sensación de que, cuando el sistema de justicia *atrapa* al autor o a los autores principales o materiales de un hecho ilícito, debemos estar verdaderamente insatisfechos hasta que no aparezca el más importante: el autor intelectual⁴. Es llamativo como, incluso en contra de algunas de las disposiciones normativas vigentes en los países y de la mayor parte de las afirmaciones de la ciencia penal, de la dogmática jurídico penal, se ha

¹ Texto de la exposición en el III Congreso de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, de los pasados días 15 y 16 de septiembre. Una versión un poco modificada de este texto ha aparecido, en idioma alemán, en “Brücken bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti”. Duncker & Humblot, Berlín, 2020. En esa ocasión, bajo el título, “Die Anstiftung: eine umstrittene Form der strafbaren Teilnahme”.

² Con esta expresión, cuyo verdadero origen desconozco, por lo menos en mi país se pretende significar la necesidad, en ciertos temas, de volver a analizar todo de nuevo, pero ahora desde el mismo comienzo. Cuando en algún juego de Naipes, por ejemplo, quien reparte las barajas, comete un error y una o varias de ellas queda antes de tiempo al descubierto, lo normal es, para no arrastrar ese error, “mezclar todo y dar de nuevo”. En el desarrollo del tema en análisis quizá haya que volver a encarar la discusión desde el principio.

³ En el Código Penal Alemán, § 26. Instigación (inducción a delinquir): “Igual que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico”.

En el Código Penal Español, Artículo 28: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

⁴Sobre esto muy claro, KÖHLER, Michael, Strafrecht, AT, Springer, Hamburg, 1997, pág. 521.

instalado la leyenda urbana de que el instigador es más importante que el autor principal.

Hace más de 20 años el profesor Marcelo SANCINETTI publicó la obra “la nulidad de la acusación por indefinición del hecho y el concepto de instigación”⁵, allí, a través de un diálogo ficticio de un conjunto de juristas que serían asistentes a un seminario tal vez también ficticio, dice uno de los personajes llamado *Magister* (el profesor que dirige el seminario):

“Lo que no ha sido explicado aún es cuán abstracto es el plano en que se ubica el concepto jurídico de instigación”, como para que uno crea sencillo calificar de tal una conversación, sin conocer su contenido...el concepto “instigación” presupone determinados requisitos en la acción con la que la persona le provoca la decisión al hecho en el autor principal, ciertas características en la naturaleza del “concepto psíquico” o “espiritual” habido entre instigador y ejecutor, unas cualidades que este concepto tenga un grado de abstracción y complejidad teórica mucho mayor que el de “tener acceso carnal” o “arrojar un objeto contundente contra un tren en marcha”⁶

La lúcida intervención de *Magister* tiene la virtud de plantear alguno de los problemas de los cuales nos ocuparemos en esta ocasión en la que sólo pretendemos poner bajo la lupa esta forma de participación, en un contexto científico en el que el tratamiento dogmático que se ha brindado a las cuestiones problemáticas de las formas de participación punible ha sido, salvo en lo que respecta al estudio de las llamadas conductas neutrales y al propio debate que ha generado la polémica sobre la participación en el ámbito de autores que ejecutan delitos especiales propios (el llamado *intraneus*), llamativamente superficial⁷.

II. LA PREOCUPANTE Y PLACENTERA PAZ DE LA DOCTRINA DOMINANTE.

Las preguntas de la doctrina dominante, por lo menos en lo que se puede observar en obras generales, no dejan de ser las más básicas y a menudo las respuestas son menos problemáticas de lo que el tema merece.

Como es sabido, casi siempre se parte, como es previsible, de las nomenclaturas que ha utilizado el legislador: instigar es determinar o inducir dolosa y directamente a otro a cometer un delito, en principio, también intencional⁸.

Para ROXIN, “la inducción o instigación es el determinar provocando o incitando dolosamente a un hecho ajeno...por lo tanto, en lo sustancial de lo que aquí se trata es de la cuestión de la resolución al hecho y de la causalidad del inductor al respecto”⁹.

Según JAKOBS, por ejemplo: “determina en sentido amplio quien crea una oportunidad a cuya tentación o compulsión sucumbe otro, según lo esperado, y por eso concibe el dolo de un delito”¹⁰.

En MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, puede leerse: “...determinar exige una influencia dirigente sobre

⁵ SANCINETTI, Marcelo, La nulidad de la acusación por indefinición del hecho y el concepto de instigación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

⁶ Ver, SANCINETTI, Marcelo, La nulidad..., cit., 2001, pág.

⁷ Hay que marcar una importante excepción, en el trabajo de SÁNCHEZ VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, En los límites de la inducción, InDret, Barcelona, abril, 2012, pág. 8. En ese trabajo se plantean de un modo brillante algunos de los problemas sobre los cuales aquí se pretende volver.

⁸ WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht A.T., 44ª Auflage, C.F. Müller, 2014, pág. 234.

⁹ Ver, ROXIN, DP PG, 1997, pág. 226.

¹⁰ JAKOBS, G., DP, PG, pág. 804.

la dirección de la conducta, que proporciona a quien aún no se encuentra resuelto a cometer el hecho, precisamente, la decisión de hacerlo, bajo su propia responsabilidad, es decir, para actuar con dominio del hecho”.¹¹

Para HILGENDORF, determinar, en el sentido del párrafo 26, significa ocasionar (al menos en forma co-causal) la decisión al hecho. De qué manera suceda esto en lo particular *es irrelevante*”¹² (el resaltado me pertenece).

Al momento de definir con un intento de mayor detalle, se afirma, usualmente que el inductor debe causar la resolución criminal en otra persona. Para lo cual, normalmente, se alude a la fórmula de la *conditio sine qua non*.

En ocasiones, algunos autores se toman el trabajo de aclarar que se trata de una causalidad a través de un influjo psíquico lo cual plantea algún tipo de características especiales y de que no puede haber inducción allí donde había un autor previamente decidido.

Eventualmente la doctrina mayoritaria problematiza sobre las consecuencias que esa *determinación sea directa* y que debe haber una relación de imputación objetiva entre la decisión del autor y la acción de inductor.

En verdad, más allá de alguna otra discusión, el nivel de los análisis no ha llegado nunca siquiera a cuestionar los puntos de partida de la instigación como forma de participación punible.

III. PREGUNTAS.

Cuando uno se aleja de la placentera situación de cercanía acrítica con un determinado concepto, en este caso el de instigación o el de inducción y comienza a tomar verdadera perspectiva y le suma cierta capacidad crítica. es que surgen algunos interrogantes que serán introducidos aquí sólo para instalar el debate:

a) ¿el tipo penal de la instigación punible, dada su descomunal abstracción, logra una efectiva acción comunicativa y motivadora?;

b) Es decir, cuando descubrimos los parámetros normativos que regulan la instigación punible, ¿queda claro lo que no debemos hacer para ingresar en ese ámbito de punibilidad?;

c) llevado el concepto al ámbito procesal, ¿se posibilita, al intimar el hecho, una adecuada defensa del acusado?, -determinación precisa y circunstanciada del hecho-;

d) ¿es válido definir conceptualmente a la instigación como “creación del dolo en cabeza del autor principal o ejecutor”, cuando el instigador actúa en una etapa en la que aun cuando su seducción intelectual sea exitosa el plano subjetivo del autor se encuentra en una etapa *antecedents* y en la pacíficamente no punible etapa de la ideación y, en el plano objetivo, *per definitionem*, el autor ni siquiera ha ingresado en los actos preparatorios?;

e) ¿la imputación de instigación supera el límite que propone, por ejemplo, el principio de prohibición de regreso?;

¹¹ MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, DP, PG, Astrea, Buenos Aires, traducción de E. Dona, pág. 437.

¹² HILGENDORF/ VALERIUS, DP, PG, traducción de la 2da edición alemana de Leandro Díaz, Marcelo Sancinetti, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

f) ¿la creación de del dolo, como fenómeno psíquico, puede atribuirse a la acción de un tercero?;

g) y si realmente creemos que esa instancia subjetiva ha sido consecuencia de la acción de un tercero, ¿hay buenas razones para imputar el “dolo” a un autor cuya decisión la ha dominado otro?;

h) ¿No hay válidos argumentos para pensar que la relación entre forma, intensidad y eficacia de la acción de instigar y el resultado exitoso en la creación del dolo depende en mayor medida del proceso, consciente e inconsciente, que desarrolla ese estímulo en la diversidad de sujetos receptores?;

i) El hecho de que la escala punitiva para el instigador y para el autor sean idénticas, ¿no lesiona el principio de proporcionalidad?¹³.

Como se ve, muchas de las afirmaciones que rodean al problema de la instigación punible pueden y deben ser discutidas.

IV. LA LEGITIMIDAD DEL TIPO PENAL DE LA INSTIGACIÓN A LA LUZ DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Es difícil pensar en un Estado de derecho que pueda prescindir del resguardo al derecho de la libertad de expresión.¹⁴

La criminalización de una instancia que sólo consiste en expresarse (verbal o gestualmente) no parece obvia. Incluso los propios límites de la moral y las buenas costumbres, como fronteras clásicas a la hora de definir el derecho a expresarse desde el punto de vista constitucional, no parecen ser buenos justificativos para la intervención del derecho penal en cuanto a la instigación punible: incluso una instigación exitosa puede haber consistido en expresar algo que no afecta ni la moral ni las buenas costumbres y la frase más desagradable y soez, no lograr ese resultado.

Últimamente las voces de alerta sólo se concentran en las expresiones vinculadas al interés público, pero ello puede ser arbitrario: ¿sería racional que el ámbito de libertad de expresión dependa en última instancia del grado de utilidad social de las expresiones?

En este punto, y en esta ocasión, no podré detenerme en un problema que excede al de los límites y/o legitimidad de la inducción punible para abarcar a todo un sector político criminal de la criminalización de las expresiones (apologías, intimidación, etc.).

V. LA LEGITIMIDAD DE LA PUNICIÓN DEL INSTIGADOR DESDE LA ÓPTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA: EL PROBLEMA DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

Llamativamente, en el año 1998, HRUSCHKA, en un aporte realmente trascendente, sostuvo que: “la prohibición de regreso ha sido...el motor del desarrollo del concepto de inducción tal y como hoy lo conocemos”.¹⁵

¹³ Según FRISTER, detrás de la tendencia a que la pena del autor y la del inductor deban ser similares, “se halla la idea de que el autor intelectual de un hecho es responsable de éste en la misma medida que el propio actuante”. Ver, FRISTER, H., Derecho Penal. Parte General, Hammurabi, pág. 613.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 13(1), 22 nov. 1969, O.A.S.T.S. No. 36, 1144 U.N.T.S. 123; Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales art. 10(1), 4 nov. 1950, 213 U.N.T.S. 221 [en adelante Convenio Europeo.

¹⁵ HRUSCHKA, Joachim, Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias, traducción de Pablo Sánchez Ostiz, en Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, Thomson, 2005, pág. 181.

En los últimos años, en el marco de una investigación muy sugestiva, SÁNCHEZ VERA se refirió a las dudas que causaba sobre la legitimidad de la equiparación de pena entre inductor y autor la puesta en valor del principio de prohibición de regreso¹⁶. Según esta visión, la vigencia limitadora de la idea de prohibición de regreso que sólo opera frente a la inducción como forma de participación (pero no frente a los casos, por ejemplo, de autoría mediata), permiten acercarnos a la conclusión de que las penas no deberían ser idénticas.

La propuesta de SÁNCHEZ VERA, en este punto, tiene el mérito de recordar la capacidad que posee la idea de prohibición de regreso para definir alguna frontera de la participación punible (algo que ya había sucedido en el ámbito de las llamadas conductas neutrales). Sin embargo no aparecen las razones que limitan el aporte crítico de este criterio de imputación a un problema de determinación de la pena: todavía faltan una buena explicación de los motivos por los cuales la idea de prohibición de regreso no llega a cuestionar la penalidad en sí misma del aporte del inductor –sino sólo se trataría de un problema de cantidad de pena–, cuando en casos de aportes del que interviene primero, mucho más causales, que podrían ofrecer explicaciones causales del resultado final muy convincentes (algo que no parece suceder en el instigador), la idea misma de la prohibición de regreso bloquea la punibilidad hacia atrás. Es decir, en definitiva, incluso en la tesis de la penalidad diferenciada, en casos de inducción se permite regresar, pero si el aporte del de atrás es todavía más nítidamente causal ahí sí opera con toda fuerza esa prohibición del regreso.

En definitiva, en la legitimación de la punibilidad del inductor sucede y admitimos, todo aquello que tradicionalmente queríamos evitar con los famosos supuestos de interrupción del curso causal y más modernamente con los casos que invocábamos para poner en juego limitador a la teoría de la *Regressverbot*.

En verdad es posible reconstruir el proceso de la instigación como el camino en el cual el inductor coloca una débil influencia que sólo a través de un largo, inhóspito y desconocido proceso multicausal el autor expresa luego en el principio de ejecución del tipo penal que se trate.

¹⁶ Según SÁNCHEZ-VERA: “La equiparación punitiva del inductor con el autor, al menos en algunos de sus casos (en los supuestos, como veremos, que no se trata de verdaderas coautorías), parece poco justificada en la actualidad, aun cuando pudo estarlo históricamente –incluso en otra época fue equiparada la inducción a los supuestos de dominio por coacción o fuerza–. Así, que el inductor deba tener la misma pena que el autor, indudablemente acerca la figura de la inducción a la autoría mediata, pero en realidad ambas figuras parten de un presupuesto radicalmente distinto: en la autoría mediata, el hombre de atrás utiliza como instrumento al hombre de delante, de modo que él es autor (mediato), pues no hay hecho propio del hombre de delante. En cambio, en la inducción, el hombre de delante lleva a cabo un hecho propio y no es ni mucho menos un mero instrumento en manos del inductor, por mucho que éste último le haya determinado al hecho.

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

.... El autor inducido, no está en manos del inductor, no es ni su instrumento ni su marioneta, y, por ende, el riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado no es de forma directa la concreción del riesgo creado por el inductor –no es su obra–, sino la concreción del riesgo creado por el autor. Ello parece que debiera tener alguna significación en la pena. Y la mejor prueba de ello es que si el “autor” finalmente no lleva a cabo el hecho, el pretendido inductor o bien no responde, o bien responde con una significativa reducción de la pena, pero no ya por la inducción a un delito, como es sabido, sino por una suerte de “tentativa” de ello, excepcionalmente regulada (proposición al delito, art. 17.2 CP)”.

Aquí se coincide con que hay un ámbito para observar el fenómeno de la atribución al inductor desde la idea de prohibición de regreso, sólo que, bien mirado, quizá haya razones para otorgarle a esa mirada mayor gravedad. Lo que aquí, en este punto sólo se anuncia, puede verse con mayor claridad cuando se evalúan algunos extremos que son desarrollados más adelante. Aquí conviene quedarse con el planteo básico de la idea por razones de ventajas expositivas.

VI. LA LLAMADA HOMOGENEIDAD: LA CONGRUENCIA ENTRE LA ACCIÓN DEL INDUCTOR Y LA EJECUCIÓN DEL AUTOR.

La doctrina dominante recurre a la idea de homogeneidad o congruencia entre lo inducido y lo ejecutado como herramienta para poder comprobar de modo claro y objetivo el poder configurador del instigador sobre el dolo del autor de modo directo. Normalmente, y a través de diversas fórmulas, la jurisprudencia española y argentina ha pretendido que quede claro que no alcanza con que las expresiones del inductor generen una mera posibilidad de la acción en el sujeto activo. Ello está muy bien, pero sin embargo estas advertencias no pueden ocultar que habiendo tomado nota de las carencias descriptivas del tipo de participación mediante inducción y de la indispensable intermediación de la configuración personal del dolo por parte del autor principal, es verdaderamente imposible que se verifique, salvo casos muy marginales, esa precisa correspondencia (casos de comportamientos neutrales amparados adicionalmente por una garantía esencial como es la libertad de expresión). Ello, por propios problemas de la figura, nos coloca en la encrucijada de elegir entre porcentajes importantes de impunidad o en prescindir de esta exigencia en sus detalles, transformando a la figura en un caso de delito de sospecha, pero que tiene todos los costos de la figura inquisitiva (la construcción de la responsabilidad sobre la duda) y ninguna de sus ventajas (la reducción de la pena).

VII. LA EXPANSIÓN DEL CONCEPTO DE AUTOR Y LA INDUCCIÓN NO PUEDEN CONVIVIR.

Adicionalmente la figura del inductor y su necesidad de precisión paga algunos costos de la evolución que ha sufrido la atribución del rol de autor. Ello podría ser así debido a que, como es generalmente reconocido, las características puntuales de la acción del autor, en el marco de los delitos de infracción de un deber, pasa, si somos austeros en la descripción, aun claro segundo plano.

Ello dificulta una de las esperanzas, hace un tiempo formulada por **BALDO LAVILLA**: “Así, en principio, la determinación de detalles concretos de la ejecución como el tiempo, lugar y modalidades de la ejecución, así como la víctima concreta, cuando no poseen relevancia, se dejan al inducido”.¹⁷

Pero claro si el inductor no debe precisar tanto los detalles del influjo, y el autor, por propia definición normativa, no necesita actuar de un modo determinado pudiendo, incluso, omitir, se hace cada vez más difícil definir la referencia que poseo para comprobar si efectivamente ha habido correspondencia entre la influencia del inductor y la acción de inducido.

Si ya es complejo permitir la falta de definición concreta del aporte activo del sujeto principal, entonces todavía es peor que ello sea factible en etapas tan anteriores al propio curso lesivo.

Que, en sectores muy relevantes de la doctrina, ya en el terreno de la actividad meramente descriptiva del supuesto inductor, la frontera de relevancia jurídico penal se pretenda trazar en la

¹⁷ BALDO LAVILLA, Francisco, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP, 1989, II, pág.

corrección o incorrección de los datos empíricos, deja expuesto el nivel preocupante de expansión de la imputación penal al que puede colaborar esta figura aquí analizada.

VIII. LOS PROBLEMAS QUE ACARREA LA FIGURA DEL *OMNIMODO FACTURUS*.

¿HAY CERTEZA DE QUE ANTES DE LA INTERVENCIÓN DEL INSTIGADOR *NO HABÍA NADA* DE LA DECISIÓN DEL AUTOR? EL APORTE DE LA IDEA DEL *COMPORTAMIENTO ALTERNATIVO CONFORME AL DERECHO*.

Es muy conocido ya que hay casos que la doctrina jurídico penal ha definido como problemáticos en materia de inducción teniendo en cuenta que se trata de supuestos en los cuales es posible concluir que el supuesto inducido *ya estaba* decidido a la comisión del hecho de la instigación («*omnimodo vel simul aequo facturus*»). En estos supuestos se afirma que no se confirma la inducción, pero si pudiera interpretarse que el intento fallido del inductor de hacer nacer el dolo en cabeza del autor ha confirmado o fortalecido de todos modos esa decisión existe la posibilidad de acudir a la figura de la complicidad.

Sin embargo, este grupo de casos permite sembrar dudas sobre aquello que se considera sin discusión, es decir, los casos en los que, según se afirma, el influjo psíquico del inductor es de modo contundente una condición necesaria para la aparición de la decisión del hecho en el autor. Creo que hay buenas razones para pensar que hay una confianza exagerada y poco científica a la hora de pretender que esos casos de certeza en la conexión inductor-autor pueden aparecer luminosamente visibles a los ojos del intérprete. Por lo menos si es que uno está dispuesto a tomarse en serio que la duda es un escenario de triunfo del imputado (una situación espiritual cada vez más excepcional).

Veamos. En primer lugar pareciera que, aun cuando el aporte del inductor no se lo interprete en términos estrictamente causales, no quedan muchas más herramientas para subrayar su trascendencia que acudir a la fórmula heurística de la *conditio sine qua non* y de ese modo producir en famoso análisis de la supresión hipotética. Si lo hacemos ya desde los principios que rigen al análisis de la imputación objetiva, se trata de algo muy similar a los interrogantes que se formulan más modernamente desde la teoría del comportamiento alternativo conforme al derecho. Ahora bien, esta teoría y las exigencias fantasmales que sigue instalando el *clima causal* (que sigue vigente) ya ha demostrado que en ocasiones (es decir, en lo que no son *casos fáciles*) esta comprobación es francamente imposible (no hace falta más que recordar los dilemas que han planteado los famosos casos de causalidad general dados en Alemania, Italia, España e incluso la Argentina).

Quizá el problema, como mínimo, no sea menor en la imputación de inducción: ¿en cuántos casos la ausencia hipotética del accionar del instigador mostrará de modo ostensible la certeza del no nacimiento del dolo en cabeza del autor? Creo fervientemente que si uno está decidido a no pasar por encima del problema se encontrará aquí con varias molestias. Claro que alguien (para quien el problema del *in dubio pro reo* es sólo eso... Un problema, pero nunca una garantía) podría recordar el atajo de la solución de la teoría del incremento del riesgo (cuyas debilidades, incluso de método no puedo describir aquí) y con ello intentar la explicación de que desaparecen los obstáculos para imputar inducción incluso cuando no hay certeza de que si el instigador no hubiera abierto la boca el resultado se hubiera evitado. Sin embargo, si para la atribución del resultado al sujeto que tuvo dominio del curso lesivo ya era un problema imputar cuando no está claro que el incremento del riesgo se ha

debido a, por ejemplo, su falta de cuidado, mucho más complejo es trabajar con esas liviandades en una instancia muy anterior (¡en verdad, como veremos, anterior incluso a la ideación!) en la que el aporte del instigador tiene una nitidez causal (por así decirlo) verdaderamente discutible.

Resumiendo: si el principio *in dubio pro reo* es un posible obstáculo en los supuestos de comportamiento alternativo conforme a derecho, debería tener una consideración aún mayor en los casos de inducción.

IX. EL TIPO DE LA INDUCCIÓN Y SU EFECTIVIDAD MOTIVADORA: ¿QUE NO DEBE HACER EL INSTIGADOR?

El tipo de participación a través de una inducción posee otro dato llamativo y es que al estar montado en la más absoluta indefinición fáctica es realmente difícil que pueda cumplir con función motivadora alguna. No cabe duda que el “determinar directamente” al autor en verdad depende más de las condiciones estructurales del autor que de cualquier estereotipo que uno pueda imaginar en relación al camino lesivo usual. Así como hay un conjunto de grupos de acciones que pueden ser consideradas a priori como propias de “lesionar”, “matar”, “administrar fraudulentamente”, ello no es posible en el tipo de la inducción, debido a que mecanismos normalmente inapropiados, dependiendo de quien sea el autor, puede lograr eficacia. Ello hace que para poder definir qué es lo que prohíbe el tipo de inducción, es preciso detectar un porcentaje muy importante de influencia que se encuentra en cabeza del autor y que no tiene ninguna relación alguna con la acción propia del inductor.

X. DE “CUASI” DOLO DEL TIPO OMISIVO A LA INDUCCIÓN A LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE ACTUAR.

No hace falta recordar aquí la gran cantidad de problemas que siempre ha acarreado a la dogmática penal la imputación propia al tipo omisivo y al tipo llamado omisivo impropio¹⁸. Hay buenas razones para pensar que la infracción de una norma imperativa de acción es menos grave que la infracción de una norma prohibitiva. Pero, incluso, adicionalmente, la imputación al tipo subjetivo en las omisiones tiene el problema evidente que lo que sabe en verdad el omitente es bastante poco. Como sabemos, por propia reducción conceptual del ámbito del dolo en el proceso de imputación del ilícito omisivo es muy difícil que podamos movernos en un ámbito de tanta precisión subjetiva en el sujeto sobre el que recae el deber principal de actuar como para que podamos identificar, sin más ni más, aquel estímulo externo que habiendo sido generado en la actuación del inductor ha podido “determinar” la decisión de omitir. En un terreno tan resbaladizo es difícil tener optimismo en tales precisiones.

XI. INSTIGACIÓN Y PRECISIÓN DE LA IMPUTACIÓN PROCESAL.

Esta falta de precisión en la construcción dogmática del concepto es inevitablemente trasladada al proceso penal. Allí, como sabemos, una derivación esencial de la garantía del derecho de defensa en juicio reside en la exigencia de una imputación clara, precisa y circunstanciada del hecho, tal cual lo exigen la mayor parte de los sistemas de enjuiciamiento del mundo. Nadie puede defenderse

¹⁸ Ver, por todos, la excelente investigación de LUZÓN PEÑA, Diego M. Delitos omisivos impropios o de comisión por omisión, en Foro FICP, 2022-1, pág. 20.

correctamente de una imputación que no se estructura sobre la base de una descripción precisa del hecho. Ahora bien, esa descripción no puede contentarse con la mención de los vocablos que ha elegido el legislador para hacer mención a la forma de participación punible que se trate, tampoco ese relato puede contentarse con pronunciar el *nomen iuris* o citar el artículo del Código Penal que contiene el tipo penal. Nada de esto alcanza, si es que no se describe lo más detallado posible la acción que pretendemos atribuir al imputado. Esta exigencia es muy relevante porque de ella depende que podamos cumplir, luego ya en la misma decisión judicial, con el principio de congruencia entre lo imputado y lo decidido.

Pues bien, ¿cómo hace el pobre juez a cargo de la instrucción para describir una acción que en verdad sólo puede ser puesta en conexión con el resultado a partir del aporte indispensable del proceso psíquico que lleve el estímulo del inductor en el propio receptor? Y esa referencia es inevitablemente necesaria, porque, como dijimos la misma frase, vinculada con receptores diversos tiene resultados también diversos.

En el caso de la inducción, lo que se ha dado es una descomunal violación de estas garantías y se sustituye esa descripción precisa y anclada fácticamente por una referencia con ínfulas normativas que más o menos se asemeja a las repetidas frases legislativas, frente a esta directamente falsa imputación el acusado debe ensayar su defensa.

Sin embargo, el problema no nace en la decisión del operador judicial sino en un concepto que se relaciona sólo con dificultades con un derecho penal fundado en la idea de ilícito personal.

XII. ¿CREACIÓN DEL DOLO POR EL INSTIGADOR ANTES DE LA IDEACIÓN DEL AUTOR?

Si hay una afirmación que genera un consenso enorme es justamente la idea de que el inductor lo que en verdad realiza, y por ello es punible, es crear el dolo en cabeza del autor. Esa afirmación tiene un conjunto de implicancias; algunas de las cuales deben ser vistas rápidamente como erróneas, como por ejemplo que de ese modo no sería factible conceptualmente imaginar un inductor a un hecho realizado con culpa consciente o culpa con representación (por un momento dejemos de lado la culpa sin representación o culpa inconsciente que adolece de problemas particulares de legitimidad).

Pero aquí pretendo detenerme en otro lugar: la verdad es que así como esta expresada, la idea de que el inductor crea el dolo no puede ser sostenida seriamente. Por propias razones cronológicas, cuando el inductor actúa, diciendo *aquello que no debe*, en verdad, genera el aporte que sea en un momento anterior a la propia ideación del sujeto activo. Ello si se me perdona la superficialidad con la que no sólo yo, sino la totalidad de la ciencia penal ha administrado la casi nula información con la que contamos en cada caso sobre el proceso que va desde que el inductor expresa las palabras prohibidas hasta la puesta en marcha lesiva de la decisión del autor supuestamente motivada en esas palabras mágicas.

Si esto fuera así el inductor actúa en un momento anterior a esa ideación y es el propio autor que transforma ese punto de partida de seducción criminal irresistible en lo que llamamos dolo. Incluso puede pasar un tiempo considerable entre la recepción de la idea y el dolo que sólo nace en el mismo momento en el que nace el principio de ejecución y ello *per definitionem*.

Creo que transformar todo esto en que el inductor crea el dolo en cabeza del autor es demasiado ambicioso.

XIII. ¿ES ADMISIBLE PENSAR QUE EL DOLO DEL AUTOR ES UNA CREACIÓN DE UN TERCERO?

Hoy las neurociencias retoman el problema de las bases mismas del principio de culpabilidad, en un contexto en el que la idea de libertad debe ser revisada ya no por condicionamientos sociales, sino por dificultades en mayor medida propias del sistema de configuración (¿interna?) de la decisión individual. Un problema con resultados que en la actualidad sólo podemos intuir para la ciencia médica y también para el derecho penal. Aquí, sin embargo, no pretendo ocuparme de este camino argumental, sino que creo que tiene sentido traer a cuento esta advertencia cuando hoy admitimos sin problematizarlo que a un autor doloso se le puede imputar su decisión sobre la cual se estructura ese dolo, incluso en los supuestos en los que existe un inductor a quien le adjudicamos la responsabilidad de haber, él mismo, creado el dolo en cabeza del autor. Ahora bien, ¿es legítimo imputar el mismo fenómeno a dos personas al mismo tiempo, en base a procesos de construcción de ese dolo absolutamente autónomos e independientes?¹⁹. Y si describimos que el dolo del autor ha sido creado por el inductor, ¿es legítimo pensar en ese tipo subjetivo como su obra?

En los últimos años HRUSCHKA ha pretendido reflexionar sobre este punto, según él: “si consideramos un proceso como una acción libre, entonces no lo contemplamos como causado. Una *actio libera, per definitionem*, no es una *actio causata*, puesto que el significado de la palabra “libre” supone independencia de lo precedente, de las condiciones que determinen la acción. Así, imputación significa que no contemplamos la acción imputada como eslabón en una cadena causal, sino como nuevo comienzo. Si alguien, que actúa libremente y al que por consiguiente puede imputársele la acción, realiza un tipo delictivo, entonces lo llamamos “autor” de un “hecho”. De donde se sigue que

¹⁹Ver, ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, II, pág. 229: “El inductor ha de determinar al autor del hecho. Esto significa en primer lugar que ha de ser causal respecto de la resolución del autor al hecho, a cuyos efectos, igual que sucede en general en la causación, basta una cocausación”.

Al problema se ha referido últimamente FRISTER: “Al entendimiento tradicional de la instigación como causación de la decisión al hecho se le objeta, en parte, que una tal causalidad psíquica no es compatible con la libertad de decisión del autor. Dado que el autor –dice este criterio– no tiene por qué ajustarse a una incitación a cometer el delito, su decisión al hecho no está condicionada por una instigación, con arreglo a una ley, y, entonces, tampoco está causada”.

A ello sin embargo FRISTER responde: “Esta crítica se basa en la idea de que la constatación de la causalidad presupone leyes causales estrictas, en razón de las cuales pueda ser pronosticado con seguridad que en caso de que se dé el suceso causal “A” se producirá el suceso “B”. Pero esto no es correcto...la acción de instigar no tiene que ser una condición suficiente para la decisión del autor de cometer el hecho, sino solamente una condición necesaria, es decir, que lo que importa es tan sólo que la decisión al hecho no se habría tomado si no hubiera sido por la instigación. Tal constatación es compatible sin más con la libertad del autor de no seguir la incitación a que cometa el hecho”. Ver, FRISTER, DP, PG, cit., pág. 613 y ss.

Sin embargo, y más allá de tomar como ciertas las advertencias operativas que formula FRISTER, creo que con lo sugerido no cambia el cuadro en lo esencial: aun cuando a las palabras del instigador se le atribuya el valor de ser sólo una condición más del surgimiento del dolo del autor, todavía habrá que utilizar a la fórmula de la *conditio sine qua non* para confirmar esa relación de causalidad tal cual como viene definida. Y, en todo caso, habrá que decidir qué se hace cuando, en la casi totalidad de los supuestos, aún suprimido el influjo del inductor no hay certeza de la desaparición hipotética del dolo en cabeza del autor.

Pero incluso cuando se tome el atajo de la atribución sólo al riesgo generado de que surja el dolo del autor (y no la causalidad), es evidente que lo que estamos atribuyendo al inductor es el riesgo de que surja el dolo del autor que a su vez conducirá el riesgo de lesión del bien jurídico. Veámoslo con mayor claridad: podemos afirmar sin temor a equivocarnos que el riesgo del curso lesivo principal, el que conduce el autor, sólo surge en el marco de una coincidencia temporal con el dolo del sujeto activo. El instigador no aporta nada a ese proceso, debido a que actúa en un momento anterior en el cual, insisto, no ha habido siquiera la ideación del autor. Con lo cual lo único que genera el inductor de aporte al caso es un riesgo que de, una vez que se decida el autor –si el instigador tiene éxito–, se dé comienzo a la ejecución del ilícito y con ello se ponga en funcionamiento el riesgo de lesión del bien jurídico. Es decir, no sería incorrecto, que al instigador se le imputa la generación del riesgo de que se genere el riesgo en cabeza del autor. ¿Un caso de exagerado adelantamiento, normativo y fáctico, de la criminalización?: puede ser.

lo que se haya “tras” un autor al que se imputa una acción como libre, no puede aportar causa alguna que produzca la acción libre”.²⁰

El argumento parece claro: si mantengo intangible las condiciones para imputar el proceso lesivo principal al autor, incluso su propio dolo, como proceso libre y sobre el cual él debe responder, entonces no puedo atribuir esa determinación del autor a un tercero²¹.

Sin embargo, las consecuencias que extrae **HRUSCHKA** son más bien limitadas y, en todo caso, contrarias a las que nosotros extraemos: “Es precisamente eso lo que fundamenta –según **HRUSCHKA**– sobre todo que exista algo como la “inducción”. Si ciertamente aquel que determina (parágrafo 26 del StGB) al autor a realizar su hecho debe responder penalmente, entonces no puede responder como “autor”. Él no ha causado el resultado del hecho como el autor ha causado el resultado. De ahí se sigue que tampoco él ha realizado el tipo como el autor lo ha realizado, por lo que sí ante todo él es algo, será inductor al hecho...”.²²

Y continúa:

“...de la prohibición de regreso se derivan los presupuestos del concepto de inducción, frente a los cuales todas las teorías sobre el fundamento de la punibilidad de la inducción son algo secundario. En definitiva la categoría de la inducción se percibe sólo gracias a la prohibición de regreso”.²³

Si, por un segundo, se reparara en que, luego de las primeras e iluminadoras afirmaciones de **HRUSCHKA**, en el sentido de que una decisión principal libre no puede reconocer causalidades externas absolutamente explicativas, yo esperaba ansioso poder concluir con él en que: “la categoría de la inducción encuentra su lápida (como categoría autónoma) en la teoría de la prohibición de regreso”, se tendrá cabal idea del impacto sorpresivo (y depresivo) de este intercambio.

Ya recuperados de esta desilusión sólo podemos comenzar por separar el origen histórico de la teoría de la *Regressverbot* en el que **FRANK**, en los años 24 y 25 del siglo XX, buscó herramientas para, en épocas irracionalmente causales, limitar la expansión que generaba la idea de la *conditio sine qua non* en los contornos del concepto de autor, de la actualidad, en donde, en todo caso, las expansiones ya no son causales sino normativas y donde los principios hoy agrupados bajo la teoría de la imputación objetiva han encarado el desafío de limitar, ahora, el concepto de participación punible que, llamativamente, había quedado olvidado, atado y luchando, cuál década de los años 30 en el siglo anterior, con las lecturas causales en la construcción de aquello que debe ser imputado. Llamativamente hoy vivimos con un concepto de autor expandido por caminos normativistas y con un concepto de participación ampliado por viejas concepciones causales.

Si uno de aleja entonces de aquel nacimiento de la idea de la *Regressverbot* entonces hay pocos argumentos para no advertir que esta teoría también desdibuja la vigencia fáctica de aquello que está en el centro de los que atribuimos al inductor. Nadie puede dejar de observar que un sujeto que libremente crea su decisión y una decisión determinada externamente por el aporte de un tercero, son

²⁰ HRUSCHKA, J., en *Imputación y Derecho Penal*, cit., 2005, pág. 174

²¹ Que el control sigue estando en el autor (quien puede rechazar el influjo) lo subrayan como problemático, LACKNER/KÜHL, *StGB Kommentar*, 28. Auflage, pág. 227.

También, MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, Verlag C.H. Beck, Göttingen, 2011, pág. 325.

²² HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho Penal*, cit., 2005, pág. 175

²³ HRUSCHKA, en *Imputación y Derecho Penal*, cit., 2005, pág. 175.

imágenes que no pueden convivir en el mismo Film.

Aquello que a FRANK le sirvió para no ver autores detrás del autor, hoy debe seguir rindiendo para no ver determinadores que, de entrada, se vinculan, en el marco de la libertad de expresión, con sujetos libres.

XIV. ¿DE QUIÉN DEPENDE QUE SURJA EL DOLO?: DEL ESTÍMULO DEL TERCERO AL DESARROLLO QUE MANIFIESTA ESE ESTÍMULO EN LOS DIVERSOS SUJETOS RECEPTORES.

En el futuro debe ser discutido con profundidad las chances de que la atribución que, sin más ni más, realiza la dogmática jurídico penal y el propio legislador, del dolo del autor al inductor como su obra, sea, en verdad pura arbitrariedad. Debemos volver por un segundo a las investigaciones neurocientíficas²⁴: si a partir de Benjamín LIBET se hace cada vez más difícil confiar en que la decisión de acción es producto del más puro libre albedrío, parece todavía mucho más exótico que enfrentemos sin ningún problema la decisión de vincular, con la más enérgica pena mediante, a un tercero que “ha dicho algo convincente”, con el dolo del autor. Para decirlo de modo claro: si la decisión del autor sólo con cierta fe en el derecho penal y a través de una *construcción social* del principio de culpabilidad y de la libertad individual que le sirve de base, podemos atribuírselo a él mismo, ¿de dónde sacamos tanto optimismo como para, adicionalmente, y con la misma pena, atribuir esa decisión a un tercero que sólo ha *decidido* expresar una frase que, quizá, activa una elección del autor, en todo caso, previa al dolo?

¿Hay verdaderas herramientas para seccionar al autor que todavía dudaba²⁵ del que en verdad ya exponía una tendencia a su decisión que hacía casi banal el aporte de un estímulo externo?

¿Aquí no hay también una zona gris a la hora de definir con claridad la llamada instigación y su frontera con los más genéricos casos de colaboración psíquica no necesaria? ²⁶

Por lo menos debo expresar mi pesimismo para ese tipo de capacidad de respuesta del sistema actual de la teoría del delito.

XV. LA IMPOSIBILIDAD DE LOS ESTEREOTIPOS EN MATERIA DE INSTIGACIÓN.

El hecho de que tengamos que reflexionar nuevamente sobre la legitimidad de la pena de la instigación queda también bastante indicado en la clara imposibilidad de establecer estereotipos con respecto a la conducta de la instigación exitosa. Como sabemos, *mutatis mutandi*, uno puede

²⁴ Ver sobre este problema, entre otros: RUBIA, Francisco, Comentarios Introdutorios, en *El cerebro: avances recientes en neurociencia*, Ed. Complutense, 2009, pág. 18. SEARLE, John, Libertad y neurobiología. Reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político, Paidós, 2009, pág. 28.

MORA, Francisco, *El reloj de la sabiduría. Tiempos y espacios en el cerebro humano*, Alianza editorial, 2005, pág. 137 y ss. EVERS, Kathinke, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Katz, traducción del original, *Neuroéthique. Quand la matière s'éveille*, Odile Jacob, 2009. Madrid, 2013, pág.73. FRISCH, Wolfgang, *Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad*, en Feijóo Sánchez (ed.), *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas/ Thomson Reuters, pág. 27.

OLIVEIRO, Alberto, *Cerebro*. Traducción del original italiano *Cervello*, 2012, Bolati bohringieri Editori, Torino, a cargo de Inés Marini y Rodrigo Molina- Zavalía, Adriana Hidalgo Editora, 2013, pág. 52.

JÄGER, Christian, *Libre determinación de la voluntad, causalidad y determinación, a la luz de la moderna investigación del cerebro*, en Demetrio Crespo (coord.), *Neurociencias y Derecho Penal*, cit., pág. 67.

²⁵ Según en ocasiones se afirma, mientras el perpetrador principal todavía dude o solo esté generalmente dispuesto a cometer delitos, aún puede ser instigado. Ver, por ejemplo, MURMANN, Uwe, *Grundkurs Strafrecht*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, pág. 329.

²⁶ Ver, GROPP, Walter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, págs. 438.

establecer a grandes rasgos un estereotipo de abuso deshonesto, o de administración fraudulenta, o de hurto, u homicidio, pero tamaña tarea se hace imposible frente a la instigación: **el tránsito que va de la formulación de frases absolutamente desconectadas de cualquier curso lesivo del autor a la mágica frase que hace cambiar la historia del bien jurídico no reconoce ningún patrón racional**. Ningún manual de autoayuda al instigador exitoso se animaría a ofrecernos la frase estadísticamente más acertada para producir decisiones en eventuales autores materiales de delitos graves que necesitan un empujón psíquico. Y ello porque así como esa frase puede no asegurarnos nada, alguna otra, absolutamente aleatoria, rara, sorpresiva, en determinado contexto de relación con el receptor o en una particular circunstancia por la que éste receptor atravesase, en cambio puede aparecer como el conjunto de palabras mágicas que producen la activación lesiva.

Pero si estas constancias fácticas son elevadas al efecto de extraer algunas conclusiones teóricas pareciera que debemos concluir que el alejamiento de la neutralidad del aporte del instigador depende de una lectura *ex post* de su impacto en el receptor. Algo que, a todas luces, nos costaría admitir como razonable.

XVI. CANTIDAD DE PENA DEL INSTIGADOR Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Aun cuando se estime que estos problemas son sólo prejuicios superables comienza a ser indudable que si el principio de proporcionalidad como regla de dosificación intrasistemática tiene algo que decir, la pena del inductor no puede ser idéntica a la pena del autor principal. La previsible respuesta basada en que lo único que se parifica legislativamente es la escala pero que ello no impide que el Juez distinga las sanciones en concreto en orden al grado de intervención de cada sujeto en el hecho, no puede ser tenido en cuenta seriamente en sistemas de administración de justicia, como el de mi país, en que casi no existe nada parecido a una fundamentación detallada y racional, con criterios de determinación de la pena expuestos en la misma decisión, de la pena correspondiente al caso concreto. La sensación que campea es que entre el mínimo y el máximo legal hay un recorrido que puede ser transitado por el juez con cierta –toda- discrecionalidad.

Pero aun cuando vivamos en el mejor de los mundos en cuanto a la responsabilidad científica y judicial a la hora de determinar frente el caso la pena en concreto, sigue valiendo la pregunta acerca de si, ya en la previsión legislativa, inducción y autoría, pueden y deben tener la misma gravedad punitiva.

El problema ha sido visto, aunque posiblemente no resuelto, por Harro OTTO: “... al inductor le corresponde la pena del autor principal. Pero si se tiene presente la energía criminal que en general despliega el autor principal y qué poco esfuerzo hace el inductor si es que basta con cualquier causación al hecho, entonces la discrepancia es manifiesta”.²⁷

Conviene tener presente que el inductor actúa en un momento bastante lejano, dogmáticamente hablando, del proceso lesivo propiamente dicho. Nada aporta en verdad el inductor al riesgo desplegado por el autor. Sólo ha generado una condición posible, cuyas consecuencias internas desconocemos completamente (¡y que nunca se externalizan de modo propiamente lesivo!), de la

²⁷ OTTO, Harro, Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho penal, traducción de la 7ma edición alemana de José R. Béquelin, Atelier, Barcelona, 2017, pág. 493.

decisión que acompañará a ese riesgo. Una decisión que, en sí misma, sigue siendo atribuible al autor. Por ello no parece razonable esa parificación punitiva prevista legislativamente.

XVII. ¿UN TIPO SUBJETIVO TAMBIÉN INDETERMINADO?

También la atribución del dolo del partícipe instigador conlleva varios problemas. Para adelantar ya la zona crítica, debemos decir que no está claro que el instigador pueda conocer lo que debería conocer para sostener la atribución del dolo.

Según FRISTER, por ejemplo: “El tipo subjetivo de la instigación presupone, según las reglas generales..., primeramente el dolo respecto de todas las circunstancias que realizan el tipo objetivo, es decir, que el instigador tiene que conocer, primero, que él le aconseja al autor cometer un hecho doloso antijurídico y, segundo, tiene que contar con que el autor cometerá ese hecho en razón del consejo impartido. Por ello, en la doctrina se habla, tradicionalmente, de un doble dolo del instigador.

28

Lo que en estos ámbitos se advierte en la doctrina es un uso del lenguaje y, sobre todo, de aquellos conceptos que forman parte del lenguaje técnico (que deberían, por ello mismo, concederle poco espacio a la vaguedad y la ambigüedad. Dado que el instigador actúa, en forma clara, en etapas anteriores a la actuación del autor, es inapropiado hablar de un dolo en relación con el conocimiento de que el autor cometerá el hecho. No es propio del dolo la futurología, sobre todo, teniendo en cuenta que, como ya lo dijimos, el tránsito que va de la seducción verbal al hecho al principio de ejecución se produce en lo interno del sujeto receptor y difícilmente, fuera de la colocación de estímulos, pueda dejarse influir, sin más ni más, por el instigador (o cualquier tercero).

Por ello mismo, sobre lo que hará el autor nada sabe en verdad el instigador por razones de que inducción y acción no comparten el mismo espacio temporal y porque entre ambas hay un devenir que no es dominado por el autor.

Habrá que volver a recordar que, deseo, no es, todavía, dolo.

La afirmación de FRISTER de que el dolo casi siempre tiene varios puntos de referencia es tan correcta como poco relevante: el problema es de qué depende que un extremo fáctico sea una referencia del dolo, la respuesta puede ser compleja, pero siempre exige que ese punto de referencia sea actual, es decir, que no esté ubicado en el futuro.

XVIII. LA “VOLUNTAD” EN EL DOLO: ¿ES O NO ES RELEVANTE?

Para concluir, hay que decir que en épocas de relativo poco éxito de la doctrina que sigue exigiendo la comprobación del elemento volitivo para la configuración del dolo, es llamativo como se pretende afirmar en el contexto de los debates sobre la instigación o inducción, para limitar las consecuencias de una explicación estrictamente causal, que se “... requiere de una influencia sobre la voluntad por la vía de un abierto contacto psicológico (teoría de la comunicación)...”²⁹. Ello, adicionalmente, demuestra también un segmento de debilidad en la legitimidad conceptual de la instigación o inducción. Si una instancia tan cuestionada por un sector de la doctrina moderna como

²⁸ FRISTER, Derecho Penal. Parte General, cit., pág. 621

²⁹ WESSELS/BEULQUE/SATZGER, Derecho Penal. Parte general, trad. de la 46ª edición alemana, por Raúl Pariona Arana, Lima, 2018, pág. 395.

el elemento volitivo del dolo, es aquel del cual esperamos una frontera racional de la inducción punible, entonces el panorama no es el mejor, ni mucho menos.

XIX. CONCLUSIÓN.

Estos interrogantes, posiblemente formulados con un grado de atrevimiento exagerado, sólo pretenden discutir en profundidad aquello que no debe ser obviado. Esconden, todos ellos, una sensación que es expresada de un modo, sin embargo, austero: ¿es posible que la necesidad e incluso, la legitimidad, de la inducción como forma de participación punible, no sean obvias?