

**UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO**

**ESCUELA DE POSGRADO**



**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO CON  
MENCION EN DERECHO PENAL**

---

**LA SANCIÓN PENAL AL INSTIGADOR Y SU AFECTACIÓN AL  
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA**

---

**Área Investigación:**

**Derecho Público**

**Autor**

Br. Vinter Calle Córdova

**Jurado Evaluador**

**Presidente:** Ms. Jorge Fernando Seminario Mauricio

**Secretaria:** Ms. Kelly Janet Vera Vásquez

**Vocal:** Ms. Francisco Javier Mauricio Juárez

**Asesor**

Dr. Henry Carbajal Sánchez

Código Orcid: 0000-0002-3449-688X

TRUJILLO PERU

2022

**Fecha de Sustentación: 2022/09/26.**

## DEDICATORIA

*A Dios, Todo poderoso;*

*Por permitir alcanzar un logro más en mi vida profesional.*

*A mi adorada familia; por su apoyo y constante fortaleza.*

## **PRESENTACIÓN**

Ante ustedes señores integrantes del jurado evaluador se somete a vuestra consideración la investigación: **“LA SANCIÓN PENAL AL INSTIGADOR Y SU AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA”**, para su revisión, opinión favorable y ser objeto de sustentación oral con el fin de optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Penal.

Vinter Calle Córdova

## RESUMEN

La presente investigación se dirige a determinar el fundamento jurídico-penal en la que se sustenta la imputación de responsabilidad del partícipe a modo de instigador y su vinculación con el principio de proporcionalidad, de tal forma que entendemos que una de las manifestaciones del derecho penal peruano es la materialización de un acto concreto (derecho penal de acto) la que fundamenta la responsabilidad, y no los meros pensamientos o actos deliberativos, por ello, es evidentemente claro la diferenciación existente entre el aporte de un partícipe (como inductor) y el aporte realizado por el propio autor, quién es el último que termina afectando al bien jurídico tutelado, determinando para esto la ausencia de un fundamento contundente para establecer ¿cuál es la equiparación a efectos de determinación de la pena entre el instigador y el autor de un hecho punible?

Para determinar y resolver el problema propuesto se ha ejecutado una investigación no experimental, que parte de explorar la dogmática construida alrededor de la teoría de la autoría y participación, centrándonos en auscultar la naturaleza y desarrollo de la figura de la instigación, así como también contraponer una propuesta de solución a la problemática que se presenta en su aplicación.

Para ello nos basamos principalmente en el estudio de la doctrina penal, así como el de la jurisprudencia penal peruana, también se empleó la recolección de datos a través del estudio y análisis de dos resoluciones judiciales respecto de casos emblemáticos sobre condenas recaídas por instigación suscitados en el Perú.

Todo ello en aras de dilucidar los aspectos que aún se encuentran ambiguos y oscuros sobre uno de los temas más controversiales del derecho penal, como es la figura de la instigación en la Teoría de la autoría y participación.

Del estudio realizado se concluye que efectivamente existe una afectación al principio de proporcionalidad, toda vez que no se ha establecido un fundamente concreto, adecuado e idóneo para establecer la misma pena del autor para el inductor, afectando así una de las

garantías que tiene el ciudadano para confrontar al inmenso poder coercitivo con la que cuenta el Estado.

## ABSTRACT

This investigation is aimed at determining the legal-criminal basis on which the imputation of responsibility of the participant as an instigator and its connection with the principle of proportionality is based, in such a way that we understand that one of the manifestations of Peruvian criminal law It is the materialization of a specific act (criminal act law) that bases the responsibility, and not the mere thoughts or deliberative acts, for this reason, it is clearly clear the differentiation between the contribution of a participant (as inducer) and the contribution carried out by the author himself, who is the last one that ends up affecting the protected legal right, determining for this the absence of a forceful basis to establish what is the comparison for purposes of determining the sentence between the instigator and the author of a fact punishable?

In order to determine and solve the proposed problem, a non-experimental investigation has been proposed, which starts from exploring the dogmatics built around the theory of authorship and participation, focusing on auscultating the nature and development of the figure of instigation, as well as opposing a proposal for a solution to the problems that arise in its application.

For this we will mainly base ourselves on the study of criminal doctrine, as well as that of Peruvian criminal jurisprudence, we will also use data collection through the study and analysis of judicial records regarding emblematic cases of convictions relapsed by instigation raised in Peru.

All this in order to elucidate the aspects that are still ambiguous and obscure about one of the most controversial topics in criminal law, such as the figure of instigation in the Theory of authorship and participation.

From the study carried out, it is concluded that there is indeed an affectation to the principle of proportionality, since no specific, adequate and suitable basis has been established to establish the author's penalty for the inductor, thus affecting one of the guarantees that the citizen has to confront the immense coercive power that the State has.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	1
PRESENTACIÓN .....	3
RESUMEN.....	4
ABSTRACT .....	6
TÍTULO I.....	10
EL PROBLEMA .....	10
1.REALIDAD PROBLEMÁTICA.....	11
2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA .....	13
3.HIPÓTESIS.....	13
4. VARIABLES.....	13
5.OBJETIVOS .....	14
5.1.Objetivo General.....	14
5.2.Objetivos Específicos .....	14
6.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	14
TÍTULO II.....	17
METODOLOGÍA .....	17
1.TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	18
a)Por su fin:.....	18
b)Por su profundidad:.....	18
c)Por su naturaleza: .....	18
2.MATERIAL Y MÉTODOS .....	19
2.1. Población y muestra .....	19
2.1.1.Fórmula.....	20
2.2. Unidades de Análisis.....	20
2.3. Métodos de Investigación.....	21
3.TÉCNICAS E INSTRUMENTOS .....	24
4.PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN .....	27
5.DISEÑO, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS .....	28
TÍTULO III.....	29
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA .....	29

MARCO REFERENCIAL .....	30
a)Antecedentes o Investigaciones Previas.....	30
MARCO TEÓRICO .....	34
CAPÍTULO I .....	34
EL PODER COERCITIVO DEL ESTADO .....	34
1.1 Consideraciones preliminares; 1.2 El Control Social: Informal y Formal; 1.3El Poder Penal: Criminalización Primaria y Secundaria; 1.4 Función de la Política Criminal .....	34
1.1    Consideraciones preliminares .....	34
1.2 El Control social: Informal y Formal .....	37
1.3 El Poder Penal: Criminalización primaria y secundaria.....	42
1.4 Función de la Política Criminal. ....	47
CAPÍTULO II .....	50
LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL COMO LÍMITE AL APODER PUNITIVO DEL ESTADO .....	51
2.1    Aspectos preliminares .....	51
2.2    El Principio de Legalidad .....	53
2.3    El Principio de Intervención Mínima .....	55
2.4    El Principio de Culpabilidad .....	60
2.5    El Principio de Proporcionalidad .....	64
CAPÍTULO III .....	76
LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL .....	76
3.1 La Teoría del Sujeto Infractor .....	76
3.2 Teorías sobre la Diferenciación en la Intervención Delictiva. ....	78
CAPÍTULO IV.....	99
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INSTIGACIÓN.....	99
4.1.1 La Instigación en la Época romana.....	99
4.1.2 La Instigación en la Época medioeval .....	101
4.1.3 La Instigación en la Época moderna .....	104
4.1.4 La Instigación en el Código Penal de Vidaurre .....	107
4.1.5 La Instigación en el Código Penal de Santa Cruz.....	108
4.1.6 La Instigación en el Código Penal de 1863.....	109
4.1.7 La Instigación en el Código Penal de 1924.....	110
4.2 ESTRUCTURA DE LA INSTIGACIÓN Y FUNDAMENTO DE LO INJUSTO .....	111

4.2.1 Definición y alcances, en el actual Código penal. ....	111
4.2.2 Fundamentos de la punibilidad de la conducta del instigador. ....	113
4.2.3 Tipicidad Objetiva y Subjetiva de la Instigación.....	117
4.2.4 Exceso de la conducta del instigado. ....	123
4.2.5 Desbalance de la sanción en la instigación.....	124
CAPÍTULO V.....	127
5.1 ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALES .....	127
5.1.1 Caso judicial: Abencia Meza Luna (Expediente N° 26704-2009) .....	127
5.1.2 Caso judicial: Alberto Fujimori Fujimori (Expediente N° AV-13-2003).....	131
5.2 ANÁLISIS DE ESTUDIOS RELACIONADOS .....	135
5.2.1 Estudio de Glenda Cecilia Lagos Chandía .....	135
5.2.2 Estudio de Castillo Alva.....	136
5.2.3 Estudio de Matus Jean Pierre .....	137
TÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....	142
TÍTULO V: CONCLUSIONES .....	144
TÍTULO VI: RECOMENDACIÓN.....	148
Fórmula legal .....	149
BIBLIOGRAFÍA .....	150

**TÍTULO I**  
**EL PROBLEMA**

## 1. REALIDAD PROBLEMÁTICA

El planteamiento de la dogmática penal se ha dirigido desde siempre en abarcar la inmensa problemática de si un hecho puede constituir o no un delito; para ello se elaboró un sistema teórico estratificado que permite analizar adecuadamente la conducta humana y de ser el caso, tras el análisis, entender si reviste o no positivamente de un significado que se condice con el mandato expreso de la norma, así como la no concurrencia de alguna causa de justificación, y el debido reproche al sujeto por no ajustar de otra manera su conducta. Sin embargo, establecer ello conlleva a realizar una tarea demasiado extensa en sí misma y que por la magnitud, se ha desembocado en imprecisiones en la estructura misma de la teoría.

Por ello, se ha planteado diferentes posturas para interpretar adecuadamente la Teoría del delito, desde la concepción causalista – naturalista (como postura base o inicial) hasta la concepción Funcionalista (en sus dos vertientes: moderada y radical). Ahora bien, uno de los mayores problemas y de mayor discusión en la doctrina ha sido determinar el nombre o título de quien interviene en un hecho delictivo, es decir, “la etiqueta con la cual se le podrá calificar”.

La tarea no resultó ser tan fácil, aún bajo las concepciones naturalistas, en donde no cabía diferenciación alguna entre autores y partícipes; la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la teoría *sine qua non* presentaban ya problemas en la delimitación de las conductas de quienes se sumaban en el hecho

delictivo, llevando al ilógico y absurdo razonamiento, de que todos los intervinientes respondían por el mismo título de intervención, es decir, como autores.

En esa inteligencia, con la aplicación de la teoría restrictiva de autor y los diferentes aportes realizados por las concepciones finalistas y ahora último de la concepción funcionalista (como los criterios normativos de delimitación a través del riesgo), se ha logrado superar esta limitación (aunque en la actualidad aún se plantea en el Perú para los delitos imprudentes la aplicación de la teoría unitaria – causalista).

Es tanto así, que con el avance de la sociedad y del pensamiento filosófico-penal, se ha logrado determinar la diferencia por un lado de “autores” y su clasificación en: *i) autor directo*, *ii) coautor* y *iii) autor mediato*; y por otro, la diferencia entre partícipes: *i) instigador* y *ii) cómplices primarios y secundarios*, por lo cual parece existir un criterio pacífico y mayoritario respecto de la imputación de aquellos quienes intervienen en un hecho delictivo.

Sin embargo, la aparición de nuevas tendencias penales, como el amplio espacio del derecho penal económico, así como los recientes y bochornosos casos de delitos funcionariales, en donde ya no se encuentra una criminalidad clásica destinada a realizar solo delitos de sangre, sino que son los propios funcionarios públicos, quienes, transgrediendo sus deberes de actuación, vigilancia y protección, se dirigen en violentar la correcta actividad y/o administración de la función pública, estos factores han llevado a replantearse los criterios de autoría y participación, por cuanto se encuentran estructuras de mayor complejidad a nivel de la elaboración de los propios tipos penales, en virtud a que los legisladores peruanos han establecido “tipos penales especiales” en donde el fundamento de la punición recae en la cualidad especial que tiene el autor, delimitando así el grado de participación por parte de él “*extraneus*”.

Bajo esta perspectiva, y de análisis, se ha planteado el siguiente cuestionamiento: *¿En qué medida ha servido superar las vallas limitantes respecto a la diferenciación de autores y partícipes, si en cuanto a su regulación normativa se sigue manteniendo un criterio igualitario para con la aplicación de la pena entre todos los intervinientes?*, así mismo, se replantea: *¿No es diferente el aporte realizado por el partícipe, en contraposición a lo que realiza el autor, mucho más aún, cuando la instigación versa sobre la realización dolosa de insertar mediante un influjo psíquico, para que otro realice la comisión de un hecho punible? ¿No estamos frente a un verdadero desbalance en la determinación y mesuración judicial de la pena, desatendiendo por completo a una de las garantías establecidas como lo es el principio de proporcionalidad?*

## **2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿La sanción penal al instigador, conforme el artículo 24 del Código penal, afecta el principio de proporcionalidad de la pena?

## **3. HIPÓTESIS**

La sanción penal al instigador conforme el artículo 24 del Código penal, sí; afecta el principio de proporcionalidad de la pena, al reprimirsele con la pena que corresponde al autor.

## **4. VARIABLES**

- **Variable Independiente:** Sancionar al instigador con la pena que corresponde al autor.

- **Variable Dependiente:** Afectación al Principio de proporcionalidad de la pena.

## 5. OBJETIVOS

### 5.1. Objetivo General

- Determinar sí; con la sanción penal del instigador, conforme el artículo 24 del código penal, se afecta al principio de proporcionalidad de la pena.

### 5.2. Objetivos Específicos

- Analizar dogmáticamente la diferenciación entre la autoría y la participación a fin de determinar sí, su sanción penal debe ser proporcional con el dominio u intervención en el hecho delictivo.
- Analizar la diferenciación entre el injusto del instigador y el injusto del autor; a fin de determinar sí, la participación de éstos puede existir independientemente.
- Determinar la necesidad de proponer modificaciones legislativas a fin de que se regule una sanción penal para el instigador distinta a la que corresponda al autor.

## 6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

**A nivel social;** el estudio encuentra su justificación, en cuanto, la instigación no es una modalidad estricta de participación, ya que la misma se erige como la determinación psicológica, no pudiendo ser equiparada como la conducta de quien realiza materialmente el hecho.

**A nivel social;** la investigación encuentra su sentido en la necesidad de establecer la diferenciación en las conductas establecidas entre los autores e instigadores, y como aún se mantiene criterios causalistas para determinar la sanción a imponer.

**A nivel teórico;** se pretende generar un valor reflexivo y de debate académico sobre el conocimiento existente en la figura de la instigación, como modalidad de participación criminal.

**A nivel metodológico;** se planteará la existencia de un nuevo método o una nueva estrategia para generar conocimiento válido y confiable que sirva tanto para investigar, así como para observar durante el proceso. Este nuevo método se orientará a buscar una alternativa de solución a la problemática encontrada en la instigación como participación criminal y su correlación sancionatoria, generando de esta forma un conocimiento válido que repercuta en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.



# **TÍTULO II**

## **METODOLOGÍA**

## 1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

### a) Por su fin:

Por su finalidad, es Básica.

Según Arias (2020) *Este tipo de investigación tiene como objetivo aumentar el conocimiento y estudio de un determinado fenómeno, hecho o situación, de manera particular y específica.*

Con el presente estudio lograremos incrementa el conocimiento en relación al principio de proporcionalidad de la pena y las disposiciones contenidas en el artículo 24 del Código penal, en relación a las disposiciones de la pena que corresponde al instigador.

### b) Por su profundidad:

La investigación por su profundidad será Descriptiva.

Conforme lo enseña Tamayo y Tamayo, M. (2003) *Este tipo de investigación se caracteriza por describir, registrar, analizar e interpretar fenómenos, hechos conforme a su estado actual.*

La presente investigación se iniciará con la descripción, registro, análisis y posterior interpretación minuciosa de fenómenos jurídicos en estudio, específicamente respecto a las disposiciones contenidas en el artículo 24 de Código Penal; para su posterior identificación y descripción entre ellas; considerando que las conclusiones y resultados a las que podamos arribar serán valoradas como antecedentes de investigaciones posteriores.

### c) Por su naturaleza:

La investigación será de naturaleza No experimental.

Según Flames, A. (2012) *En este tipo de investigación quién investiga no otorga valores u condiciones especiales a sus variables; no las manipula, y ello por*

*cuanto se limita a describir hechos, fenómenos conforme son presentados y observados en la realidad, sintetizando información y datos al respecto.*

En tal sentido analizaremos las figuras jurídicas de la autoría y la instigación, así como la disposición legal que dispone que al instigador corresponde la pena del autor; tal y conforme está regulada en nuestro ordenamiento penal vigente.

## **2. MATERIAL Y MÉTODOS**

### **2.1. Población y muestra**

- A decir por López P. y Fachelli S. (2015); *La población comprende a la totalidad de individuos de un universo de analítico interés que siendo objeto de estudio se obtendrán información relevante para lograr conclusiones; éstas pueden ser de orden sustantivo o estadístico.*

La población es conceptualizada como el conjunto determinado finitamente con cualidades, propiedades y características comunes respecto de los cuales se realiza una investigación.

La población en el presente estudio estuvo representada por la totalidad de estudios doctrinarios relacionados con el Principio de proporcionalidad de la pena, la autoría y la instigación; así como por Expedientes judiciales, relacionados al tema en investigación.

- Conforme Hernández, S. (2018): *La muestra es aquel subgrupo de aquella totalidad conocida como población, representa a un subconjunto de partes o piezas que constituyen un conjunto o grupo definido en cualidades o propiedades propias.*

La Muestra en el presente estudio estuvo representada por los estudios doctrinarios relacionados con el Principio de proporcionalidad de la pena, la

autoría y la instigación; así como por el Expediente N° 26704-2009 Caso Abencia Meza y Expediente N° AV-12-2003 Caso Alberto Fujimori Fujimori.

### 2.1.1. Fórmula

- **Tamaño:** La investigación se realizó tomando como muestra a la totalidad de la población identificada.
  
- **Selección**

Es Bietápica; por cuanto la muestra es una, no probabilística respecto al universo o población objeto de la Tesis.

- **Características**
  - **Significativa:** pues contiene y representa a la población misma, que fue seleccionada con anticipación.
  
  - **Confiable:** deviene en confiable la muestra, pues satisface el requerimiento de ser representativa, cumpliendo estrictamente las exigencias de las investigaciones de naturaleza científica.
  
  - **Válida:** La muestra identificada es válida al contar con las características de ser confiable y significativa respecto a la población.

## 2.2. Unidades de Análisis

- Legislación nacional e internacional.
  
- Estudios doctrinarios, nacionales e internacionales

- Expedientes judiciales Expediente N° 26704-2009 y Expediente AV 13-2003.

### 2.3. Métodos de Investigación

#### - Método Científico

Para Westreicher, G. (2020) *El método científico nos permitirá lograr conocimiento que pueda ser concebido como válido desde el punto de vista de la ciencia.*

Con el proceso reflexivo que comprende este método logramos aumentar el conocimiento existente en relación a nuestras variables de la problemática y concretamente con lo advertido en el artículo 24 del Código penal que sanciona al instigador con pena que corresponde al autor.

#### - Analítico:

Según Villabella, C. (2015) *Este método comprende un procedimiento lógico a través del cual se descompone el objeto materia de investigación en sus elementos que lo conforma a fin de ser estudiados para luego recomponerlo, destacando las relaciones existentes entre sus citados elementos constitutivos.*

El método analítico nos permitió analizar las instituciones de la autoría, la instigación, la pena y el principio de proporcionalidad de la pena; entre otras, en sus elementos que compone a cada una de ellas, previamente seleccionadas de nuestras fuentes bibliográficas,

siendo que sus resultados son considerados en el marco teórico que respaldará la presente Tesis.

- **Sintético:**

*Según Ruíz, R. (2007) El método sintético hace referencia al procedimiento que tiene como fin la reconstitución de una unidad, de un todo, partiendo de sus particulares elementos que lo integran partiendo del análisis.*

Con este método se logró analizar, a través de la reconstitución de figuras jurídicas advertidas en las variables, descompuestas con anterioridad en sus elementos integrantes, permitiendo también la construcción de nuestras conclusiones y recomendaciones que presentamos al finalizar la investigación.

- **Doctrinario:**

*Conforme Van, M. (2011) Por este método, la investigación se sustenta en opiniones, criterios, conceptos y aseveraciones coherentes, carentes de contradicciones, vinculados a sistemas jurídicos como a alguna parte de ellas, establecidos de tal manera que garantice el arribo de hipótesis contrastables sobre la existencia (validez) e interpretación de normas, preceptos o postulados jurídicos.*

Gracias al método doctrinario, podemos sustentar nuestra Tesis en conceptos u opiniones relacionados con el principio de proporcionalidad de la pena, la autoría y la instigación, identificados y recogidos previamente de autores, doctrinarios, estudiosos de la Ciencia del Derecho; ello finalmente nos permite contrastar la hipótesis.

- **Descriptivo:**

Para Marroquín, R.; *con el método descriptivo se logra la descripción de características y datos de un determinado fenómeno que está siendo estudiado.*

Empleando el método descriptivo nos permitió describir los alcances y características de figuras jurídicas como es la autoría y la instigación a fin de identificar sus elementos o características conformantes, así como del principio de proporcionalidad de la pena; a fin de determinar si las disposiciones del artículo 24 de nuestro Código penal concuerda o contraviene con las disposiciones del citado principio.

- **Método Inductivo**

Según Villabella, C. (2015) Por el método inductivo se obtendrá información relevante para la investigación a través de un proceso que va desde lo particular hasta obtener resultados generales; así, será de ayuda al elaborar las conclusiones del estudio, al ser propio del razonamiento en las investigaciones cualitativas.

Con ayuda de este método se elaboró el marco teórico que respalda la investigación, así como las conclusiones respecto a que el principio de proporcionalidad de la pena es afectado con las disposiciones legales que dispone para el instigador, la pena del autor.

- **Método Deductivo**

A decir por Dávila, G. (2006) *Este método hace referencia al lógico proceso mediante el cual a partir de premisas generales lograremos premisas particulares, sobre el apoyo en reglas de la lógica.*

Apoyados en el método deductivo se arribó a conclusiones respecto a la existencia de afectación al principio de proporcionalidad de la pena en las disposiciones contenidas en el artículo 24 del Código penal al disponer que al instigador corresponde la pena para el autor.

### **3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS**

- **Técnicas:**

- **La observación**

*A través de esta técnica se confrontó el fenómeno objeto de estudio; y, que es objeto de comprensión, con la finalidad de describirlo, tomando apunte de sus cualidades, de su contexto para detallarlo. Se dice, es el paso primero y básico para de todo saber. (Equipo Editorial, 2021)*

Con la presente técnica se observó todos los acontecimientos de significancia jurídica que se fueron advertidos y son detallados en la realidad expuesta vinculada con el objeto de análisis.

- **Acopio de Información**

Según Pimienta, J. (2017) *Contando con la información, pertinente y confiable, será clasificada y organizada metódicamente; para su posterior interpretación, cuyos resultados serán presentados en el informe final de Tesis.*

Esta técnica se aplicó en la recolección de datos, haciendo uso de las fichas de registro (fichas bibliográficas y hemerográficas) y de investigación (ficha textual o transcripción, de resumen, de comentario, o mixtas).

- **Entrevista:**

A decir de Hernández, R. & otros (2014) La entrevista es conceptualizada *como una aquella reunión que tiene por finalidad de conversar, intercambiando información entre el entrevistador y el entrevistado; asimismo, a través de dicha técnica y por medio de preguntas y las absoluciones de éstas se logrará establecer una comunicación, construyendo conjuntamente significados en relación a un determinado tema*

Con ayuda de la Entrevista se conoció la opinión privilegiada de especialistas en el tema objeto de nuestra Tesis como Abogados especializados en derecho penal, Fiscales penales y ciudadanos; quienes brindarán su opinión respecto a los alcances del artículo 24 del Código sustantivo penal, los mismos que serán objeto de análisis y exposición en el capítulo de análisis de resultados.

- **Instrumento:**

- **Ficha de Observación**

A decir por Rojas, C. (2021) *La ficha de observación es un instrumento que ayuda a recolectar datos, permitiendo el análisis detallado de una situación concreta, como bien podría ser la forma en que se presenta y desarrolla un fenómeno, así como sus cualidades. Representa una esencial herramienta aplicable a variados ámbitos, especialmente en la investigación científica.*

Con el empleo de este instrumento se nos permitió recolectar información respecto a la magnitud del artículo 24 de la normativa penal sustantiva, así como las cualidades, características y alcances del principio de proporcionalidad, necesarios en el desarrollo de la investigación.

- **Cuaderno de notas**

Según Garay, C. (2020) Con ayuda de este instrumento, se logra registrar la información seleccionada respecto al objeto materia de estudio (ello comprenderá las citas, fuentes y datos relacionados).

La referida información fue registrada y luego expuesta en el marco teórico relacionado con la pena, el principio de proporcionalidad de la pena, la autoría y la instigación.

- **Guion de Entrevista**

Para Troncoso, C. (2017) Con el Guión de entrevista se logró registrar las preguntas que efectuó el investigador a los profesionales especialista entrevistados a fin de obtener sus criterios, posturas y posiciones en relación a un determinado objeto de estudio.

Apoyados en este instrumento se registró las respuestas a las preguntas que se formularon a los profesionales especialistas respecto a que sí, las disposiciones del artículo 24 del Código penal afecta el principio de proporcionalidad de la pena.

#### **4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN**

- **Paso primero:** Se elaborarán los instrumentos de investigación, previamente determinados en concordancia con el estudio.
- **Paso segundo:** El auto/investigador se constituirá a las sedes de las principales universidades de Amazonas y Trujillo, específicamente a las bibliotecas centrales y especializadas de Derecho con el objeto de ubicar y obtener material bibliográfico y doctrinario que resulte pertinente, confiable y relevante respecto al tema objeto de análisis, el mismo que resulta indispensable para construir el respaldo teórico que respalda la presente.
- **Paso tercero:** Se procedió con la redacción del presente informe de Tesis, el mismo que contiene las conclusiones, resultados y recomendación como resultado del trabajo y estudio.

#### **5. DISEÑO, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

Con la finalidad de confrontar y cotejar la hipótesis postulada se empleó un diseño que nos permitió instituir un proceso para su comprobación; en tal sentido se comprobaron los resultados que se lograron, los mismos que son evidenciados en la presente Tesis de manera coherente, lógica y racional.

De otro lado; estando al contenido de la naturaleza descriptiva de nuestro estudio se pudo demostrar cómo se presenta y conduce el fenómeno de índole jurídico en estudio, sin que tal circunstancia haya conllevado a la manipulación alguna de sus variables; por cuanto nos conducimos a observar los sucesos de manera espontánea, tal cual son advertidos en el mundo real.

En tal sentido, **M** constituye aquella muestra a la que está vinculada nuestra investigación; y, **O** constituye la sustancial información que se obtuvo de la referida muestra.

Su esquematización: **M** → **O**

**M**

**O**

Dónde:

**M** = Sancionar al instigador con la pena que corresponde al autor.

**O** = Afectación al Principio de Proporcionalidad de la Pena

**TÍTULO III**  
**FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

## MARCO REFERENCIAL

### a) Antecedentes o Investigaciones Previas

#### A Nivel Internacional:

1. **Lagos, G. (2012)**, "*La Inducción*", Trabajo de investigación para optar el título de Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Chile.

La conclusión principal arribada por la autora en dicho trabajo de investigación, determina que en lo relativo sobre las circunstancias personales que impliquen una pena distinta para quienes interviene en un delito, puedan comunicarse o no a los demás, enfocándose exclusivamente en la inducción.

Del mismo modo; refiere, que muy a pesar de que existas diversas corrientes y posturas debido a una deficientes regulación en su Código Penal, los excesos, desvíos o errores en el hecho del autor, en términos generales, entiende que éstos no gravan al inductor, empero, indica la autora, que si estos, son comprendidos por el dolo del inducido, como mínimo de forma eventual y siempre que se trate de divergencias esenciales en relación al hecho inducido, de no ser así, pues el inductor no podrá responder por el mismo hecho que del autor.

La tesis *in comento*, coadyuva al presente trabajo de investigación, pues amplía el rango del fundamento de la determinación de la sanción al inducido, analizando auscultando los límites de la teoría dominante como es la teoría de la accesoriadad limitada, y explicar, si se está realizando una suerte de aplicabilidad de la teoría de la hiperaccesoriadad limitada.

Del mismo modo se abarca también el análisis del principio de proporcionalidad que se establece para la imposición de una pena.

#### **A Nivel Nacional:**

2. **Medina, C. (2018)**, *“El determinar a otro en la instigación al delito”*, tesis para optar el grado académico de maestro en derecho en ciencias penales, Lima.

El núcleo de la tesis analizada recae en la idea del groso error que se presenta en la interpretación del término “determinar a otro” y aunque la mayoría doctrinaria acepte que dicho término se deba entender como el estado mental que se provoca en el tercero determinado (o mejor entendido como influencia psíquica), se debe establecer que la instigación delictiva no puede entenderse como la tentativa de imputar una actividad meramente psicológica, es decir, una conexión del proceso mental de dos personas, todo ello debido a los cauces aun latentes de las teorías subjetivistas que arrastra la dogmática penal. Es por estas consideraciones que el concepto de instigación se debe entender que es la conducta del hombre la que pone en riesgo el derecho, es decir, constituir un aporte anticipado para la posterior materialización del contexto delictivo que otro ejecutará y que, por lo tanto, es posible verificarse de cualquier forma.

Los aportes establecidos en el desarrollo de dicha tesis, permite establecer el estudio del principal fundamento de la instigación, cuestionando los conceptos tradicionales que se han generado alrededor de la influencia psicológica, con ello, permite generar nuevas luces para construir un análisis más actualizado respecto de las teorías subjetivas y finalistas, para encaminarse a un razonamiento funcional de corte objetivo.

#### **A Nivel Local:**

3. **Cáceres, M. (2016)**, “*Fundamento del Injusto de la Participación del Extraneus en el Delito de Peculado Doloso en el Código Penal Peruano*”, Tesis para optar el Título de Abogado – Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.

La principal conclusión de la tesis *in comento*, establece que en ciertos tipos penales se establece un deber con agente en el ámbito de su competencia, lo que permite establecer un criterio para determinar de forma posterior la calificación de su intervención. De esta manera las teorías de la autoría y participación, buscan como objetivo el determinar y delimitar las conductas de intervención en un hecho delictivo, por cuanto han de observarse para ellos las reglas establecidas en la teoría de la accesoriedad, esto como un primer plano de análisis.

De esta forma se puede entender que las conclusiones esgrimidas permiten a delimitar la estructura de las teorías de la autoría y participación delictiva, en el ámbito de la imputación *per se*, con lo que coadyuva a edificar los lineamientos dogmáticos frente a los tipos de participación criminal en tipos penales de mayor complejidad, lo que permite hondar en establecer una visión completa y actualizada en cuanto a diferenciación de autores y partícipes.

## **MARCO TEÓRICO**

# CAPÍTULO I

## EL PODER COERCITIVO DEL ESTADO

*1.1 Consideraciones preliminares; 1.2 El Control Social: Informal y Formal; 1.3 El Poder Penal: Criminalización Primaria y Secundaria; 1.4 Función de la Política Criminal*

### **1.1 Consideraciones preliminares**

Una sociedad se construye sobre las bases de armonía entre sus habitantes, y ello es debido a la constante evolución que ha tenido el hombre respecto de la vida que realiza en comunidad.

Es por estas consideraciones que gracias al pacto social establecido en las esferas de libertades que rodea a cada ser humano, el hombre como tal se ha despojado de todo tipo de violencia directa (*o también conocida como acción directa*) para dejar que los conflictos que confluyen dentro del andar de una sociedad sean resueltos por vías o mecanismos menos ortodoxos.

Tras el iluminismo desprendido en el siglo XVIII, se reforzó las bases del camino hacia el despojo de todo tipo de violencia contra el hombre, sea cual fuese la clase y motivo por el cual se intente justificar su aplicación. Así de esta forma, este

movimiento racionalista logro generar conciencia en la justificación de la “razón” arribando a consagrar como valores preminentes la “libertad”, “la confianza”, “la dignidad” y “la felicidad” del hombre, así y de esta forma se buscaba la construcción de una sociedad libre, proscribiendo toda forma de desigualdad y garantizando los derechos individuales de cada integrante de una sociedad.

Sin embargo, este discurso garantista, solo puede ser comprendido y realizado por aquellos que logran entender su mensaje axiológico, respetando las esferas de libertad de los otros hombres y limitando su desenvolvimiento en el respeto del desenvolvimiento del otro (*lo que se traduce en el conocido aforismo de: “el derecho de uno acaba donde comienza el derecho de otro”*). La realidad humana, por más esfuerzos realizados a través de los siglos vividos, parece no poder escapar de una de las naturalezas más crudas, que es la violencia contra sus propios integrantes, amén de ello, se puede apreciar de que hoy en pleno siglo XXI, se manifiesta en una constante intensificación, las formas y extensiones de la violencia que allá en el siglo XVIII se creía iban a desaparecer.

Lo que ha conllevado, naturalmente, a que ya no se exprese una forma de violencia clásica o violencia de sangre como se manifestaba en los comienzos de una sociedad, sino que, tras el surgimiento y evolución del hombre a través del favorecimiento de nuevas tecnologías, han permitido la violencia a través de su complejidad y modernización, manifestándose así, violencias económicas, ambientales, tecnológicas, gubernamentales, etc.

Sin embargo y a pesar de todo lo que hasta el momento se viene esbozando, las sociedades, parecen no abandonar la idea de la proscripción de responder a la violencia que se suscita mediante otra forma igual o mayor de violencia sino que, por el contrario, mantienen el pensamiento racionalista de derivar la aplicación de justicia a través de mecanismos adecuados e idóneos que permitan resolver los conflictos sociales generados y mantener el equilibrio de la paz social que como *prima ratio* debe establecerse en toda sociedad.

Ahora bien, se ha constituido dentro de los modelos de los diversos Estados, instituciones que logran regular los comportamientos que trasgredan los lineamientos valorativos, morales, convivenciales y estructurales que se componen en cada sociedad, de tal forma que la mera transgresión a las bases sociales, permitan obtener una respuesta rápida y proporcional, para y como bien se ha dicho, recomponer los parámetros de conflictos generados entre los hombres.

Una de esas instituciones con que cuenta el Estado para la recomposición de la armonía y paz social es “el Derecho penal” que se erige como uno de los mecanismo sociales que tiene por finalidad el prevenir la realización de determinados comportamientos que pongan en riesgo o lleguen a concretizar una lesividad de los bienes que jurídicamente son considerados de mayor relevancia para el desenvolvimiento de cada integrante que compone una sociedad; y es que para mantener la convivencia pacífica, el Estado crea y regula tipos de controles (formal e informal) para encaminar de esa forma los comportamientos sociales. Con ello se pretende también la reeducación, resocialización y reinserción del individuo transgresor tras haber funcionado como un instrumento de culturización, de tal forma que, el derecho como tal, manifieste esta pretenciosa pero necesaria finalidad a través del contenido de sus normas jurídicas, remitiendo ciertos mensajes (prescriptivos, permisivos y prohibitivos) a la sociedad, para que en aras de una debida motivación, se pueda superar las tensiones sociales: generales, de grupo y/o individuales.

El Derecho penal no funciona a través de los estratos sociales y/o político-económicos de una sociedad, sino que dirigirá su atención a la prevención de conductas que generen elementos conflictivos que destruyan las interacciones sociales, de tal forma que, busca garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos y libertades de cada individuo, que no es más que las condiciones indispensables para que las personas puedan realizar sus objetivos. Es por ello que, en esta primera aproximación del derecho penal, podremos observar la forma de relacionarse con un contexto social determinado, al cual se le conoce como “*derecho penal objetivo*” que enmarca su constitución como un instrumento de control social, que opera de ultima manera con otros instrumentos, pero que no sigue fines

distintos, sino que su diferencia recae en la variabilidad de la intensidad de su aplicación.

## 1.2 El Control social: Informal y Formal

Como bien se ha indicado, el Estado peruano cuenta con mecanismos que busquen el correcto conducir de las personas al interno de un ámbito social o si habiéndose perturbado dicha armonía de paz social, permita reestablecer dicho orden. En tal consideración, el derecho de ámbito penal surge como un método para controlar socialmente, pretendiendo asegurar que los comportamientos que puedan afectar los bienes jurídicos de gran relevancia y afecte el desarrollo normal y adecuado de cada individuo, sean prevenidos. Sin embargo, antes de debatir las modalidades de control social, resulta necesario entender que se entiende por “control social”, y es por ello que, desde una concepción valorativa, permite colegir que es aquél abanico de los matices culturales y de su semiótica social (o entendido como los símbolos sociales), así también como los actos o comportamientos, de los cuales permite el desarrollo normal y conveniente del contexto de una sociedad en una época determinada, de tal forma que, siendo su actuación ya sea inicial o posterior de las actividades de cualquier integrante de una sociedad, permitan moldear el comportamiento de los mismo y de esta forma, evitar y/o superar las tensiones sociales, generales o de individuos del contexto a la cual pertenecen. (König, R. 1968)

Así de esta forma, como mecanismo de adecuación conductual se tiene: a) El control social informal y b) El control social Formal.

a) **Control Social Informal**, es el primer contacto que tiene un individuo en su proceso de socialización. Es por ello, que este tipo de control lo ejerce las instituciones ajenas a los mecanismos más pesados con que cuenta un Estado (*como, por ejemplo: el Derecho administrativo, Derecho civil, Derecho penal, etc.*) es decir, la socialización primaria viene dado por la sociedad misma, la que

impone parámetros en la actuación que debe tener cada persona, según los matices sociales que imperan en una determinada época.

Esta capacidad de educación extraoficial, siguen los cánones de la tradición que empapa a un determinado territorio, así como también, los contextos culturales embarcados en su orden social, las cuales tienen como principales exponentes de este tipo de control a: i) *La familia*; ii) *Los centros educativos, universitarios o técnicos*; iii) *Los centros que profesen cualquier clase de religión*; iv) *Los centros laborales* y v) *La sociedad misma*. Pudiendo de esta manera ampliarse notablemente las instituciones sociales que participen en la formación perenne y constante de cada integrante de una sociedad.

Esta forma socio-educativa establece, como todo control social, una forma de sanción para quienes incumplen con el mandato imperante del orden social establecido; sin embargo, aquí yace unas de las diferencias con los controles sociales estrictos (*control social formal*), es decir, al estar establecido en un contexto extraoficial, y al haberse delegado dicha función a instituciones cuyas regulaciones se basan en normas morales y de conductas socialmente aprobadas a través de su contexto histórico y cultural, las sanciones a imponerse llevan en sí las mismas características de reproche estrictamente moral, es decir, aquí se aprecia una sanción estrictamente de repudio social, como sería el caso de: *la vergüenza, la crítica, la desaprobación, el sarcasmo, el ridículo, etc.*

Estas sanciones informales son impuestas como la pérdida de las expectativas del comportamiento por el mero hecho de integrar una sociedad y que como tal, cumplen su función educativa, pues, el hecho de que este control social informal no cuente con una normatividad establecida de forma expresa, yace en el subconsciente de toda persona y que es necesario su estricta observación para el normal desenvolvimiento como individuo dentro de una sociedad, de tal forma

que no se puede menospreciar esta forma de control social, pues se ha de considerar como las bases perfectamente posicionadas para la conformación del siguiente mecanismo que es el control social formal.

Es por ello que se considera a este tipo de control como el más importante, porque de él depende el poder transmitir adecuadamente las primeras normas de convivencia, los valores determinados que formará parte de toda la vida que desarrolle una persona, así como sus hábitos adecuados a un buen comportamiento, que permitirá con ello el poder entender el siguiente nivel que son los mensajes normativos establecidos por el Estado, así como también, el entendimiento que tras la confrontación de las expectativas sociales, se deberá afrontar la represión que incumbe en son de la salvaguarda y prevención de la armonía social.

- b) **Control Social Formal**, aquí yace el siguiente nivel sobre las formas de determinar las actuaciones de cada individuo en una sociedad, por lo que, si el control social informal falla en su finalidad socio-educativa, ingresa a remediar el control creado por el Estado, para que de manera formalizada y funcional pueda enfrentar la especial problemática allí donde el control social informal ha fracasado o en su defecto la presión que realiza resulta ser débil.

Es por ello que el profesor García-Pablos de Molina, A. (1999) ha definido al Control Social Informal como “*el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que buscan no solo la promoción, sino también, el garantizar que el individuo pueda someterse a los modelos y normas de una determinada comunidad*”; aunque se deba indicar que estas normas y modelos actúan de forma automática, dando así un entendimiento inmediato a la aprehensión de forma inconsciente de estos modelos.

Pero que sin embargo, al no poder garantizar ello, mediante el “control social informal”, entra en funcionamiento el “control social formal” cuando se haya vulnerado o lesionado (*o cuando esta sea inminente en sentido de amenaza*) para frenar los comportamientos de los individuos que no observan las estructuras de comportamiento ya establecidos y que por ende se reservará para ellos en aras de reproche las medidas más coercitivas que una determinada sociedad puede imponer en contra de los integrantes de una sociedad.

De esta forma se puede observar la materialización el poder coactivo que la propia sociedad atribuye y tolera. En este sentido dentro de todos los mecanismos con que cuenta el Estado, es el sistema penal el último a quien se recurrirá para la ejecución de este tipo de control, quien tiene como principal actor al Derecho Penal (y dentro de las misma las demás y diferentes agencias ejecutivas estatales) para llevar a cabo la rectificación de la armonía social.

Por ello, cuando al referirnos por “control social formal”, entendemos a las normas expresas establecidas en una legislación determinada, para lo que en la doctrina se hace referencia al “*Derecho Penal Objetivo*”, en donde se determina el cuerpo normativo que conglera las diferentes regulaciones que han de tenerse en cuenta (el código penal y los tipos penales).

Es de esta forma que se puede observar que las normas penales recogen en su estructura un determinado pronunciamiento, que llega a ser el mensaje normativo claro, expreso, estricto y anterior, que es comunicado a los integrantes de una sociedad para que adecuen su comportamiento de una manera determinada; de tal forma que yace aquí una concepción objetiva denominada “antijuricidad”, así mismo, es de indicar que parte de la estructura normativa

es también la consecuencia jurídica que se establece para cada tipo penal en específico, así y en aras de comparar el control social informal con el control social formal, se puede determinar que a diferencia del reproche estrictamente moral que ejerce el control informal, en el control formal yace una consecuencia jurídica expresa que manifiesta una sanción que se impondrá en caso el individuo realice una conducta prohibida o en su defecto omita realizar una conducta prescrita y obligatoria.

Así el reproche que se encuentra en el control formal difiere totalmente del control informal, pues la imposición de esta sanción, no solo acarrea el menosprecio social, sino también su total aislación de la sociedad para que confluyan en el individuo transgresor la finalidad misma de la pena.

Por estas razones, el derecho penal objetivo lo que realiza es el conocer y estudiar en su magnitud las características del hecho punible, siendo de esta forma competencia de la teoría del delito y así mismo, como indica el profesor Bustos, J. (2007) “*individualiza al sujeto que lo realiza quien merece por ello una pena y/o una medida de seguridad*”.

Por otro lado, de lo anteriormente indicado se despliega al interior de la ciencia penal, una delimitación de su ámbito objetivo o más conocido como *ius poenale*, es decir, la referencia que contiene *per se* la inmensa capacidad sancionatoria, represora y persecutora que cuenta el Estado, al encontrarnos de cara con el fundamento intrínseco que subyace para hacer cumplir lo que el mandato expreso contiene en él. Por ello, se ha conceptualizado también lo que doctrinariamente se identifica como “*el derecho penal subjetivo*” o también denominado como “*el ius puniendi*”. Por la cual se define como la facultad del

Estado de índole penal, a través del que se declarará como sancionable ciertos hechos o actos a los que se les impondrá las correspondientes medidas de seguridad o en algunas oportunidades penas.

En ese orden de ideas se ha entendido al *ius puniendi* como aquella expresión del poder único y exclusivo que solo cuenta el Estado, en virtud del cual puede ejercer la violencia legítima o violencia penal que difiere totalmente de la violencia clásica o convencional que se trató al inicio de este capítulo. Es entonces que se le ha entregado al estado, en remedio de desvirtuar la acción directa, la potestad y el derecho para castigar, quien como único ente cuenta con el monopolio punitivo (Reátegui, J., 2014, pág. 20).

De esta forma, y habiendo entendido a que se refiere por control social formal e informal, así como las denominaciones del derecho penal objetivo y subjetivo, debemos aterrizar de qué forma se logran identificar y criminalizar determinadas conductas para que formen parte de la regulación sustantiva del Derecho Penal.

### **1.3 El Poder Penal: Criminalización primaria y secundaria.**

El Estado cuenta con el Derecho Penal como uno de los mecanismos más eficaces para establecer el adecuado control social, de tal forma que se determina en su funcionamiento a lo que en la realidad se le conoce como “*el sistema penal*”, de allí que, tras la comunicación de una “*notitia criminis*” de inicio o movimiento a la gran maquinaria punitiva del Estado, desde el proceso inicial de identificación de si la comunicación del hecho reviste un carácter típico como tal, hasta obtener el producto final que es la imposición de una sanción penal tras haber cruzado todos los procedimientos establecidos dentro del proceso penal.

Sin embargo, y es importante dar a entender, que todo ello se maneja como un solo conjunto, a la cual para efectos del presente acápite nos centraremos en la calificación inicial del sistema penal, en la línea de meta o *ab initio* de la conjuración

penal. Para ello el Estado realiza dos formas de criminalización en la medida que permite realizar una función constitutiva.

De esta forma se constituyó el paradigma acerca de las formas de control social, estableciendo su centro en los procesos de criminalización, en el cual se ha podido reconocer dos variantes fundamentales respecto de dicho proceso como son: i) *las definiciones legislativas, de creación y emisión de una ley penal, en el cual se le ha denominado como “el proceso de criminalización primaria”* y ii) *los mecanismos de selección que actúan en el proceso de aplicación de dichas normas que se derivan de la asignación de determinada persona de la ética criminal, en el cual se le ha identificado como “el proceso de criminalización secundaria”*

#### a) **Criminalización Primaria**

Los efectos del sistema Penal, deben recaer siempre sobre una base normativa, preexistente, que determine y delimite las formas de comportamientos permitidos dentro de una sociedad.

De esta manera, se debe tener en cuenta que para ello debe existir leyes penales que comuniquen lo que no se puede o lo que se debe realizar de forma obligatoria. A este proceso inicial de determinar ontológicamente cierta conducta y enmarcarla como tal en una norma penal conocida como *“criminalización primaria”*, en buena cuenta, el comportamiento y por ende el efecto de que se pueda establecer mediante una ley penal, una sanción que permita incriminar y/o punir las conductas de determinadas personas.

Con ello se indica que es un proceso meramente formal, que sienta su fundamento en una razón pragmática, ya que de tal forma con la postulación de

una acción como suficientemente capaz de recibir una sanción penal, se deberá a su vez ejecutar un programa, que deberán ser cumplidos por las entidades ejecutivas del Estado (Zaffaroni, E., 2002, pág. 7)

Esta criminalización primaria está dirigida entonces a las agencias políticas, imprescindiblemente a los legisladores, sin embargo, queda lugar a que ante razones fundadas y de expresa declaración se pueda delegar dicha función al poder ejecutivo.

Dichas agencias deberán llevar la inexorable labor de observar en la realidad y determinar que comportamientos, comunican necesariamente un confrontamiento ante el orden social, de tal forma que ponga en relación del peligro que significa dicha conducta enmarcada y la prevalencia del bien jurídico protegido, dejando para ello solo esta función de criminalización a las conductas potencialmente más riesgosas.

Así el Profesor argentino Zaffaroni, E. (2002) indica *“que la criminalización primaria es un programa tan inmenso, que no es posible el pretender llevarlo a cabo en toda su extensión”*. Esto es así, debido a que en cada realidad social se pueden generar incontables tipos y formas de conflicto social que llevaría por mucho a generar delimitaciones indiscriminadas de conductas que afectan al orden social.

Y aun así para evitar ello, es que se ha impuesto límites que deben seguir los operadores políticos para identificar que o cuales conductas revestirán en las nuevas formulaciones penales de contenido criminal, una de esos baremos que se establece para tal delimitación es la “Política-Criminal”, sin embargo, hoy en

día, se aprecia un fenómeno al cual se le ha denominado “la neocriminalización”, en donde pareciera que los encargados de legislar las leyes penales omiten toda clase de estigmas para criminalizar conductas que en todo sentido no reviste de mayor relevancia.

**b) Criminalización Secundaria**

Si se ha indicado que la criminalización primaria, vendría a ser la delimitación conductual por parte del legislador para que a efectos de quien realice dicha conducta sea merecedor de una sanción penal, entonces la criminalización secundaria, se concretiza con la individualización del sujeto que ha realizado, ejecutado o tentado dicho comportamiento en aras de generar un confrontamiento normativo o inobservado los mandatos de cuidado debidos y que por la realización de ese hecho ha generado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el derecho penal.

En ese sentido la criminalización secundaria está dirigida hacia las agencias ejecutivas del Estado (*entiéndase por estas a los policías, jueces, fiscales y agentes penitenciarios*) quienes ejecutaran un programa debido en relación a los fines constitucionalmente establecidos y también a la consecución de la finalidad de la pena que se persiga.

Así se entiende que, al hablar de este tipo de criminalización se tiene que es la acción punitiva del Estado que se ejerce sobre una persona o personas concretas, en donde se le atribuye la realización de cierto acto que ha sido criminalizado primariamente.

El proceso penal es indispensable en la criminalización secundaria, pues permite establecer las investigaciones correspondientes para calificar el hecho como típico, y con ello, formalizar el proceso para que se discuta de forma pública que lo realizado se condice positivamente con el mandato expreso de la norma, que de ser el caso, permita imponer proporcionalmente la pena correspondiente, la cual tendrá que condicionarse en la medida de la ejecución de la misma por medio de una agencia adecuada e idónea (entendido como proceso de prisionización).

Bien indica el profesor argentino Zaffaroni, E. (2002) que el programa que será ejecutado por las agencias del Estado muchas veces se fundamenta en los estereotipos marcados por los medios de comunicación o de los paradigmas negativos sociales o que se generen por cualquier otro medio (ya sea en el caso de las redes sociales) dando entonces un mensaje discriminador basado en el estereotipo que fundamentaría la aplicación irracional en algunos casos del poder punitivo.

#### **1.4 Función de la Política Criminal.**

Es la Política Criminal el factor imprescindible cuando se trata de mecanismos utilizables para la prevención de conductas que generen conflicto social.

Asimismo, esta se puede definir como el conjunto de respuestas que se emite por parte de un determinado Estado, en la cual se erige como necesarias para adoptar y promover los mecanismos adecuado que coadyuven a enfrentar los comportamientos que en el ámbito social son considerados con reprochable o que habiéndose realizado causen un perjuicio social, la finalidad de la Política Criminal es asegurar el estricto aseguramiento de los intereses primordiales del Estado así como también los derechos de los integrantes que se encuentren bajo su jurisdicción (Cubillos Abadía, 2015, pág. 1).

En ese sentido, es la reacción contra los eventos criminales que propugna una reacción organizada por parte de la sociedad.

Así también, se ha calificado a la Política Criminal como una forma de violencia estatal organizada que se ocupa y desarrolla políticas de prevención y de reacción frente al delito y de qué manera se puede hacer frente a sus consecuencias.

De igual modo, la Política Criminal nace fundamentalmente de la escuela clásica y positiva, en ese mismo sentido, utiliza experimentales métodos propios de la criminología y por otro lado en la lógica abstracta del Derecho penal.

Es por estas consideraciones que, en su discurso, la Política Criminal considera que el delito es la manifestación de un fenómeno natural, pero también, es la manifestación de su abstracción como un ente jurídico, esta doble vertiente de manifestación fundamenta los efectos de la criminalización como tal, entendiendo la realidad constante y emergente de diversas conductas que deberán considerarse como riesgosas y por ende también como ilícitos susceptibles de una sanción penal, de allí que se sostenga también, por parte de la Política Criminal, la imperiosa necesidad de aplicar una sanción penal o una medida de seguridad, la cual deberá ser ejecutada en base un programa establecido y ejecutado por las agencias estatales adecuadas.

Esto se enmarca claramente, es los dos aspectos antes mencionados, pues ante conductas con un gran contenido delictual, emerge no solo la criminalización primaria, sino que en esta se presenta su primer aspecto como la materialización de la disciplina o método de observación ante esa criminalidad por parte de la sociedad para luchar contra ese tipo de conductas que afectan el orden social, y por ende su segundo contenido que es la imposición de una sanción adecuada que no es otra cosa que la materialización de la criminalización secundaria, pues será la identificación del agente a quien se le aplicará dicha sanción, que cumple el aspecto de la estrategia de la lucha contra la delincuencia.

La información obtenida como, datos, estadísticas, enseñanzas y un debido programa, en referencia a una concreta realidad sentará las bases de una adecuada Política Criminal (Muñoz, F., 2010, pág. 196).

Es por estas razones que se han esbozado en el plano criminológico diferentes teorías que han llenado de un gran valor en información sobre la criminalidad, sin embargo esto no ha llegado a ser suficiente y absoluto, ya que nace aquí una de las cuestiones más relevantes, pues dichas teorías no podrían vincular suficientemente al legislador para determinar que conductas han de ser merecedoras de un reproche y sanción penal y por ende caer en un vicio sobre criminalizador, es por esta razón que se indica, que es necesario tener presente dos factores imprescindibles que permitan superar esta problemática, las cuales son: *i) cumplir con la función normativa o de justicia y ii) cumplir con la función empírica o de utilidad, las cuales servirán como baremos para establecer las pautas adecuadas que deberán ser estrictamente observadas por quién legisla.*

Por último, en la evolución de la Política Criminal se ha indicado su casi imposible relación con la Dogmática del Derecho Penal, partiendo de que ambas ramas postulan una estricta relación distante o “antagónica”, de allí que el Profesor alemán Franz Von Liszt indica al conjunto de normas penales como aquella infranqueable barrera de la política Criminal (Von Liszt, F. 2011, pág. 80).

Estas aseveraciones por parte del profesor alemán, se estableció en respuesta a las nuevas cuestiones que se planteaban de una adopción de una moderna Política Criminal, que venían influenciando gracias a las corrientes de la escuela sociológica del Derecho Penal, la cual buscaba como finalidad derribar todas aquellas construcciones conceptuales establecidas por el propio Derecho Penal y con ello poder establecer un único aforismo categórico, en relación a que el ser humano por naturaleza es o puede llegar a ser peligroso y por tanto si se llega a dichos niveles debería, por el bien de la comunidad ser inofensivo por el tiempo que resulte necesario.

De allí que, en contraposición a esta corriente sociológica, Von Liszt bajo un pensamiento de Derecho Liberal interpone al Derecho penal como “*la carta magna del delincuente*” y así mismo como una garantía estricta ante la inmensa facultad sancionadora del Estado, es decir “*como baluarte del ciudadano contra el Leviatán del Estado*”.

La problemática suscrita entre “*la lucha preventiva del delito*” y “*la salvaguarda liberal de la libertad*” sigue hoy hasta nuestros días, en la forma de criminalizar determinadas conductas y el garantismo penal de sí, es que dicha criminalización no afecta la libertad propiamente dicha, solo por un mero acervo de una criminalización indiscriminada.

Uno de esas superaciones y que permite establecer una superación a esa problemática es, como indica Roxin, C. (2012), el axioma “*nullum crimen sine lege*” (reconocido en la totalidad de códigos penales de corte romano-germánico como el principio de legalidad), esto debido a que no solo se presenta como un elemento de prevención general o un postulado político criminal, sino que es también en sí mismo una limitación jurídica al *ius puniendi* del Estado, lo que permite observar, como bien se ha dicho, la superación de posturas antagónicas entre la Política Criminal y el derecho penal o conocido como dogmática penal.

## **CAPÍTULO II**

### **LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL COMO LÍMITE AL APODER PUNITIVO DEL ESTADO**

*2.1 Aspectos preliminares; 2.2 El Principio de Legalidad; 2.3 El Principio de Intervención  
Mínima; 2.4 El Principio de Culpabilidad; 2.5 El Principio de Proporcionalidad:  
2.5.1 Naturaleza, 2.5.2 Delimitación, 2.5.3 Ámbito de Aplicación.*

## 2.1 Aspectos preliminares

Se ha determinado que el Derecho Constitucional no solo debe estar presente en el Derecho Penal, sino también en su extensión adjetiva con mucha más rigurosidad, es decir, en el Derecho Procesal Penal.

Es por esta consideración que el sistema penal necesita inexorablemente de las garantías y de los principios emanados de la Constitución para establecer contundentemente los límites al poder penal del Estado.

Así Maier, J. (1989) ha establecido *“es por ello que se piensa que el Derecho Procesal Penal de hoy en día es desde uno de los puntos de vistas principales un Derecho Constitucional reformulado o un Derecho Constitucional reglamentado”*.

De igual modo, la Constitución mediante una correspondiente Política Criminal adopta un programa penal de criminalización, pero también un conjunto de postulados y principios jurídicos-penales que se erige como el marco normativo de cuya virtud el legislador puede establecer, identificar e individualizar los comportamientos que serán proscritos, lo que coadyuvará con posterioridad a que el operador jurisdiccional interprete las leyes al momento de su aplicación.

De esta forma lo que se busca es que aquel ciudadano que sea puesto sobre el sistema penal afronte a la gran maquinaria de persecución penal bajo el estricto respeto de sus garantías como parte integrante de una sociedad, sea cual sea su condición.

Así Roxin, C. (1997) ha indicado que el Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante la aplicación del Derecho Penal, sino también contra el mismo Derecho Penal, de ello se puede colegir que mediante el ordenamiento jurídico no solo determina y dispone que métodos y medios son adecuados para el fin preventivo del delito establecido por el Derecho Penal, sino, que también se ha

de imponer un límite al uso o empleo de la potestad punitiva o *ius puniendi* con que cuenta el Estado, con ello aquel ciudadano que afronte al sistema penal no podrá quedar desprotegido y a merced de una intervención que sin el control adecuado podría caer en “arbitraria” y “excesiva” del denominado “Estado leviatán”.

Es por ello que se establece que la siguiente interrogante ¿cuál es el primer límite al poder punitivo del Estado?, y ante la pregunta formulada da razón de forma muy precisa el profesor alemán Jescheck, H. (2014) quien indica que “*al buscar el sustento de los límites de la función punitiva del Estado en un núcleo de Derecho que, según la conciencia jurídica general, no puede ser vulnerado por ninguna ley, ni por ninguna otra medida emanada del poder público. Sino que es el modelo de Estado que debe regir a toda a toda normatividad penal, como sería el caso del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, y en esta función está fundamentada por la Constitución política, y con ella se encuentra su justificación política.*” De ello se puede colegir que todo sistema penal debe sostener una estructura político-estatal, y de esta forma su mayor fundamento será el modelo constitucional que adopte cada Estado, pues de tal forma se obtendrá un modelo que deberá regir a un país, un modelo de sociedad que se pretenderá controlar y un modelo de política (*Criminal*) que se pretenderá ejecutar.

Entonces se puede comprender que es el Estado Social y Democrático de Derecho quién limitará en *prima facie* la función punitiva del Estado, ello debido a que se fundamente en la rigidez constitucional, en donde son las leyes ordinarias quienes se subordinan a las normas constitucionales, es por estas consideraciones que solo podrá ser un verdadero Derecho Penal y/o sistema penal si el mismo se ajusta y respeta los cánones constitucionales.

Así y entendiendo que es el modelo de un Estado el límite a su poder punitivo, de ello es posible establecer un catálogo de manifestaciones dogmáticas que materializarán el respaldo de quien se encuentre en el andar del sistema penal.

Estas manifestaciones se aplicarán como “*faros que iluminaran el puerto en el que deberán desembarcar en el marco de la interpretación o aplicación de una ley, cuando su ámbito sea oscuro o ambiguo*”.

Por ello los principios del Derecho Penal se basan como núcleo de inspiración constitucional que hará frente al inmenso poder coercitivo o *ius puniendi*, limitando su capacidad punitiva. Para efectos de la presente investigación, solo se ha considerado los principios penales que resulten ínfimamente relacionados con la problemática planteada, siendo así que se desarrollarán: i) *El P. de Legalidad*; ii) *El P. de Lesividad*; iii) *El P. de Fragmentariedad*; iv) *el P. de Culpabilidad o responsabilidad* y vi) *El P. de Proporcionalidad*.

## **2.2 El Principio de Legalidad**

En virtud al Principio de Legalidad Penal, Castillo, J. (2004) se refiere como la garantía penal más importante en el desarrollo del Derecho Penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca, con la debida anticipación y precisión, qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son Ilícitos.

Por la ley, y la función de garantía que esta desempeña, el ciudadano puede saber con exactitud las fronteras entre lo lícito y lo ilícito, orientándose correctamente en la vida social y en sus relaciones con terceros a través de la adecuada formación de la voluntad.

El principio de legalidad no solo se desarrolla en el campo exclusivo del Derecho Penal, sino que es posible su aplicación dentro de todo el ordenamiento jurídico, fuera cual fuere la disciplina jurídica en la cual se invoque. Sin embargo, sin menospreciar lo anteriormente mencionado, el principio de legalidad tiene su mayor auge y razón de ser en el desarrollo del Derecho Penal, ello debido a que los delitos y sus consecuencias (penas) solo podrán crearse o agravarse en relación con una ley que cuente con las manifestaciones de: i) *Previa*, ii) *Estricta*, iii) *Escrita* y iv) *Cierta*.

Así, el principio de legalidad informa al ciudadano de la correspondiente garantía constitucional al ubicarse en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal Peruano de 1991, prescribe que “*Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.*”

De esta forma se puede observar que el principio de legalidad informa un significado bivalente, entendiéndose como un significado técnico-jurídico y político. (Rodríguez, G.1997, pág. 128).

Como significado “técnico-jurídico” el principio de legalidad determina la estricta aparición de la inserción y construcción de una correspondiente dogmática penal, que permite, encontrar un fundamento de la antijuricidad, de tal forma que permite seleccionar del conjunto de ilícitos los hechos más graves que lesionen o pongan en peligro a los bienes jurídicos más importantes. Y como significado “político” permite conservar la calidad de garantía fundamenta de los derechos de los ciudadanos, hecho que explica su constitucionalización de su elevación a un Derecho fundamental. (Castillo, J. 2004, pág. 32)

Por estas consideraciones, el principio de legalidad representa en la legislación penal como uno de los principios más valiosos en aras de la garantía de los derechos y libertades de los integrantes de una sociedad y que en sí mismo, permite sintetizar a los demás principios informadores del Derecho Penal, como es: i) *El P. de Intervención Mínima*; ii) *El P. de Proporcionalidad*; iii) *El P. de Humanidad de las penas*, etc. Si de ello, se ha de intentar algún cambio o vicisitud que afecte al Derecho Penal, se deberá por empezar por la modificación de la ley penal, debido a que es el inicio de todo el sistema penal. Tanto esto es así, que su mera afectación implica cada límite establecido en el sistema penal, como sería en los casos de las criminalizaciones iniciales en base a la política criminal, pues de ella emerge el empleo de una ley para la ejecución de un debido programa.

Las consecuencias del principio de legalidad son múltiples dependiendo del ángulo desde el que se las contemple. No obstante, es imprescindible entender “el núcleo

de su contenido” que la doctrina penal de estos tiempos admite cuando se acepta la vigencia de dicho principio, con son: i) *La prohibición de leyes indeterminadas que crean o agravan los delitos y las penas*; ii) *La prohibición del derecho consuetudinario*; iii) *La prohibición de retroactividad más perjudiciales al reo*; y iv) *la prohibición de la analogía in malam partem*. en todo caso debe recordarse que “El principio de legalidad también está sometido a una constante transformación evolutiva y al progresivo afinamiento de su compleja morfología”. (Romano, M. 1995, pág. 32)

### **2.3 El Principio de Intervención Mínima**

Se determina que el Estado, solo puede en un estricto estado de necesidad, emplear la pena, cuando un determinado contexto o situación, en aras de conductas delictivas hayan generado una perturbación a la convivencia social. De esta forma se mantiene el orden democrático y social que se haya establecido (así pues, está establecido en el artículo 43 de la Constitución Política del Estado Peruano).

De esta forma, el citado artículo de la Constitución, nos establece una noción del núcleo del principio de intervención mínima, pues en un Estado social y democrático, el derecho penal solo podrá legitimar todo el desarrollo de su actuación cuando el mismo busque como fin ulterior el de proteger a la sociedad.

De tal forma que si de su actuación, resultare inútil y/o fútil pues perderá toda justificación.

En ese sentido, el principio de intervención mínima se extiende sobre la exigencia de “utilidad” de la aplicación del sistema penal, de tal forma que, la mera utilización de instrumentos violentos como la pena siempre afectará la idea de un Estado de Derecho, razón por la cual su aplicación solo servirá en cuanto sea realmente necesario, pero por sobre todo útil.

El desarrollo del principio de intervención mínima refleja un límite importante al *ius puniendi* estatal, pues permite evitar y proscribir las tendencias de actuación

autoritarias por parte de los órganos persecutores, ejecutivos y penitenciarios del Estado.

El discurso intrínseco que presenta este principio es que la ley no puede transformarse, ni ser usada como un mero instrumento de venganza o conveniencia privada al servicio de quienes ostenten el poder y/o manejo del sistema penal, sino que las leyes penales, en concordancia con un Estado Social y Democrático de Derecho, obtendrán su sola justificación, si la misma persigue un fin de tutela de valor social necesario en armonía con la protección penal. (Villavicencio, F. 2006)

La pena, como tal, resulta ser “un mal irreversible” que se adopta y se soporta como respuesta a las conductas delictivas, siendo que, en diversas posturas de la doctrina penal, se ha cuestionado a la misma como “una solución imperfecta”. Es por estas razones, tan criticables sobre una de las consecuencias jurídicas más gravosas con la que cuenta el Estado que su utilización solo podrá ser aceptada cuando no se tenga mayor remedio para restaurar o superar el desorden social.

Entonces, el Derecho Penal, solo podrá permitir la intromisión de la reacción punitiva en la esfera de libertad de cada ciudadano solo en aquellos casos donde los ataques realizados revistan de una gran gravedad para el desarrollo de los bienes jurídicos (cabe resaltar a los bienes jurídicos de mayor trascendencia). De esta forma, su labor como un principio limitador del *ius puniendi* solo se legitimará en su estricta necesidad y utilidad.

Ahora bien, las ofensas realizadas de menor relevancia, se deberán atender en virtud de las otras ramas del ordenamiento jurídico, pues como bien se ha indicado, no se puede desgastar al sistema penal enfrentando peligros o amenazas que resultan ser insignificantes, sino de controlar de forma razonable a la criminalidad mediante la adecuada selección de los medios e instrumentos. (Villa Stein, J. 2001).

Como manifestación del principio de intervención mínima se tiene por un lado a: a) la fragmentariedad y b) la subsidiariedad del derecho penal, que importan en cuanto a los criterios que se han de presentar para su estricta legitimación.

### a) **La Fragmentariedad en el Derecho Penal**

El Estado no busca en ningún sentido realizar mediante la utilización del derecho penal, una protección de cada aspecto genérico de la sociedad, puesto que no puede ni debería asumir una postura “*paternalista*” centrado en la intromisión de la esfera de desenvolvimiento de cada individuo de una determinada sociedad a la cual pertenecen. Si no, que centra su atención en la protección de los intereses, bienes jurídicos y valores de mayor importancia sin las cuales resulta inimaginable alcanzar un estado de paz en la sociedad, así como una tranquila convivencia humana.

He aquí donde se materializa el sentido de la fragmentariedad del derecho penal, pues solo habrá protección penal a los bienes de protección jurídica considerados como esenciales y relevantes.

Así pues, se entiende, que el carácter fragmentario de la Ciencia penal en el significado de cautelar aquellos bienes de connotación jurídica de mayor relevancia, y no solo aquellos que podrían o son escogidos de los ataques de que puedan ser objetos, ni mucho menos de los bienes a reprimir toda acción moralmente reprochable.

De ser esto así, en donde cada bien jurídico reciba indiscriminadamente una protección penal, resultaría en una

realidad en donde la libertad de una comunidad se reduciría al límite, de tal forma que se impondría de manera coactiva una moral determinada entre los habitantes de una sociedad, lo que afectaría notoriamente los fundamentos de un “Estado Democrático de Derecho”. (Castillo, J. 2004).

Así Hurtado Pozo, J. (2005) a modo de ejemplificar lo anteriormente esbozado indica: *en el afán de cautelar el patrimonio, no se sanciona penalmente el no cumplimiento de un acuerdo, pese a que comprendería un menoscabo económico relevante, pero esto implicaría protección penal sí el ataque a este bien jurídico fuera más gravoso o más insidioso, como, por ejemplo: la estafa, abuso de confianza, o robo.*

En ese sentido, para plasmar la justificación de la intervención penal se necesita la presencia de: i) *Un desvalor de acción* y ii) *Un desvalore de resultado.*

Del mismo modo, mediante una conceptualización por partida doble de lo que se concibe como injusto puede dar de forma completa una visión de los ámbitos más resaltantes de un ilícito penal.

Por lo tanto, el desvalor de acción se erige como la delimitación entre un comportamiento ilícito y otro que no es tal, de tal forma que representa en base a una singular lesividad para los bienes que son cautelados jurídicamente en mayor relevancia.

Y el desvalor de resultado encuentra una relación con el valor de un bien protegido jurídicamente y sobre su reparabilidad del menoscabo que este ha recibido o se ha tentado realizar, lo que justifica en sí su sanción punitiva.

#### b) **La Subsidiariedad en el Derecho Penal**

La subsidiariedad consiste en recurrir al Derecho penal, como forma de control social, solamente en los casos en que otros controles menos gravosos son insuficientes, es decir, "*cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho*" (García, M. 2002).

Entonces el Derecho penal es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema.

El Derecho Penal como instrumento de control social obedece a los principios minimalistas de última ratio y estricta legalidad, no pudiendo perseguir toda conducta ilícita sí los conflictos sociales pueden ser dirimidos en la vía civil o administrativa, y es que esto es importante, en el sentido de que el arsenal más pesado que tiene el estado debe ser usado para los conflictos que generen

mayor dañosidad, y cuando estos no tengan solución en ningún otro ámbito del Derecho en general; y ¿porque ser usado como último recurso?, en primer sentido porque hay un grave ataque a los bienes jurídicos tutelado penalmente, y segundo, porque la sanción que impone el Derecho Penal es la más gravosa, y es la que limita la libertad de la persona con la imposición de una pena, recluyéndolo en establecimientos penitenciarios, por lo que no sólo pierde su libertad personal, sino, también pierde su calidad moral, de ciudadano, y es considerado como desviado y peligroso ante la sociedad. (Reátegui, J. 2014)

#### **2.4 El Principio de Culpabilidad**

Aquí yace uno de los principios más importantes como limitador del poder punitivo del Estado, el principio de culpabilidad o también conocido como el principio de imputación subjetiva o el principio de dolo y culpa, permite establecer claramente que no es posible indicar que, no cabe al derecho Penal prescindir de que los actos a que se refiere tengan una dimensión subjetiva, dirigida hacia el autor, pero no considerado cómo sea este ni su comportamiento en general (*culpabilidad por la persona o de carácter y por la conducción de la vida*) sino concretada, precisamente, en que se represente lo que hace y que sepa ciertamente que lo que se infringe son prescripciones jurídicas, y lo quiera o admita (de forma directa o eventual), o bien que se lo represente o deba y pueda representar y deba y quiera queda evitarlo (culpa con o sin representación), y, además, en que, atendidas las circunstancias en que se encuentra, pueda exigírseles en términos efectivos que haga la representación del deber jurídico motivando su obrar y por tanto, obrar de manera distinta a como lo ha hecho, es decir ajustada a derecho (exigibilidad de otra conducta); todo y solo lo cual hace susceptible a su obrar de un juicio negativo de valor, esto es, de un juicio de reproche o, expresado en breve, que el acto sea reprochable (reprochabilidad). (De Rivacoba y Rivacoba, M., 1998)

Es por esta consideración que se define al principio de culpabilidad como el conjunto de presupuesto que fundamenta la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

De esta forma, dicho principio es recogido por nuestra legislación penal en el artículo VII del Título Preliminar, del cual se deriva el axioma “no hay pena sin culpabilidad” o también conocido en su latinismo “*nullum crimen sine culpa*”, Es por ello, que este principio determina la necesaria vinculación que debe existir entre el hecho y el agente realizador de la conducta y la faz subjetiva de lo realizado, que limite la intervención del Estado y el grado de la sanción a imponerse en virtud de lo que realmente se ha querido tras el desarrollo de una conducta delictiva, con ello se puede observar una estrecha, pero necesaria vinculación con el principio de proporcionalidad indicando pues, que se debe establecer una limitación política-criminal de la facultad punitiva del Estado que comprende a un Derecho Penal íntimamente relacionado con los principios de un Estado Democrático de Derecho y un Estado Social de Derecho.

Por lo que es relevante resaltar que en el principio de culpabilidad se desarrollan tres manifestaciones importantes, que son: *i) Que no hay responsabilidad objetiva o por el mero resultado; ii) que la responsabilidad es por el acto y no por el autor y iii) que la culpabilidad es la medida de la pena* (Prado Saldarriaga, V.1990).

**a) No hay responsabilidad objetiva o por el mero resultado**

En virtud de la aplicación del Principio de Culpabilidad se ha podido excluir y prohibir el maligno aforismo *qui in re illicita versatur tenetur etiam pro casu* que se traduce como: “quien incurre en un hecho ilícito responde aun por el resultado delictuoso fortuito” (Muñoz, F., 1997).

Por lo tanto, todo razonamiento en base al *versare in re illicita* pierde sentido, pues, no se podrá responsabilizar o agravar las consecuencias de un hecho a un sujeto simplemente por el resultado, es decir, en base a una responsabilidad objetiva, es por esta razón que necesariamente se debe realizar una evaluación y correcta valoración de si en el hecho que se pretende imputar efectivamente ha concurrido los subjetivos elementos, como son: la culpa y el dolo.

Así, a nivel jurisprudencial nacional se hace referencia al principio de culpabilidad, estableciendo “(...) *A que, el vigente Código Penal en el numeral sétimo de su Título Preliminar (Preliminar Generales), ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva o responsabilidad por el resultado, de modo que para imponer una sanción penal se hace imprescindible que en el proceso quede debidamente acreditado que el autor haya querido causar la lesión que se le imputa (dolo); y en el caso de los delitos culposos, que este haya podido prever o evitar el resultado (culpa)*”.

**b) Que la responsabilidad es por el acto y no por el autor**

El Derecho Penal de culpabilidad por el acto significa que un concreto quebrantamiento o infracción de una norma, que produce un resultado lesivo (*muerte de una persona, el perjuicio de la Hacienda Pública*), es imputable al autor culpable, y demás en la medida de su culpabilidad (Miguel, P. 2004).

En otras palabras, se podrá establecer la medida de la responsabilidad por el hecho cometido, es decir, la realización de un acto, conducta o movimiento o la negación de las mismas (es decir un comportamiento omisivo) que quede proscrito (o quede como “exigido) en un tipo penal. Por ello, se exige un derecho penal de acto en contraposición de sancionar la manera de ser o la personalidad.

**c) Qué la culpabilidad es la medida de la pena**

La culpabilidad debe servir de principio para la medida de la pena, y la individualización de la pena no sería asunto que la expresión de la culpabilidad en unidades de pena, es decir la pena, como tal, nunca puede ser mayor a la culpabilidad del individuo, y, cuando la pena es inferior a la respectiva culpabilidad, son las razones de prevención especial las que abona tal medida.

En tal sentido, la determinación de la pena como acto mediante el cual se fijan las consecuencias de la comisión de un delito, se manifiesta sobre la base de una triple identidad: *a) determinación legal. b) determinación judicial, y c) determinación administrativa.*

En definitiva, entendemos que el principio de culpabilidad sólo tiene carácter constitutivo para el “sí” de la pena, en el sentido de que no cabe pena alguna sin culpabilidad. (Reátegui, J. 2014)

## 2.5 El Principio de Proporcionalidad

Este principio surge del pensar ilustrado del siglo XVIII, tras los esfuerzos elaborados por Cesare Beccaria en su obra “*De los delitos y de las penas*”, indicando: la pena debe ser necesaria e infalible, determina que es necesario la concurrencia de estas dos características para concretizar la idea de la proporcionalidad. Así luego, es recogido por los fallos emitidos en el Siglo XIX por el Tribunal Supremo Administrativo Alemán, en la aplicación del Derecho de Policía; y posteriormente, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*Bundesverfassungsgericht – BVerfB*), que elevó el principio de proporcionalidad a rango constitucional.

El principio en análisis, se erige no solo como uno de fundamento penal, sino que la esencia de dicho principio se ha extendido a todas las disciplinas del ordenamiento jurídico (García Martín, L. 1998, pág. 375), en esencia a aquella que se relaciona con la aplicación de una sanción pecuniaria o de índole disciplinario como sería el “Derecho civil” o el “Derecho administrativo” (Castillo J. 2004, pág. 278).

Empero, para algunos autores el ámbito del principio de proporcionalidad su minimiza al “Derecho Público”, en que surgió para limitar materialmente al poder de policía sujetándose a la imposición de las medidas que restringen la libertad (Cobo del Rosal, M. 1999, pág. 81).

Ahora bien, la proporcionalidad comprende la armonioso u ideal como valorativa, entre lo delictual y la pena, o dicho de modo más amplio entre lo delictual y la sanción.

Así también, se ha definido en el sistema romanó germánico como una valoración establecida por quién legisla en una ley (*también como equivalencia abstracta*) y por otro lado en la apreciación que el juzgador realice en supuesto determinado (*como equivalencia concreta*). En la ciencia penal, la proporcionalidad representa la relación valorativa entre la conducta delictual y su correspondiente sanción, o, entre el injusto y la pena que se le relaciona.

Del mismo modo; otros autores establecen un concepto de la proporcionalidad en sentido negativo, así indica que “el principio de proporcionalidad supone el rechazo del establecimiento de conminaciones penales y la imposición de penas que carezcan de toda relación valorativa con el hecho delictivo”, bien por cuanto el conflicto versa respecto a la ínfima lesividad o bien por cuanto no siéndolo, lo que se menoscabe sean derechos que resulten no proporcionadas en relación con lo lesivo con el conflicto (Zaffaroni E., 2001, pág. 123).

Suele confundirse al axioma de proporcionalidad con el de prohibición de exceso, en cuanto a este último comprende al primero en sentido amplio, pero, asimismo, se distingue de la proporcionalidad en sentido estricto.

Así tenemos, que por un lado la proporcionalidad reposa en criterios de lo que es justo, conjuntamente con la igualdad, así también, se conduce por preceptos auténticamente valorativos de merecen de una pena y responde al esencial axioma que a “delitos graves – penas graves y a delitos leves – penas leves”; a diferencia del principio de prohibición de excederse, en que se erige sobre un fundamento utilitarista con una finalidad de esquivar la implantación de draconianas penas dirigidas más allá de lo que racionalmente resulte necesario, pues este principio, reposa sobre fundamentos de eficacia (costo-beneficio) y de urgencia de penas, exigiendo la prevalencia del axioma “el máximo de beneficio con el mínimo costo”, así; a la “prohibición de exceso”, resulta relevante la pena útil y no la pena justa.

Ahora bien, es concebida la “proporcionalidad” como uno de los elementos que posibilitará la determinación de lo útil o no de una pena, de tal medida que reforzará

las consecuencias preventivos-utilitarios en el ámbito social de la pena. (Castillo J. 2004, pág. 289),

### **2.5.1 Naturaleza:**

La proporcionalidad como principio comprende valorar idealmente entre el menoscabo de una conducta delictuosa y los bienes cautelados jurídicamente que ha de privar la pena, entonces, atrás quedo la idea de la respuesta del talión y de devolución de un mal equivalente.

Esta relación de comparar dos o más instituciones, no refiere una relación de orden meramente matemático, sino que se realice una actividad “axiológica”, donde los valores serán sujetas a una ponderación entre sí con la finalidad de precisar una objetiva medida entre la conducta ilícita y la sanción. Por lo que, queda proscrito todo entendimiento de principio de proporcionalidad como una devolución del mal por mal.

Este análisis valorativo muestra los cauces de análisis entre el tipo de la pena con el bien protegido jurídicamente y que es lesionado o es expuesto a riesgo con el actuar delictivo, de tal forma que los ilícitos que imponen una pena para privar la libertad deben lesionar por lo menos a un bien cautelado jurídicamente en mayor o idéntica valoración que la libertad personal de los ciudadanos, tanto así, que de no cumplir con ello, el sistema penal solo podrá imponer una sanción menos lesiva, como es el caso de la imposición de una medida limitativa o el pago de una multa.

Ahora bien, sobre a idea de justicia, se encuentra intrínsecos los criterios fundamentales de “igualdad” y “justicia”, estos dos criterios se encuentran condicionada por una **medida objetiva**, es decir, condicionadas por las estructuras económicas, sociales, políticas y jurídicas imperantes en un determinado tiempo y espacio histórico.

En tal sentido, la “justicia distributiva”, y en concreto lo proporcional, no infiere únicamente una distribución de acorde con un lineamiento objetivo

de límites, restricciones, cargas o sanciones negativas, sino también de penas o beneficios que pueden resultar premiales (Castillo, J. 2004, pág. 287).

La justicia y la proporcionalidad no implica, aquella medida material o física, por el contrario, un valor que considerará aspectos que concretamente en el Derecho Penal es de esencial relevancia el bien jurídico, su afectación o alarma social que genere el comportamiento y el subjetivo elemento, como las circunstancias singulares (situacional contexto) y las particularidades del infractor (partícipe o autor).

### **2.5.2 Delimitación:**

La proporcionalidad como principio se vincula íntimamente con otros que legitiman al Derecho penal.

Por un lado, presenta una íntima relación el axioma de la culpabilidad, en donde determina que se puede imputar y reprimir al agente una afectación a un bien protegido jurídicamente sin expresar algo acerca de lo grave del delito, la proporcionalidad hace referencia al castigo penal y jurídica (medida o pena)

Ha de ceñirse a lo gravedad de la conducta delictual: a lo está al margen de la ley y a lo que es culpable.

La proporcionalidad además se vincula con el axioma de “intervención mínima”. En sus variantes de “fragmentariedad” y “subsidiariedad”;

La subsidiariedad de la ciencia penal evoca a la política criminal con proyección a prevenir delitos y ello debe estar en el final de los eslabones en la política social del Estado, incidiendo en el empleo distintos mecanismos que no necesariamente contarán con un sentido represivo tan fuerte. (Zugaldía, M. 1993, pág. 189).

Considerando la gravedad de sus sanciones, la más rígida del sistema jurídico, el “derecho penal” intervendrá únicamente cuando otros mecanismos menos drásticos no aseguren el suficiente éxito. (Roxin, C. 1997, pág. 65).

En relación a la fragmentariedad, ella representa que la amplia gama de bienes que constituyen el orden jurídico, el “derecho penal sólo” únicamente cautelará unos cuantos y no la totalidad de bienes jurídicos. Inclusive una vez seleccionados los bienes protegidos jurídicamente y que la colectividad considere como más relevantes, el derecho penal tiene que hacer una segunda labor de selección: Sólo deben castigarse las conductas más lesivas para los bienes jurídicos que porten una máxima dañosidad social y que supere el riesgo permitido (Roxin, C. 1997, pág. 65).

Aquí cobra honda importancia la teoría de la imputación objetiva en el sentido de relevancia típica en la conducta como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado superador del riesgo permitido.

### **2.5.3 Ámbito de aplicación**

Se ha indicado que el principio de proporcionalidad no sólo tiene su alcance y delimitación en la aplicación de las sanciones más graves y drásticas del ordenamiento jurídico, sino que, también su alcance limita al Derecho premial en cuanto impone determinadas acciones positivas, que buscan ejercitar la función promocional del derecho en la realización de determinadas conductas favorables para la sociedad.

En ese sentido la doctrina penal contemporánea establece una diferencia entre la proporcionalidad en abstracto, dirigida hacia el legislador, y la proporcionalidad en concreto, la que se dirige hacia el juez. asimismo, se ha de entender, que los alcances del principio de proporcionalidad buscan compatibilizar tanto la proporcionalidad abstracta como la concreta. No es correcto pensar que cada una tiene absoluta Independencia y pueda actuar sin relación o vinculación alguna.

Ello no puede ser así ya que la pena, tanto en abstracto como en concreto, ha de parecer como merecida y justa. Ambas deben buscar complementarse en un proceso único, pero divisible en una fase legislativa y una judicial. sólo cuando exista una sanción exagerada que quebrante la proporcionalidad abstracta puede concurrir de manera supletoria, y para cubrir esta falencia, la proporcionalidad concreta como medio para Atemperar el rigor y el punitivismo de la formulación legislativa, imponiendo una sanción equitativa al caso particular.

a) **Proporcionalidad Abstracta**

Este tipo de proporcionalidad está enmarcada a la conminación penal, inherente a la formulación de índole legislativa de la norma penal y precisa de una consideración de valorar circunscritamente al cumplimiento de los fines de la política de índole criminal del Estado.

Ha de considerarse las palabras de Ihering en relación a: *“Las tarifas de penalidades son la medida de los bienes sociales en una época determinada”*, y las de Beccaria al sostener: *“La magnitud de las penas deben ser relativa al Estado cultural de la nación”*. Resulta inexistente una proporcionalidad incólume, inmutable o natural entre un ilícito penal y una pena, ello dependerá de consideraciones pragmáticas sustentadas en valoraciones ético-políticas o de oportunidad para evidenciar la calidad y cantidad de una sanción (Ferrajoli, L. 1995, pág. 83).

A fin de poder determinar la proporcionalidad de una sanción ha de considerarse en primera instancia la relevancia del bien protegido jurídicamente, en lo que respecta a su consideración social como a nivel constitucional; es en esta instancia la relevancia del principio de fragmentariedad diferenciado por distinguir para la ciencia penal los bienes protegidos jurídicamente como esenciales y de mayor valor, sin los cuales no podríamos que la sociedad se organice, y alcanzar una pacífica convivencia.

Así, la elección del bien protegido jurídicamente y el tipo de pena a establecer ante la lesión o puesta en peligro se conocerá como proporcionalidad *cualitativa*. Tal proporcionalidad se diferenciará de *la proporcionalidad cuantitativa*, distinguida por resaltar el *quantum* o el monto de la pena a fijar.

Lo dicho deja en claro que una pena proporcional se establece y configura desde la importancia del bien protegido jurídicamente y no de del nivel de necesidad preventiva.

Ahora bien, en la proporcionalidad se constituye tres elementos importantes: *i) importancia del bien jurídico; ii) la gravedad de la conducta y iii) el elemento subjetivo*, las cuales no serán consideradas de modo aislado; sino como si fuesen una totalidad, uniforme e indisoluble.

Muy aparte de los elementos mencionados, es importante atender, que no faltan hipótesis en los que, pese a existir distintos grados de intervención Como sucede en el caso del autor, que tiene el dominio del hecho, y del cómplice primario o del instigador, en el que falta dicha

característica, el legislador no ha obtenido la consecuencia material más importante: diferenciar la magnitud de las penas, tal como aconseja un sector relevante de la doctrina penal. aquí se ha infringido el principio de proporcionalidad al asignarse igual pena a quienes y de intervención distinta en un mismo hecho, lo correcto hubiese sido establecer una atenuación facultativa de la pena (Castillo, J. 2004, pág. 311).

El principio de proporcionalidad no implica una pena igual o inmutable para las diversas formas de comisión de un delito, sino una pena distinta, ya sea que se trate de ilícitos de distinta naturaleza o de hechos cuyo contexto en el que se ejecutaron es diverso. de esto se ha percatado el legislador y en algunas figuras delictivas ha previsto una serie de circunstancias que ha consagrado legislativamente. sin embargo, se puede observar que ello no ocurre Al momento de permite determinar la proporcionalidad en la participación delictiva.

#### b) **Proporcionalidad Concreta**

La proporcionalidad concreta es el mandato dirigido al juez para que según el caso imponga la pena que el hecho merece.

En el derecho penal contemporáneo es *conditio sine qua non* que el hecho y la respectiva penalidad se encuentren previstos en la ley para que el castigo sea válido y legítimo, así pues, se establece la sujeción del juez a la ley y el respeto irrestricto al principio de legalidad.

En ese sentido, el juez no puede sobrepasar, ni imponer una pena más alta, ni tampoco distinta a la prevista en la ley. la proporcionalidad concreta se halla subordinada a la abstracta.

El Código penal peruano no sigue un sistema de penas fijas e invariables, sino por el contrario, se da libertad al juez para que imponga una pena dentro de ciertos límites y parámetros, ya sea máximos y mínimos.

Ahora bien, desde la perspectiva político criminal, el marco penal refleja una valoración jurídica acerca de la importancia del bien jurídico y la dañosidad social en la conducta.

En ese sentido, la actividad de juzgar no implica sólo el apreciar la magnitud de la pena a imponer, sino, que se requiere un examen minucioso del hecho, ponderando todo el cúmulo de factores que intervienen en el delito. por tal razón, se deberá tener en cuenta las siguientes consideraciones.

El juez debe determinar si el que interviene en el hecho lo hace a título de autor, en cualquiera de sus modalidades o a título de partícipe.

La determinación del grado de intervención en el delito no es sólo una calificación formal, sino que se debe manifestar en la cantidad de pena a imponer.

Pues, por no a domina acontecimientos respecto solo contribuye de manera accesoria a su configuración (Choclán, J. 1997, pág. 119 y ss.).

La sociedad y el derecho no puede imponer igual tratamiento a quién comete el hecho por sí sólo, actúa o se vale de otro en la realización del tipo, respecto a quién sólo favorece, auxilia, presta asistencia o ejerce un determinado influjo psíquico en la realización de un hecho ilícito ajeno. la consecuencia material más importante del sistema restrictivo de autor y, en general, de establecer una distinción entre los intervinientes en un hecho delictivo tiene sentido en la medida que se separa a los autores de los partícipes logrando una base segura para imponer una distinta penalidad según el peso objetivo de la contribución y el instante en el que dicho aporte se preste, ya sea durante la preparación o la ejecución del delito. sin embargo, ha de señalarse que el abonar por un tratamiento jurídico distinto para el autor y el partícipe respecto al *quantum* de la sanción a imponer no supone de modo alguno exigir una sanción por debajo del límite mínimo del marco legal (Castillo, J. 2004, pág. 323).

También deberá precisarse si el delito se ha llegado a consumar o simplemente se ha quedado en el camino criminal, así como verificarse si el delito como fenómeno jurídico aparece de manera aislada o en concurso con otras infracciones penales, hecho que penalidad.

El axioma de proporcionalidad poseería una finalidad correctiva del marco penal en sentido abstracto, ajustándose a parámetros mínimamente sustentados en la razón.

## **CAPÍTULO III**

### **LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL**

*3.1 La Teoría del Sujeto Infractor; 3.2 Teorías sobre la Diferenciación en la Intervención Delictiva, 3.2.1 Concepto unitario de autor, 3.2.2 Teoría Diferenciadora, 3.2.3 Autoría y Participación Criminal, 3.2.4 Preludio sobre la Teoría de la Participación en el Derecho Penal, 3.2.5 La Participación Delictiva como una forma de extensión de la tipicidad, 3.2.6 Fundamento de la Punibilidad en la Participación Criminal.*

### 3.1 La Teoría del Sujeto Infractor

En el esquema de la tipicidad, se puede encontrar como un elemento indispensable al sujeto activo; así, la responsabilidad por quien ejecuta la acción típica será importante para indicar la existencia de la comisión de un delito, “pues no puede existir una obra sin la existencia de su autor”.

En esta premisa es que se erige las construcciones de todos los códigos penales, en particular la del código penal peruano de 1991, en donde establece en sus articulados 23, 24, 25 y 27 las diferentes formas de autoría y de participación delictiva.

Esto es una exigencia establecida de forma sistemática, pues la importancia de identificar al autor de un hecho considerado como delito podrá dar marcha al sistema penal y a la par activar las garantías constitucionales que se erigen a favor del presunto autor. También, implicará que no podrá existir una persecución formal por parte del Ministerio Público sin la plena individualización de quien se considere como responsable de un hecho criminal, pues el Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, ha establecido en referencia con el control de la acusación fiscal que: *“La acusación debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación, siempre provisional, del hecho punible objeto de investigación preparatoria o instrucción. Este comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan, referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación”*.

Ahora bien, la regulación de los tipos especiales, en cuanto interés de su realización, describen acciones que deberán ser ejecutadas por una persona, es decir por el “*autor*”.

Se puede comprender que el autor realizará la acción por su propia persona o en colaboración de terceros la realización de los elementos objetivos del tipo.

Así, será autor quien en primer lugar realice los elementos del tipo de la acción punible (*autor directo*); este concepto de autoría ha sufrido ya una discusión bien marcada en la doctrina penal, lo que ha ayudado a determinar diversas clases de autoría como son: el que comete el hecho por medio de otro (*autor mediato*) y la concertación de varias personas en la intervención de un mismo hecho (*coautoría*).

De igual modo, se tiene formas de participación o colaboración, como es el caso de quien dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible (*instigador*), el que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, siendo su aporte esencial o no esencial (*complicidad primaria y secundaria*).

La división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad judicial.

Sino que se encuentra determinada más bien por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción. (Bockelmannl, U. 1957, S. 111).

Y así, el Derecho penal no puede castigar como simple cómplice a aquel que realiza el tipo de propia mano, ni tampoco como autor a quien sólo desarrolla el plan para la comisión del hecho. La dificultad subyacente al momento de imputar un hecho impreso de connotación delictual, es de establecer el grado de intervención que hubieran realizado los sujetos; esto conllevó a la realización de posturas dogmáticas para intentar explicar y en otros casos

diferenciar cuando es que estamos frente a un autor y cuando estamos frente a un partícipe.

## **3.2 Teorías sobre la Diferenciación en la Intervención Delictiva.**

### **3.2.1 Concepto unitario de autor**

El desarrollo del criterio unitario de autor, se establece en virtud a la aplicación de las leyes naturales establecidas por el positivismo científico en el siglo XIX, la mismas que influyeron en los conceptos jurídicos penales, por esta razón a través de una concepción de corte naturalista – mecanicista del derecho penal, se argumentaba de la siguiente manera: “*Todos los intervinientes de una conducta punible, que hubiesen causado un resultado, son autores*”, la *ratio* de esta forma de pensar es porque los mismos habían puesto una condición para la producción del resultado.

No existía en ese momento una forma de diferenciar entre los intervinientes como autores o partícipes, ya que, al ser una apreciación totalmente fáctica de los hechos, no permitía realizar criterios de valor, la forma más adecuada de establecer la vinculación del sujeto con la producción de un resultado era aplicar criterios naturalísticos, es decir, criterios de causalidad, en las cuales no era posible distinguir entre aportes de mayor o menor entidad. (Orozco, H., 2009).

Ante esta concepción, se estableció problemas en la formulación misma de la teoría, de tal forma que, el fundamento del pensamiento naturalístico, como lo es el criterio de causalidad, resultó ser su propia piedra en el zapato, debido a un conjunto de casos que limitaba de manera absoluta establecer cuando una conducta era causa de un resultado, y aunque los baremos de limitación de análisis, como la teoría *sine qua non* y la teoría de la equivalencia de las condiciones, estaban orientadas a resolver problemas de causalidad, las mismas resultaban ser insuficientes por no poder determinar cuál de todas las causas en el desarrollo de los hechos establecía la responsabilidad penal

### **3.2.2 Teoría Diferenciadora**

Observado la evidente imposibilidad de la Teoría Unitaria de Autor para resolver los problemas acaecidos por la intervención múltiples de sujetos sobre un hecho punible, se formularon las siguientes teorías

#### **3.2.2.1 Teoría Subjetiva**

Esta teoría aún mantiene criterios naturalísticos respecto de quienes intervienen en un hecho delictivo, de tal forma que, en virtud a la teoría de la equivalencia de las condiciones, se comprendía que la totalidad de los que hayan contribuido en la ejecución de un hecho punible obtenían la calidad de autores, y por ende deben ser responsables del mismo. Empero, los que sostenían esta teoría planteaban que a pesar del criterio naturalista que aún se mantenía, se debía diferenciar los niveles de la realización en la ejecución de lo ilícito, todo ello en miras de poder establecer una diferenciación en la aplicación de la pena. (Reátegui, J. 2014, pág. 771)

En virtud de esta preocupación, para la concreción de la eficiente separación entre autores y partícipes, los postulantes de la teoría subjetiva, establecieron como criterio atender a la faz interna de quienes intervienen en el hecho delictivo, ya que desde una perspectiva objetivo-causal y como advierte la teoría de la equivalencia de las condiciones, sobre una serie de causas que se despliegan en la realización de un hecho no es posible diferenciar, cual de todas ellas es el que en mayor grado ha contribuido para la realización del resultado, ya que todas las condiciones son equivalentes entre sí, es decir, todas son iguales.

Por esta razón, esta teoría se basa en la dirección de voluntad del partícipe, apoyándose en un concepto especial que es el dolo, en

especial en un ánimo de autor; es decir, se considerara como tal quien haya actuado con el ánimo de autor (*animus auctoris*) y quien contribuye podrá ser diferenciado quien haya actuado con ánimos de partícipe (*animus socii*) (Cabrerá, A., 2011, pág. 530).

También se debe considerar que, en el trascurso de la postulación de la teoría subjetiva, existieron diversas variantes que se acogían a los criterios internos de los sujetos, tal y como se estableció para aplicar “*el criterio del interés*”, siendo que la voluntad del agente se vincula con el interés en que el ilícito se ejecute.

Las teorías subjetivas sobre la autoría y participación fracasaron rotundamente, por cuanto no eran lo suficientemente adecuadas para establecer los límites y diferenciar cuando es que estamos frente a un autor o partícipe, atender a elementos de carácter subjetivo solo llevaba a confundir a las instituciones, como lo fue en el caso de “la bañera” en dónde: dos hermanas fueron advertidas por su padre que, de volver a tener un parto más serían castigadas; así, ante el miedo al castigo, y una estar embarazada, la otra hermana y su madre convinieron en acabar matando al feto, dándole muerte en la bañera. Ante tal situación el máximo Tribunal sancionó a la hermana que dio muerte en calidad de cómplice y a la madre en su condición de autora, ante ello es evidente la falencia de convertir a quién ejecuta materialmente en una situación de cómplice y a la persona que no realizó materialmente el comportamiento típico como autor, desconociéndose que la realización de cada interviniente en el ilícito punible, por ello, el animus no representa fundamento seguro para elaborar la diferenciación entre partícipes y autores.

Lo relevante a efectos de delimitación entre autores y participes no es la intención o el ánimo que estos tengan al momento de realizar el hecho, es decir, ¿Qué tan importante es cómo se siente el sujeto al momento de realizar el hecho?, no es posible determinar desde un

punto de vista subjetivo por el evidente y manifiesta imposibilidad material que ello contrae.

Citando al profesor Bacigalupo sostiene: *“que esta teoría es criticable por cuanto la sola actitud interior del autor no debería ser suficiente para reemplazar la realización de una acción ejecutiva de un delito. Ello se refuerza con el hecho de que finalmente este ánimo debe probarse objetivamente en un proceso penal con medios probatorios idóneos que puedan probar dicha actitud, lo que devendría en insostenible, porque desembocaría finalmente en la renuncia de criterios jurídicos”* (Cabrera, A, 2011, pág. 531)

### **3.2.2.2 Teoría Objetiva**

Con la aplicación de las teorías objetivas se logró superar los criterios causalistas y los criterios subjetivistas, en razón por la cual se distingue las diversas contribuciones al injusto, siendo que las mismas se dividen en: *a) Objetivo – Formal* y *b) Objetivo – Material*.

#### **a) Teoría Objetivo - Formal.**

La base de esta teoría reside en los elementos objetivos del tipo, puesto que se considerará como autor a quien haya realizado de manera fáctica el comportamiento humano que corresponda exactamente al detalle literal del tipo penal, es decir establecer una correspondencia plena y absoluta con la formalidad establecida en la construcción de la tipicidad penal, por lo tanto, será el autor quien tenga que desplegar una conducta que afecte al bien jurídico con la realización de propia mano de la afectación o puesta en peligrosidad del cautelado bien jurídico.

Por estas consideraciones la “teoría formal objetiva” diferencia al partícipe del autor conforme el aspecto exterior de sus conductas,

es decir, si el actuar puede ser subsumido (lógico) formalmente en el tipo penal, conforme a una norma adecuada, que inicia con describir el hecho físico y no intelectual. (Roxin, C. 1994).

Esta posición diferencia al partícipe del partícipe conforme el aspecto externo de las respectivas conductas, esto es, si la acción puede ser subsumida formalmente en el tipo penal: lo relevante, a todo esto, será la ejecución por la totalidad o parte de los actos ejecutivos considerados de modo específico en el tipo legal.

La teoría parte describiendo de modo mecánico y fisiológico en cuanto conducta humana orientada únicamente de modo objetivo, como si los comportamientos típicos puedan estar sujetas a explicaciones exclusivamente desde un espectro fenomenológico exterior, sin considerar la voluntad misma del agente, que es al fin quién otorga de sentido jurídico al comportamiento humano.

Sólo será autor de un delito, quién ejecute de su misma mano la acción prevista como típica, correspondiendo sin objeciones a una concepción cognitivo – naturalista inherente a los últimos tiempos del siglo XIX. (Sánchez – Vera & Trellier, J., 2002, pág. 91).

La “valoración jurídico – penal” no podrá surgir de la configuración del “ser” como proyección fenoménica de los acontecimientos propios de lo natural, el comportamiento humano perderá esta condición al someterse a fórmulas legales, que deben indagar cuando un agente es autor de un cierto ilícito, no necesariamente en un aspecto naturalista sino, considerando una visión normativa. (Cabrera, A., 2011, pág. 534).

Así, frente a esta teoría se plantea varios cuestionamientos a esta posición dogmática, pues se advierte, que sobre ella aún se puede encontrar fragmentos de los conceptos de causa y condición, por tal razón no es posible distinguir con claridad, entre autoría y la mera

“causación”, extendiéndose lesivamente la definición de autor; de igual modo, no encuentra respuesta frente a supuestos de co-autoría, autoría mediata, en el supuesto que uno de los intervinientes no realice ningún comportamiento que sea típico materialmente, como la autoría en los ilícitos especiales propios.

**b) Teoría Objetivo - Material.**

Al establecer el fracaso por la teoría formal objetiva, por mantener como autor a quien realice de su propia mano cada elemento del tipo objetivo, llega el argumento de la teoría material objetiva, desarrollado por el autor Hans Welzel, H. quien lo desarrolló en concordancia con su acepción final de lo injusto, como aquella que otorga un convincente y válido criterio, para distinguir la autoría de las distintas modalidades de participación criminal, especialmente en el ámbito de los injustos dolosos.

Por esta razón Welzel sostenía: *“no es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien el dominio consciente de hecho dirigido hacia el fin”*. Se resalta al autor, por el rasgo característico del dominio final del delictivo hecho, por sobre toda intervención o participación (Welzel, H., 1969, pág. 104).

Welzel afirmaba que “autor final es señor de su decisión y la realización de esta, con ella señor de su hecho que conforma ser así con la finalidad consciente”.

La “teoría del dominio del hecho” contó con un real apoyo en 1963 con el surgimiento de la obra de Claus Roxin: *“Täterschaft und tatherrschaft”* (autoría y dominio del hecho).

En dicha obra Roxin admite como genuinas formas de autoría: i) *la autoría inmediata unipersonal (dominio de la acción)*; ii) *la autoría mediata (dominio de voluntad)* y iii) *la coautoría (dominio funcional)*.

Sobre la teoría del dominio del hecho se ha establecido tres puntos donde dicha teoría ha tenido impacto. *En primer lugar*, el acogimiento del sistema de distintas maneras de intervenir en el ilícito ante la visión del autor de modo unitario; en *segundo lugar*, la idea que la definición restrictiva de autor es válida y en *tercer lugar*, la concepción que dominar el hecho constituirá, al menos para una gran porción de delitos el fundamento decisivo de la autoría (Donna, E., 2002, pág. 30)

Por ello, será autor quien domine de modo final la realización del hecho y genere efectos concretos tales como:

i) El autor siempre ejecutará por su propia mano cada elemento constitutivo del tipo. Autor es quién esté relación especial e importante con relación a alguno de los hechos considerados.

ii) Delitos en la Parte especial o que representen fases u etapas de imperfecta realización de los tipos (dominio de la acción o autoría directa).

iii) Es autor quien ejecuta el hecho utilizando a un instrumento (autoría mediata o dominio de voluntad).

Sin embargo, en determinadas circunstancias, es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el delito y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas (coautoría), sino también vertical (autor detrás del autor).

iv) Es autor, el coautor que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan global (dominio funcional del hecho, coautoría).

La autoría es una forma de autoría, con la particularidad de que el dominio es común a varias personas.

### **3.2.3 Autoría y Participación criminal**

El máximo intérprete de la Constitución, ha indicado expresamente en referencia con las clases de autoría y participación, así como su delimitación, así en la sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005, opta por cierta postura doctrinaria en relación con la participación delictiva, conceptualizando quién es partícipe y quién es autor. Con tal finalidad, el Tribunal Constitucional se encauza en la “teoría del dominio del hecho” que precisa: es autor el agente que domina el resultado de la conducta, y, así mismo, será partícipe quien coadyuve en el actuar del identificado como autor, sin necesariamente contar con posición del dominio del hecho.

De igual modo; el citado Tribunal refiriéndose al fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, sostuvo que aquél será responsable por otorgar un aporte que deviene en accesorio al autor, para ejecutar el hecho sancionable.

Con lo antes señalado, el Tribunal adopta una posición doctrinaria de extensa tradición, que inclusive como doctrina mayoritaria es aceptada en nuestra realidad, como en los ordenamientos jurídicos, y que, sirven para sustentar decisiones judiciales de los últimos tiempos.

Así, prescribe:

*Fundamento 32: “No obstante, es menester precisar que, si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un inter procesal diseñado por la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal*

*Constitucional estima conveniente revisar el marco técnico-jurídico de las formas de la intervención delictiva”.*

*Fundamento 35. [...] es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuida independientemente de la entidad material de su intervención [...],, [...] asimismo, sobre la participación indica que es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución.*

Tal como se aprecia, el Tribunal considera claramente que el partícipe únicamente se circunscribe a coadyuvar en la realización del hecho. Tal hecho principal que, conforme a la “teoría de la accesoriedad”, únicamente pertenecería al autor, al tener dominio en el resultado que es típico. Se extenderá lo injusto al partícipe solamente por consideración a reglas de extensión del tipo penal subsumidas en la normativa general del código penal.

Así, y como se viene desarrollando, se ha prescrito en consideración a los logros de la doctrina penal, la clara y marcada diferenciación que ha de existir entre los autores y partícipes. Lo que ha conllevado incluso a delimitar el concepto de autor y clasificarlo, dando como resultado subcategorías dentro de un mismo concepto, como son: i) *autoría mediata* (y su derivado postulado por el profesor alemán Claus Roxin conocida como “*Autoría mediata en aparatos organizados de poder*) y ii) *la coautoría*. Instituciones que claramente se diferencian de las otras formas de intervención delictiva, pero que sin embargo no serán desarrolladas en la presente investigación, puesto que el desarrollo versará estrictamente sobre la instigación, como una forma de participación.

### 3.2.4 Preludio sobre la Teoría de la Participación en el Derecho Penal

El partícipe representa lo contrapuesto, dogmáticamente, al autor. Es quien no domina el hecho, no estará en condiciones para que finalmente decida el curso causal del ilícito penal, hacer cesar, desviar, interrumpir, suspender, etc. Si no, alguien que “ayuda” o “instiga” a otro a interrumpir, desviar, hacer cesar o suspender, etc. el curso causal de los hechos.

De otro lado, en la práctica se ha confirmado que la “teoría de la diferenciación entre el autor y el partícipe” se ha alineado la mayoría de la dogmática jurídico-penal y por consiguiente el Derecho penal peruano.

Así, revisando la normativa penal sustantiva vigente se puede encontrar que en el artículo 5 prescribe. *“el lugar de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”*.

Esto no solo se puede observar en la redacción de la parte sustantiva del Código Penal Peruano, sino también, en la redacción del marco procesal penal, pues en su artículo 321 prescribe que: *“la Investigación Preparatoria [...] tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado.*

En tanto y en cuanto prevalezcan las teorías restrictivas, resulta importante establecer un límite claro entre la conducta del autor y la conducta del partícipe.

La diferencia entre autores y partícipes, y sobre las diversas formas de participación, es un privilegio existente únicamente en el Derecho penal, en donde se ha podido normativizar en normas de participación, tal y como se puede observar en el artículo 23 y siguientes del Código penal peruano.

Asimismo, se ha establecido en la doctrina penal, una gran discusión de que, si la problemática de la participación criminal y de la autoría son términos establecidos por la voluntad del legislador o si los mismos son preexistentes a la misma, de tal forma que se tratarían de elementos prescritos por la norma jurídico-penal o de naturaleza óntico-ontológico.

Sobre el particular, el profesor Reátegui, J. (2014, pág. 917) determina que, si bien las instituciones jurídico-penales han de poseer una esencia normativa, en el entendido que los legisladores son quienes deben adecuar la mayor parte de situaciones “punibles” en la normatividad penal, también debe considerarse que debe establecerse límites ontológicos en la confección de definiciones dogmáticas.

En virtud de lo expuesto, se indica que lo determinado por el profesor Reátegui es correcta, por cuanto no se ha de entender totalmente los conceptos en función normativa, para ello se ha establecido una obligatoriedad que debe ser observada por el legislador, como es el de la criminalización primaria, esto exigiría notablemente que se deba observar la realidad y sobre ellas establecer un examen sobre determinados comportamientos que permita establecer un núcleo de criminalidad y elevarlo al mundo normativo, puesto que ontológicamente no se podría establecer autoría o participación alguna.

En otro sentido, se extiende esta exigencia por parte del cuestionamiento social, pues, la observancia de la sociedad hacia ciertas conductas permite establecer esta diferenciación, de allí que la funcionalidad del Derecho penal tenga que observar los criterios que permiten el normal desarrollo de una sociedad determinada, y con ello nacería la exigencia de determinar en un primer plano conductas ontológicas, para luego elevarlas al plano normativo.

### **3.2.5 La Participación delictiva como una forma de extensión de la tipicidad**

La autoría y la participación criminal (*ya sea directa, mediata o coautoría*) constituyen lo que se concibe como “ampliación del tipo penal”. Por lo tanto, el partícipe no es un elemento que constituya el ilícito en la descripción del tipo penal.

Ahora bien, estando presente la participación, esta dependerá de su incriminación a través de una ley penal diferente, es decir, de la prolongación u extensión de la normativa sobre la participación.

La participación criminal deviene en una proyección legal y hasta cierto punto racional del tipo penal; tal participación, como teoría, se circunscribe dentro de las denominadas causas de exclusión del tipo y de la forma o formas extendidas de dependencia o subordinación, pues se encuentran consideradas en ciertas instituciones de la parte general, ante tipos propios de la parte especial.

Serán dependientes o también conocidos como indirectos pues sí únicamente se tratasen de tipos huecos carentes de contenido, que sólo tendrán sentido jurídico-penal en relación con su contenido y con la sanción de un ilícito propio de la parte especial, no existiría punición alguna, no obstante ello, tal acepción accesoria se genera del mismo significado de la institución particular: formar parte en algo ajeno.

Por ello resulta válido sostener, a diferencia de lo que se aprecia con la tentativa, que la institución de la participación no constituye una tipología delictiva autónoma, sino por el contrario una simple conceptualización de referencia, cuyas cualidades relevantes son marcadas jurídicamente.

Es por esta razón que las definiciones de instigación y complicidad sustentan la proyección de la punición, los preceptos generales en que se definen,

aplicadas respecto a los preceptos de la parte especial, ampliando los tipos legales considerados en dicha normativa (Hurtado Pozo J. , 2005, pág. 886).

En ese sentido, López, M. (1997, pág. 52) indica que: “*las normas reguladoras de la autoría pueden considerarse de esta forma como normas de interpretación extensiva de los tipos*”. Por lo tanto, la participación criminal no establece en si una existencia de un tipo penal autónomo, o de un delito propiamente dicho, sino que se establece con ello un tipo referencial.

De tal forma que, no será posible la existencia de la participación si la misma no se conecta con un hecho punible realizado por un tercero (ya sea inductor o cómplice).

### **3.2.6 Fundamento de la Punibilidad en la Participación criminal.**

En el siglo XIX tras el surgimiento del positivismo científico y las leyes de la causalidad, se buscó aplicar la misma fórmula para la doctrina penal, de esta forma nace el concepto monista, basado específicamente en la teoría de la equivalencia de las condiciones, así al ser equivalente todos los hechos cometidos en un ilícito no cabría diferenciación alguna, y por lo tanto no se encontraba una delimitación sobre los conceptos de autoría y participación, pues todo aquel que interviniera en la causación de un resultado deberá ser considerado como su artífice o autor. A esto se le conoció como la aplicación de la causalidad en la participación, pues el partícipe es parte de la causalidad, siendo este arrastrado por una concepción meramente fenomenológica y estrictamente fáctica, lo que, sumado a los conceptos unitarios o extensivos de autoría, impedía claramente desligar a los partícipes que se suman a un hecho principal, lo que, en buena cuenta, al no existir partícipes no permitió establecer un fundamento para dicha institución.

Los mismo ocurrió en la doctrina italiana del siglo XIX, donde seguían imperando categorías medievales como lo son las figuras del “*mandato*”,

“*auxilio*” y “*consejo*”, y aunque esto llevaba a una diferenciación ligera entre quien realiza un hecho principal y un acto de contribución, las bases seguían sobre los cauces de la causalidad, lo que en buena cuenta conllevó a que su tratamiento fuese sobre un fundamento del delito colectivo.

Ahora bien, como ya se ha indicado, a diferencia de la autoría, la participación (inducción y complicidad) son causas de extensión de la pena.

Por estas consideraciones la punibilidad de las formas de participación necesariamente requiere una fundamentación especial.

De la forma en que se fundamente la pena en la participación se deducirá cómo deberá de diferenciarse lo impune de la autoría; conceptos como la inducción y de la complicidad (Jescheck H. 2014, pág. 1023).

En la antigua concepción de la teoría de la participación en la culpabilidad el partícipe es castigado pues conducía al autor por la culpabilidad y, además, pues colaboraba en el delito (“*peccat in se et alium peccare facit*”) (Kohlrausch, E. 1961, S. 48).

Sin embargo, en la actualidad es posible establecer la responsabilidad de quien participa en un hecho cometido por un inculpable, siendo esto también en los normales supuestos la medida de culpabilidad de quien actúa como partícipe que es completamente diferente a un autor; es decir, que resulta contrario a la teoría que postula la participación en la culpabilidad.

Aquí también yace la “teoría de la corrupción”, en el aspecto que lo ilegal de la participación delictual se justificaría en cuanto al partícipe condujo al autor en la senda de la culpabilidad y a la pena, es decir ha corrompido o ha seducido al mal (entendido como instigado) o lo ha fomentado en una indebida decisión ya adoptada (entendido como cómplice).

La imputabilidad del partícipe se sustenta a razón de la conocida “teoría de la accesoriedad máxima y la hiperaccesoriedad”, puesto que se llegará a la

culpabilidad (elemento subjetivo –dolo- ubicado en la culpabilidad) del autor y alcanzarse la pena.

Ello en la doctrina finalista implica el establecimiento de la “teoría del favorecimiento” o también denominada teoría de la acusación, que gracias al aporte del profesor alemán Hans Welzel se determinó que son partícipes las personas que intervienen favoreciendo en un ilícito ajeno, o colaboran en su condición de cómplices o determinan al autor en su comisión. Este avance se logró gracias a la superación propiamente dicha del concepto extensivo o unitario de autor, pues al lograr identificar que autor no solo era quien se veía inmiscuido en un curso causal, sino que su misma normativización a través de criterios objetivos, se denominaba autor al agente que ostenta el dominio del hecho (teoría del dominio del hecho) postulado, por el mismo profesor Hans Welzel y desarrollado ampliamente por otros autores como: Maurach, Gallas, Richard Lange, Jescheck, Roxin y Jakobs. Quienes han determinado gracias a estos postulados la diferenciación de hasta 3 niveles de autoría: *i) autoría directa; ii) autoría mediata y iii) coautoría o autoría funcional.*

Esto llevo claramente a establecer *¿cuál es el sentido y fundamentación de quienes no se encuentran dentro de estas categorías pero que sin embargo cualitativa y cuantitativamente ejercen un aporte o contribución en la realización de un hecho delictivo?*

Así surge el criterio de favorecimiento o de la acusación, en donde se determina la punibilidad del partícipe en función con el hecho cometido, es decir, lo que se indica en primera instancia es que el partícipe no contribuye en la culpabilidad del autor, puesto que esto corresponde únicamente como una imputación personal realizado al propio autor, lo que no podría alcanzar al partícipe, abriendo de esta forma la posibilidad de que exista la contribución de un partícipe en un hecho cometido por un autor inculpable.

Esta medida fundamentaba la punibilidad a través de un criterio de hiperaccesoriedad. De allí que, los esfuerzos se esbozaron en establecer que la participación gira alrededor del hecho, por lo que el mismo depende de lo

realizado por el autor y no por la culpa de este, denominándose de esta forma de contribución al hecho ejecutado como “*accesoriedad real*”.

Por lo tanto, el criterio de favorecimiento establece que el partícipe contribuye a la lesión de un bien jurídico, favoreciendo en el injusto penal realizado por el autor, de tal forma que, solo podrá aplicarse el criterio de favorecimiento en tanto y en cuanto el autor haya realizado una acción, típica y antijurídica, no exigiéndole para ello que la culpabilidad alcance o concurra en el autor, de esta forma se establece un límite en la punibilidad de la participación, la producción de la co-causa de la lesión de un bien jurídico favoreciendo el injusto penal del autor, denominándose así como. “*Principio de accesoriedad limitada*”.

Por otro lado, el profesor alemán Roxin, C. (1994, pág. 397) postula para el fundamento penal de la participación, una perspectiva doble o mixta, (teoría mixta) relacionando como núcleo de dicha punibilidad el principio de accesoriedad, pero además que la perspectiva desde la cual ha de analizarse debe ser desde la concepción del riesgo generado por la realización de la contribución, agregando para esto “el ataque al bien jurídico mediante causación accesoria”.

De esta forma Roxin añade criterios de la imputación objetiva para establecer concretamente una visión funcionalista y por ende normativista.

El postulado del profesor alemán es que existen siempre una “unilateralidad” respecto del análisis, tanto en la teoría pura de la causación, como en la teoría de la accesoriedad, pues el injusto del partícipe se deriva siempre del hecho que comete el autor, sin embargo, se debe agregar otro criterio que ayude a entender, a base de un riesgo exigido para la valoración normativa, que permita de una forma contundente establecer un fundamento de punibilidad. Es por esta razón que agrega el criterio del ataque al bien jurídico mediante la causación accesoria.

Ahora bien, el injusto del partícipe se direcciona en la cooperación que realiza en la vulneración de la norma ejecutada por el autor, de esta forma se establece una dependencia de causa y de medida del injusto principal (*injusto del autor*). Sin embargo; es de advertir una observancia lógica, pues el injusto de favorecimiento o de influencia directa establecida por el partícipe es siempre menor al injusto establecido por el autor.

Así; Sancinetti, M. (1991, pág. 756) indica que el contenido del injusto de la participación criminal, considerando la sola implicancia de favorecer el hecho principal, pues su incidencia en relación a la consideración de lo injusto será exclusivamente indirecto, devendrá en mínimo todos los supuestos que el contenido del injusto del acto principal de modo que también la culpabilidad del quién sea partícipe será menos grave que de aquél considerado como autor.

El principio de accesoriadad presente dos supuestos que son: *I) la accesoriadad cuantitativa* o dependencia en función del grado de desarrollo del delito; y *II) la accesoriadad cualitativa* o dependencia de los elementos analíticos del delito.

### **3.2.6.1 La Accesoriadad Cuantitativa.**

Esta se advierte desde la conducta del autor, es decir cuando el mismo se encuentra en la fase ejecutiva del delito, por lo que la misma se deberá encontrar en grado de tentativa para que la participación pueda ser punible.

Por lo tanto, la punibilidad de la participación requiere en su límite mínimo un comienzo de la ejecución, de esta manera se deberá observar lo establecido por la legislación penal peruana, en virtud del artículo 16 del código penal peruano.

De esta forma cuando una persona interviene antes de la tentativa, se encuentra en fase preparatoria, y por lo tanto es impune, y no da lugar a la participación criminal. La complicidad y la instigación es punible

desde la iniciación de los actos de ejecución, aunque sea que éstos se hayan interrumpido (formulación de la tentativa); pero una cosa es la participación en la tentativa y otra distinta es la tentativa de participación. Siendo que este último caso es también impune.

### **3.2.6.2 La Accesoriedad Cualitativa.**

Conocida también como dependencia de los elementos del delito. Y se refiere también a la actuación del autor, sin embargo, esta debe darse en función de las categorías del delito, por lo tanto, la cuestión a dilucidar es si el hecho cometido por el autor para ser extensivo al partícipe debe ser típico, antijurídico, culpable o punible. Dando lugar así a diversos grados.

#### **a) Accesoriedad mínima**

La accesoriedad mínima es concebida como aquél axioma lógico-jurídico que vincula a quienes legislan, y que por ello, no son libres al momento de configurar libremente a su albedrío la estructura del concurso de quienes participan en el delito, pues tal accesoriedad resulta ontológicamente atada al presupuesto y situación de la comisión de una conducta que es típica. (Latagliata, R. 1967, pág. 40)

#### **b) Accesoriedad limitada**

Tal accesoriadad establece que si una causa de justificaci3n sustenta la conducta t3pica del agente concebido como autor no podr3 existir el injusto principal (del autor) y consecuentemente la participaci3n no es objeto de sancion penal.

Por lo tanto, solo se podr3 punir la participaci3n criminal si la conducta del autor ha logrado ser confirmado positivamente para la tipicidad y la antijuricidad. La doctrina mayoritaria adopta para este caso la conocida dependencia de los supuestos del hecho punible.

c) **Accesoriadad m3xima o extrema**

Dominante en las teor3as causalistas, debido a que para la punici3n de la participaci3n se requer3a dolo en el agente, sin embargo, para la teor3a causalista o naturalista, el dolo se encontraba en la culpabilidad, empero, esto tra3a imposibilidad de poder explicar cuando se apoyaba o instigaba a un enajenado o menor en edad, puesto que en los mismo no concurre la culpabilidad por lo que sin haber autor, no exist3a tampoco la participaci3n.

d) **Hiperaccesoriadad** Considera una subordinaci3n de part3cipe de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias que elevan o disminuyan la pena inherente a su persona, agravan o aten3an la del part3cipe.

Así para efectos de la doctrina penal peruana, se ha asumido la teoría de la accesoriedad en su vertiente de accesoriedad cuantitativa, por exigirse que la conducta principal realizado por el autor haya sido como límite mínimo en grado de tentativa y el de accesoriedad limitada, en donde el injusto principal realizado por el autor haya alcanzado la antijuricidad.

## **CAPÍTULO IV**

### **LA INSTIGACIÓN**

*4.1 Antecedentes Históricos de la Instigación; 4.1.1 La Instigación en la Época Romana, 4.1.2 La Instigación en la Época Medioeval, 4.1.3 La Instigación en la Época Moderna, 4.1.4 La Instigación en el Código Penal de Vidaurre, 4.1.5 La Instigación en el Código Penal de Santa Cruz, 4.1.6 La Instigación en el Código Penal de 1863, 4.1.7 La Instigación en el Código Penal de 1924; 4.2 Estructura de la Instigación y Fundamento de lo Injusto:4.2.1 Definición y Alcances, en el actual Código Penal, 4.2.2 Fundamentos de la punibilidad de la conducta del instigador, 4.2.3 Tipicidad Objetiva y Subjetiva de la Instigación, 4.2.4 Exceso de la conducta del instigador.*

#### **4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA INSTIGACIÓN**

##### **4.1.1 La Instigación en la Época romana**

Se ha entendido desde siempre a la instigación como una forma de participación delictiva, sin embargo, esto no siempre ha sido así, es por ello que se tratará de determinar y auscultar cual era el sentido concreto sobre este tipo de participación.

Ahora bien, para la legislación de roma no era posible determinar formas de participación alguna, tal y como indica Carrara, F. (1877) “*Complex era el latinismo con el que se le dio para identificar a quien se haya complicado o implicado en un delito consumado por otro. Sin embargo, esta denominación no era muy conocida entre los mismos romanos*”.

De otro lado; ello no imposibilitaba que fuera perfectamente posible determinar en los hechos las formas de participación, las cuales si se consideraba cuando se imponía la sanción.

Sin embargo, referido al instigador, se le determinada la pena en el mismo grado que el autor, esto en relación a que ambos, tanto el ejecutor como el instigador, poseían una estrecha vinculación delictiva, y que por tanto el ejecutor, quien era instigado a realizar un determinado hecho delictivo, lo realizaba en interés del otro.

Por estas consideraciones Peñaranda (Peñaranda, E., 1990) denomina a esto como *autoría per interpretatiomen*, e indica que la instigación deviene de una institución civil de orden o de mandato establecido así en la época romana.

A modo de ejemplificar lo anteriormente abordado, si un esclavo realizaba la comisión de un delito por pedido o mandato de su señor, ambos serían catalogados como autores (Mommesen, T. 1999).

Entonces, el mandato o *mandatum* se entendía como una forma de contrato consensual en donde una persona se encargaba sin mediar contraprestación alguna a realizar o hacer una cosa en nombre de otro, así, quien se beneficiaba con la realización de ese mandato, se le denominaba “mandante” o “*mandans*” y quien se encargaba de realizar lo solicitado se le denominaba “mandatario” o “*mandatarius*”.

Otra característica de esta forma de contrato, es que como bien se ha expresado, no se establecía forma alguna de remuneración de pago, es decir, que por la labor realizada no se debería cancelar una contraprestación, sin embargo, esto no eximía a que se pueda entregar un honorario como forma de remuneración, siendo esto simplemente opcional, pues no se encontraba establecido dentro del contrato como una condición esencial (Navarro, R., 1842).

Por ello, en relación a la figura de mandante – mandatario, se le imputaba la realización del hecho cometido a quien por medio de este contrato lo hubiese encargado, así como también, las consecuencias del ilícito cometido, puesto que se entendía que es como si el mismo mandante lo hubiera cometido.

Esto se puede determinar en base al artículo 11 (§11) del Título I del libro IV de las Institutas de Justiniano: “*A veces se obliga por la acción de hurto el que no lo cometió por sí mismo, cual es aquel con cuya cooperación y consejo se verificó el hurto (...)*” (García del Corral, I. 1889).

Sin embargo, se establece que la instigación como tal, no se conoció en el derecho romano, como modalidad de participación, pero si se realizaba una equivalencia punitiva con lo realizado por el autor parte de las actuaciones practicas legales de ese entonces.

#### **4.1.2 La Instigación en la Época medioeval**

En la época media (medieval) se rezaba el siguiente latinismo “*Quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*” que se traduce literalmente como “Quien actúa por medio de otro, actúa como lo estuviera haciendo por sí mismo” (Cerezo, J. 1979).

Así también, se encuentra una referencia en las Sietes Partidas, pues, en la partida séptima, Ley 1 y Ley 2, del Título 2 “*De las traiciones*”, se entendía y concebía a la instigación como “consejo”, y solamente era sancionable cuando la misma conllevaba a cometer el delito de “Traición contra el Rey”,

es decir, si quien por medio de un hecho o por medio de un consejo ayudaba a que otro se alce contra las tierras del Rey o en contra de su reino.

Así también sucedía si en virtud de la Ley 18 del título 14 “*De los hurtos y de los siervos que se hurtan a sí mismo huyendo; de los que aconsejan y refuerzan a otros para que cometan delito: y de los hurtos realizados moviendo los límites de terreno*”, se aplicaba la correspondiente sanción para todo aquel que de forma directa aconsejaba al ladrón a hurtar (Historia, R. 1807).

De lo anteriormente establecido, se puede observar que la instigación se entendía en relación al consejo que se brindaba para la realización de un hecho con connotación a la legislación emitida en ese momento.

Sin embargo, y a pesar de identificar al “consejero” no se establecía la figura del instigador propiamente dicha, así hacia el siglo XVIII, sólo se podría diferenciar entre “*auctor delicti*” y “*socius delicti*” (Hruschka, J. 2009).

Ahora bien, en Italia, en la misma época medieval se logró distinguir las figuras de *consilium* (consejo), *auxilium* (acción) y *mandatum* (instigación), de aquello realizado por el autor (Franz, L. 1917).

Esto se debió gracias a la gran influencia del Derecho Canónico, que a diferencia del Derecho germánico (que desarrollaba una valoración eminentemente objetiva), el derecho canónico produce una nueva perspectiva en base a una valoración de los elementos subjetivos del delito, por esta razón y en base a la referencia de la perfecta posibilidad de la participación de varios individuos en la realización de un hecho delictivo.

Así, los criminalistas italianos establecían que el *mandatum* provocaba en el *mandatarius* la volunta de querer cometer el delito en interés del mandante; así también que por medio del *consilium* (consejo) se generaban todas las formas de participación de manera psíquicas dirigidas a la provocación de

determinación para delinquir o en su defecto el de reforzar una decisión que rodeaba por la cabeza del autor (Peñaranda, E., 1990).

En este sentido, se indicaba que podría establecerse dos formas o modalidades que son: i) *El promover o determinar la voluntad delictiva de otro por medio de la influencia o convencimiento (persuasivo)*; y ii) *El merlo fortalecimiento (auxilium) de una voluntad delictiva ya existente (alias facturus)* (Olmedo, M. 1999).

De esto se puede colegir que en el pensamiento jurídico medieval se equiparaba a la instigación bajo los conceptos de “consejo” o de “persuasión”, empero, estas no se respaldaban sobre una base jurídica civil – romana como lo era la figura del mandato, por ende no se podría establecer una supuesta equiparación, pues las primeras no se consideraban como un acto con autonomía propia, desplegado de un contrato consensuado, sino que se partía de una mera cooperación al hecho en interés de un tercero y materializado por el ejecutor.

De ello, se establecía pues como una consecuencia lógica, que, si el ejecutor era absuelto, entonces la conducta de quien ha aconsejado o persuadido quedaba impune, ello en virtud a la aplicación de la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Así, Peñaranda, E. (1990, pág. 49) señala que aunque la figura del “mandatario” se establezca como la de un simple instrumento mecánico, la corriente criminalística italiana, aún sin dedicarle una denominación concreta, manejaron una categoría estratificada muy parecida a lo que hoy en día se le conoce como autoría mediata, distinguiéndola pues, para efectos prácticos, de otros supuestos, lo más ordinarios, del “mandato”, en los que tanto el mandante o *fieri faciens* como el mandatario hubiesen actuado de forma responsable. Es por esta razón, que estando frente a este supuesto, se sancionaba a ambos intervinientes por la comisión de un delito que claramente se consideraba cometido únicamente por el mandatario y que

gracias a una construcción teórica bajo los cánones de interpretación de esa determinada época se podría imputar también al mandante, limitadamente, tal y como si él hubiese realizado dicho acto.

Recapitulando, todo lo anteriormente esbozado, se puede establecer que la instigación en esta época se trató como un aspecto práctico, pero que seguía ligado al “mandato” proveniente de la legislación civil romana, aunque los jurisconsultos italianos hayan podido desligar la autoría de la participación. Así también se logró establecer que era perfectamente posible poder establecer una sanción sólo al mandante por la instrumentalización del mandatario, y también que, mandante y mandatario, en conjunto se les puede imputar responsabilidad si el aconsejado o persuadido cometía un delito en interés del mandante.

#### **4.1.3 La Instigación en la Época moderna**

Quintano, A. (1946, pág. 246) explica que se ha establecido, como un criterio ya tradicional, que el enjuiciar la responsabilidad criminal derivada de la co-delincuencia, es apreciarla “*in solidum*”, ello pues, atendiendo a la gravedad única del delito y a la única voluntad que lo motivó.

Así mismo, en el código napoleónico, se planteó los cuestionamientos establecidos alrededor de la idea del “libre albedrío”, que coadyuvaba a entender la diferencia entre la responsabilidad y la medida de la participación, pues se estableció como el fundamento de la aplicación de las penas.

Bajo esta nueva concepción nace la escuela clásica de la codelincuencia, representados por Beccaria, Carmignani y Carrara, pues, para esta nueva concepción fundamentaba la aplicación del castigo a través de la imposición de una pena en base a la posibilidad de imputabilidad moral, por ello, es el libre albedrío la capacidad atribuida al hombre de actuar libre e

inteligentemente para poder decidir y elegir entre lo bueno y lo malo (Cuello, J., 2006, pág. 246).

Cararra indicó que en relación con la instigación, esta podría dividirse en varias acciones, pues el concepto de “instigación” no debería ser tomado como un único caso, pues la misma contiene cinco fases provenientes de un mismo grupo, pero que pueden llegar a ser diverso entre sí, así por ejemplo, el mandante, quien es el que obliga, el que impone una orden, el que aconseja y también el que es socio del hecho, es decir: i) *El mandato*; ii) *La coacción*, iii) *La orden*; iv) *El consejo* y v) *La sociedad*, que se erigen como entes jurídicos sustancialmente distinto.

Por esta razón sigue manteniendo la nomenclatura de la antigua escuela, puesto que, si un código aceptase sostener el concepto “instigador” aun conociendo que su concepto es mucho más amplio y diverso, el buscar conceptualizarla acarrearía un sin sentido y una evidente deficiencia para la ciencia jurídica, puesto que es necesario determinar y conocer, distinguiendo los nombres de los objetos sobre las cuales han de versar las investigaciones.

Por lo tanto, se puede instigar, encargando, aconsejando, ordenando, obligando, y asociándose; el concepto de “instigador” expresa pues una forma material común de diversas condiciones jurídicas, cuestión que no ayudaría, sin más, a señalar la necesidad de los diferentes conceptos que de distintamente señalan varias condiciones. (Carrara, F. 1877, pág. 182)

Por otro lado, Hruschka, J. (2009, pág. 235) estableció a comienzos del siglo XIX la diferencia entre los sustantivos “*Urheber*” y “*Gehilge*”, sustantivos utilizados para hacer referencia a “autor de algo, como productor de una manifestación” y a “cómplice o compañero de lo realizado”, así también, el sustantivo de “*Urheber*” podría tener una diferenciación de conceptos tales como “autor físico” y “autor intelectual”.

Esto gracias a los trabajos esbozados por el filósofo Pufendorf en su obra “*De Jure Naturae et Gentium*”, estableciendo la diferencia entre “*causa physica*” y “*causa moralis*”.

Es importante indicar que Pufendorf, intentó distinguir la instigación de las demás clases de autoría, de tal forma que estableció que existían situaciones en que la acción no podría ser imputada claramente a quien al agente que lo perpetró de modo inmediato, sino por el contrario a otro que utilizó como instrumento.

Por lo antes indicado, es más constante la imputación a quien se le impute a quien realizó la acción y a otro que intervino en la realización o en la suspensión.

Esto se manifiesta de tres formas: *i) Qué, exista un principal causante de la acción, pero que sea considerado como el menos importante; ii) Qué, el que realiza y ejecuta la acción se considere como el menos principal que los demás o que vaya en un mismo nivel de responsabilidad o iii) Qué, aquel que lo realiza sea el causante principal y por ende el principal responsable.*

En el primer caso, nos encontraríamos frente a aquello que por su autoridad incitan a otro a realizar un hecho ilícito; en el segundo caso, nos encontramos frente a quienes encarga o dirigen la realización del hecho ilícito; y en el tercer caso frente a aquellos que dan un consejo, alaban o aprueban el hecho antes de que sea realizado, también aquello que con su ejemplo incitan a delinquir (Pufendorf, S. 1673, pág. 26).

Estos estudios han conllevado a establecer una equiparación entre la instigación con la autoría mediata, sin embargo, es mucho más claro establecer la instigación como tal en el tercer supuesto brindado por Pufendorf, en donde pone de manifiesto que el acto de “incitar” se da antes de la realización del hecho.

El profesor alemán Feuerbach, estableció un importante avance al establecer una diferenciación que hasta ese momento no se había establecido, pues fue el primero en establecer la diferencia entre “autor físico” y “autor moral”, dentro de la participación delictiva; indicando así que, el agente en cuya acción y voluntad se encuentra la eficiente causa que ocasionó el ilícito como efecto, se le denominará autor (*autor delicti*). Ello podrá ser causa mediata o inmediata del mismo; los primeros, cuando se cometa la acción que configura la definición del crimen por sí mismos (*autor físicos*); los segundos; cuando el crimen de otros agentes tengan como motivo su conducta con intención orientada a brindarle un origen. Éstos serán permitidos a través de la intencional determinación de la voluntad de otro para la perpetración de lo ilícito (autor mediato; autor intelectual) (Feuerbach, A. 1828, pág. 67).

Por ello, y como se ha indicado, a inicios del siglo XIX, se emplea el término “determinar “para indicar la situación delictiva que se genera cuando una persona utiliza a otra para cometer un delito.

En algunas legislaciones penales, se emplea también el término “inducir” para referirse al acto de determinar o instigar a otro, así Hruschka, sostiene que fue Mittermaier en 1820 quien lo expresa mediante el término “*Anstifter*” (como instigador), cuyo sinónimo es de “autor intelectual” (Hruschka, J., 2009, pág. 236).

#### **4.1.4 La Instigación en el Código Penal de Viduarre**

En el Código Penal de Viduarre, la instigación no estaba descrita de forma precisa, sin embargo, eso no eximía de su posible aplicación, pues el texto de la norma estaba realizado sobre términos general que permitía su aplicación, así tenemos en el “*acsioma nono*” prescribía: “*el delito puede ser cometido por un solo individuo o por muchos*” (Viduarre, L. 1828, pág. 39).

Así Viduarre en la exposición previa de los *axiomas* denominada “primera disertación” expone en referencia a la participación en el delito y desarrolla lo referente a la instigación, indicando: “*Entre la complicidad suma y la carencia absoluta de ella, descubro una asociación (...) esta es la de aquellos que, constituidos bajo la potestad de otros, apenas pueden resistir a sus decretos. El ejemplo lo prestan la mujer, el hijo y el esclavo. La primera por su sexo, por la subordinación, por el amor excesivo, apenas puede resistir a los mandatos de su consorte; aunque haciendo los esfuerzos que no le son negados podría salir del lance. El hijo cuando está en patria potestad, y reconoce en el padre, el primer magistrado por la naturaleza, el esclavo por su educación, por el respeto a su señor, por la costumbre de obedecer, con mucha dificultad se opondrían a la determinación del que veneran*” (Viduarre, L. 1828, pág. 34).

De lo anteriormente señalado se puede observar, como el primer código penal peruano presentó la conducta de la instigación, estableciendo como supuestos donde se puede desarrollar la dicha figura dentro del núcleo familiar, como es el caso del esposo a su cónyuge, a sus hijos y extendiéndose incluso hasta al esclavo.

Así también, pudo prever y establecer aquellos casos en donde por medio del mandato se determinaba a otro al mandato como una forma de instigación. También en la «Ley 14» del título 1 “Delitos de majestad en primer grado”, de la parte «Penas», el código ya hablaba de autor y cómplice. Respecto a la instigación, la «Ley 2» y la «Ley 3», ambas del título 5 “Delitos contra la población”, de la parte «Penas», ya establecían que era punible la “influencia sobre otras personas”; lo mismo cabe decir cuando una persona que tenga autoridad sobre otra, la “induzca” a cometer delito (Viduarre, L. 1828, pág. 214)

#### **4.1.5 La Instigación en el Código Penal de Santa Cruz**

El presente código se desarrolla como una copia del código penal español de 1822, sin embargo, la redacción establecida en referencia con la instigación presentaba una mayor precisión, de tal forma que: *“En el numeral 3° del artículo 10, del capítulo II. “De los delincuentes y Culpables”, del libro Primero del Código Penal Santa Cruz, se detalla: «Son cómplices: Los que a sabiendas y voluntariamente por sus discursos, sugerencias, consejos o instrucciones, provocan o incitan directamente a cometer una culpa o un delito, o enseñan o facilitan los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa o delito de resulta de dichos discursos, sugerencias, consejos o instrucciones”* (Santa Cruz, A., 1836, pág. 3).

Se presenta entonces como una copia del artículo 14 del Código Penal Español de 1822. Ahora bien, la diferencias normativas entre la autoría y la complicidad tuvieron como fin el de poder establecer una diferencia al momento de establecer la imposición de una pena, sin embargo, esto no se pudo concretar puesto que debido a los cuatros grados de delitos establecidos y las circunstancias establecidas en dichos artículos, solo llevaron a una gran confusión. (García, F., 1843, pág. 121).

Lo interesante en este código penal es que la instigación era susceptible de ser sancionado no solo en conductas dolosas, sino, que también podría aplicarse para aquellos casos de imprudencia que se desembocaban de la influencia del instigador.

#### **4.1.6 La Instigación en el Código Penal de 1863**

Aquí desaparecen los términos “inducir”, “provocar”, “incitar”, “determinar”, “mandato”, “influir”, en la descripción del articulado referente a la instigación.

Sin embargo, parece ser un ánimo del legislador de resumir todos los verbos antes mencionados en un contexto más general, así en el numeral 2 del

artículo 12 prescribía lo siguiente: “*Son autores: los que deciden a su ejecución y la efectúan por medio de otros*”.

Así Viterbo, J. (1900, págs. 141, 142) indica que se consideraría como “instigadores” (usando el término actual y moderno por nuestra parte) quien haya prestado un consejo para que en razón de ello pueda un tercero decidirse y cometer un crimen de tal forma que este influenciaría en su ánimo hasta que concrete su ejecución.

También establece que, se deberá entender como autores morales quien haya brindado un consejo, promesa o mandato y el mismo se haya ejecutado, amén de ello es que genera también responsabilidad criminal equivalente a los mismos ejecutores o autores materiales.

Empero, y lo determina así también Viterbo Arias, la ineficacia o inviabilidad que puede tener los meros consejos, promesas, o mandato, por cuanto no generarían una decisión concreta de cometer un hecho criminal, siendo omitidos.

De ello se puede indicar, que ya se cuestionaba la figura de instigar a otro, por cuanto la determinación moral como contenido de esta institución no es del todo concreta para vencer la libertad de a quien se pretende instigar. Asimismo, no hace una labor exhaustiva en diferenciar entre autores, cómplices y encubridores, dejando al mismo en una misma calificación y recibiendo una pena equiparada.

#### **4.1.7 La Instigación en el Código Penal de 1924**

En el párrafo primero del artículo 100 se apreciaba lo siguientes: “*Serán reprimidos como autores (...) los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo*”.

Por esta razón, la doctrina nacional peruana consideró que la instigación de un tercero debe ser mediante una persuasión idónea que permita que ésta

tome la decisión de cometer el delito, por cuanto el instigador se limita a ejercer sobre el instigado una mera influencia psicológica. (Hurtado, J. 1987, págs. 535-536).

El profesor de derecho penal Bramont Arias, L. (1981, pág. 10) sigue la misma línea de Hurtado Pozo, al establecer que la instigación se considera como una conducta positiva de carácter moral, en donde se influye en la voluntad de otro, sin desplazarla ni superponerse a ella (de índole moral y no material).

Y por último Peña Cabrera, R. (1987, pág. 325) consigna la idea de que la instigación es la crear en el ánimo de otra persona la voluntad de cometer un delito.

Por otro lado, y atendiendo a lo prescrito por el código *in comento*, la redacción que es utilizado por el legislador mantiene la fórmula de “decidir a otro”, arrastrada del código penal anterior. En relación a la sanción a imponer, el código penal peruano de 1924 establecía dos clases de penas “las penas graves” y “las penas leves”.

De tal forma que la pena fija representaba la venganza de la sociedad, por la rudeza en la imposición de sus sanciones. Así también se hace un esfuerzo en separar las figuras de autoría con las demás formas de participación, pero precisamente en “el encubramiento”, pero precisamente para crear un tipo penal autónomo. Dejando la imposición de la pena tanto para el autor como para el instigador en el mismo nivel.

## **4.2 ESTRUCTURA DE LA INSTIGACIÓN Y FUNDAMENTO DE LO INJUSTO**

### **4.2.1 Definición y alcances, en el actual Código penal.**

La instigación, inducción o determinación, es una forma de participación criminal, regulado en la legislación penal peruana en el artículo 24, de la parte general, la misma que reza de la siguiente forma: “*El que, dolosamente,*

*determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.*

Como bien ya se ha indicado, los códigos penales de 1863 y 1924 no regulaban dicha institución. Pero si se atendía a que el código penal de 1863 en el artículo 12 señalaba: “*Son autores. 1º. Los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros*”. De tal forma que dicha redacción solo generaba varias interpretaciones en la forma de intervención y participación delictiva, pero no llegaba siquiera a poder establecer de forma concreta si se trata de una regulación de “autoría mediata” o de una “instigación”.

Así, en la doctrina penal se ha establecido a la instigación conceptualmente como la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de este de un tipo de autoría doloso o imprudente. (Mir Puig, S. 2008, pág. 408 ).

De esta forma también lo concibe el profesor alemán Wolfgang, F., (2012, S. 333) quien indica que la inducción es siempre el desarrollo de una *influencia psíquica* sobre el autor. De la misma forma lo concibe Jescheck, H. (2014, pág. 1026) quien determina que el inductor se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, pero que este no toma parte en el dominio del hecho mismo. La inducción como tal es la determinación de un tercero de forma dolosa para que este último pueda cometer un hecho delictivo doloso.

Se adopta, un concepto que a buenas cuentas se ubica en mayor extensión dentro del plano objetivo y normativo, para evitar caer por los senderos del subjetivismo, aunque bien y como se puede apreciar de las definiciones de diversos autores, aun predomina la idea de la relación psíquica entre el inductor y el inducido, la misma que se debería considerar como uno de los medios utilizados para concretizar dicha figura participativa.

Ahora bien, la figura de la instigación, aunque su definición pueda no ser tan compleja, su propia definición acarrea problemas considerables que se debe

atender, como son: *¿Cuál es el fundamento del castigo de la conducta del instigador?*, *¿Cuáles son los elementos que debe concurrir dentro de dicha figura participativa?*, *¿Responde el instigador por los excesos cometidos por el instigado?*; interrogantes que iremos evaluando y respondiendo para encontrar la *ratio* de dicha institución.

#### **4.2.2 Fundamentos de la punibilidad de la conducta del instigador.**

Ante la interrogante: *¿Cuál es el fundamento del castigo de la conducta del instigador?*, es de precisar que ésta surge al analizar por separado las conductas del instigador con la del inducido, y esto es tanto así, *primero*, porque de forma independiente la conducta del instigador no parece ser lo suficientemente comunicativa, en aspectos criminales, para poder establecer una reprochabilidad por su mera realización, y, *segundo*, porque converge por otro lado, con la autodeterminación y libertad de decisión que cuenta el tercero que será instigado, una libertad de determinación en su propia voluntad y en su propio conocimiento para adoptar una idea criminal y con ello llegar a materializarla, puesto que de no ser así, es decir, que no sea libre en su moral ni en su causa, no podríamos hablar de instigación, sino por el contrario, estaríamos ante una figura de autoría mediata.

En primer lugar, si se fundamenta que la reprochabilidad de la conducta del instigador nace porque el mismo ha condicionado causalmente a la producción de un resultado, es decir, a la resolución delictiva de un tercero, estaríamos estableciendo con ello criterios estrictamente naturalistas de “causa-efecto”, las mismas que como bien se ha establecido, resultarían ser insuficiente y por, sobre todo, concederían una extensión ilimitada al concepto mismo.

Citando a modo de ejemplo, si un sujeto comenta a otro que si se encontrara en la situación de dificultad económica (tal y como este se encuentra atravesando) cometería un atraco y, por otro, que pocos días más tarde, dicho

individuo a quien se hizo el comentario efectivamente atracó un establecimiento.

Pues la causalidad aplicada como razonamiento y fundamento de la reprochabilidad de la conducta del instigador carecería de un significado concreto y comunicativo para establecer razonablemente el merecimiento de una pena, y así también, la falta cuantitativa de que lo realizado no alcanza siquiera un grado de razonabilidad alguna para sancionarla.

Por estas consideraciones es que la relación causal dejó de ser decisiva al momento de otorgar un resultado lesivo a una conducta, puesto que se valora como mínima para sustentar una valoración de responsabilidad penal como inductor del agente que de manera causal contemplase como desencadenante de la resolución del delito. Por esta razón, se busca establecer un criterio que permita fundamentar *¿Cuál es el fundamento del desvalor de la acción en la instigación?* bajo criterio valorativos, es decir una concepción normativa que permita delimitar a esta forma de participación.

Así Herzberg, R. (2008, págs. 553-571) donde se destaca criterios de “peligrosidad” en la institución de la inducción, pues refiere que los supuestos de concreción del hecho se desligan completamente de la problemática de la aseveración y, en su caso, del supuesto del dolo del inductor, para revestirse de una previa dinámica y diferente; la de aceptar la imputación de la conducta en el plano de la tipicidad objetiva, partiendo de consideraciones de peligrosidad.

Lo que lleva a indicar en otras palabras, que en la teoría de la participación se han de aplicar criterios normativos como el del incremento del riesgo como un corrector que restringe contundentemente y de forma más eficaz, de otros resultados que se obtendrían de la simple constatación de posibilidades de subsunción típica del hecho en cualquiera de las formas de participación.

Por esta razón Frisch, W. (1983, S. 132) sostiene que el riesgo derivado de un comportamiento doloso debe contener un juicio de peligrosidad, que en sí pueda determinar la probabilidad de la producción de un resultado, pero que sin embargo, esto solo será posible si se tiene en cuenta las circunstancias del caso concreto reconocible *ex ante*, para este caso, presentes en la conducta del instigador, además, también deberá merecer una importante atención de que estamos frente a un riesgo normativamente relevante y no tolerado, lo que importa para ello, en virtud de reconocer dicha relevancia, en acudir a criterios de ponderación de intereses en función del concreto bien jurídico puesto en peligro y de la necesidad de evitación en el caso concreto de la acción que representa la puesta en peligro.

Es por estas consideraciones que los criterios de peligrosidad y/o de riesgo no se hayan en el alcance del dolo encontrado en el instigador, como normalmente se ha intentado fundamentar, sino, que la misma se haya en una dinámica previa y distinta, donde se permita imputar el hecho del instigador en sede de la tipicidad objetiva con los criterios de peligrosidad. Lo que lleva a entender que se aplicará criterios normativos del incremento del riesgo dentro de la teoría de la participación.

De ello, permite determinar que solo la conducta del instigador con un grado de intensidad muy comunicativa o en relación con las circunstancias en que se produzca la instigación, podrán alcanzar un determinado grado de peligrosidad para incidir en la motivación del autor y vencer las inhibiciones que para él pudiera representar la comisión del delito (Gómez, M., 2019, pág. 349).

Esto conllevaría pues, a determinar la razón del desvalor de la acción incrustada en la conducta del instigador.

Ahora bien, establecer entonces el riesgo inmerso en la conducta del instigador nos llevaría ahora a determinar un juicio concreto de peligrosidad del instigador como un paso previo al de la imputación objetiva, mediante la adopción de una perspectiva *ex ante*, puesto que el instigador realiza una

conducta que conlleva un mensaje instigatorio o de incitación, que de manera aislado no permitiría observar un contenido suficientemente riesgoso para generar una suficiente motivación de concreción o realización en el destinatario (instigado).

Con esta perspectiva *ex ante*, permite formular un juicio de permisibilidad en donde tienen cabida los especiales conocimientos del instigador y cuya relevancia penal, al igual que sucede en otros ámbitos penales requerirá la formulación de un juicio axiológico sobre su tolerancia normativa.

Esta incidencia sobre el juicio de peligrosidad en relación con la instigación, acarrea una de las mayores dificultades que el derecho penal a lo largo de los años se ha tenido que enfrentar, esto es desarrollar materialmente la prueba de peligrosidad sobre el juicio de la incidencia de una acción en la psique humana; el tratar de superar la concepción subjetiva para determinar el riesgo concreto efectuado.

Para ello, se deberá atender a una serie de criterios que puedan ayudar a decidir en el caso concreto si la instigación alcanza el grado de peligrosidad que fundamenta el desvalor de acción de esta figura delictiva.

El primer grupo o criterios de supuesto se hayan en los casos en donde la instigación se acompaña de la presentación de un plan concretado en sus particularidades que lo hace parecer como una oportunidad. Para esta caso, se centra en la viabilidad objetiva del plan, en donde el mismo se presenta como especialmente atractiva su puesta en práctica o en aquellos casos donde el instigador, se remite a un plan pre-concebido por el autor, pero realizando una contribución peligrosa de cara a motivar autor a su ejecución, como es en el caso de que un sujeto descarta cometer un atraco por las inseguridades de que no se llegue al éxito de la ejecución, en donde el instigador quien convence al proporcionarle una determinada información sobre los sistema de alarma.

Sobre estos últimos casos donde el instigador realiza una contribución al plan pre-concebido por el autor, habrá que tener un especial cuidado con la figura del *omnímodo facturus* donde estos últimos se caracterizan porque el sujeto está desde el principio decidido a ejecutar el delito, de modo que solo hace depender de un hecho externo la puesta en práctica de su voluntad ya formada.

Por el contrario, en los que ahora tratamos, la contribución del tercero o instigador no se limita a cooperar en la ejecución de la voluntad previa del autor, sino que es precisamente su colaboración la que hace nacer la resolución delictiva (Gómez, M., 2019, pág. 350).

Ahora bien, se presenta el segundo grupo o criterios donde se presentan los casos en donde el instigador actúa, ya sea, bien incidiendo en la apreciación subjetiva de las posibilidades de éxito de la realización del plan; o bien, eliminando con especial intensidad sus inhibiciones subjetivas, las cuales pueden ser con meros actos de recompensa o formulaciones de promesas.

Se debe atender que, en los criterios presentados, el juicio de peligrosidad de la incitación deberá observar estrictamente los especiales conocimientos del instigador, sobre la relación que tiene con la personalidad del autor.

Así pues, el conocimiento de determinadas peculiaridades de la personalidad del inducido, como sus debilidades de carácter, sus especiales inclinaciones a delinquir e incluso sus condicionamientos previos, pueden actuar convirtiendo en riesgos penalmente relevante incitaciones que en otro caso no superarían los límites mínimos de peligrosidad.

#### **4.2.3 Tipicidad Objetiva y Subjetiva de la Instigación.**

Al respecto; es necesario tener en consideración:

a) **Tipicidad Objetiva:**

Tenemos como principales elementos de la instigación a los sujetos intervinientes, por un lado, al instigador y por el otro al instigado o autor del hecho principal.

Ahora bien, se ha podido establecer las diferentes clases o formas de instigación. Por un lado, quien actúa solo y de forma directa para determinar a otro dolosamente a la comisión de un hecho delictivo, se le denomina simplemente “*instigador*”; sin embargo, es posible también que el mismo se sirva de otra persona que actuaría como instrumentos, en donde estamos pues frente a la figura de una “*instigación mediata*”, esto es posible puesto que el instigador no aparece frente al autor, sino que se sirve de un tercero como instrumento (Jescheck H., 2014, pág. 1027).

Por otro lado, se tiene los casos donde la instigación es obra de varios sujetos que se dirigen a hacer surgir una misma resolución delictiva en un mismo destinatario(s), donde se conformaría pues una figura de “*Co-instigación*”.

En todo caso, la admisibilidad de esta última posibilidad se condiciona a que todos los intervinientes inciten, esto es, que se trate de una “*co-instigación directa*”, ya sea simultánea o sucesiva, siendo imposible apreciar la “*co-instigación parcial*”, referida al acto mismo de instigar, puesto que el interviniente cuya contribución no consista en incitar podría calificarse, en su caso, como cómplice o cooperador necesario, pero nunca como instigador al no realizar la acción típica de esta figura (Gómez, M., 2019, pág. 351).

Y por último tenemos los casos donde varias personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada uno está haciendo, para que de forma independiente y aislado instiguen a un tercero, en estos casos se conforma una especie de “*instigación accesoria*”.

Aquí yace también, otra forma de instigación que es “*la instigación en cadena*” o también conocida como “*la instigación a la instigación al hecho principal*”. En la legislación penal peruana, se ha tomado dos posturas respecto de esta forma de instigación.

Por un lado, tenemos a las posturas que acepta su existencia y punibilidad como forma de instigación sin reparo alguno, incluso cuando no se conoce el número ni el nombre de los demás instigadores intermedios ni tampoco el nombre del autor principal.

También Villavicencio, F. (2006, págs. 519, 520) donde determina que también es posible la admisión de la instigación en cadena al hecho principal, aunque reconoce que algunos autores resuelven estos supuestos como cooperación necesaria sobre la base que la instigación debe ser directa. Por otro lado, tenemos las posturas que niegan la existencia de la instigación en cadena.

De esta misma idea es Castillo, J. (2008, pág. 973) quien indica que si se parte de que en la instigación es necesario que el inducido realice in tipo doloso de autoría o un concreto hecho punible, no es posible plantear el castigo de la inducción en cadena, como forma de instigación, pues de

aceptarse esta tesis se tendría que aceptar también la posibilidad de una inducción a un tipo de participación (inducción), entendiendo a esta como un tipo delictivo autónomo, cuestión que el mismo Castillo Alva rechaza, agrega además que la misma podría resolverse como una forma de cooperación necesaria o complicidad secundaria respectivamente.

De la misma idea es Gómez, M. (2019, págs. 352, 353) quien indica que se debe descartar la posibilidad de apreciar la instigación en cadena, puesto que no es posible fundamentar la peligrosidad en la conducta del instigador (desvalor de acción) con relación en la adopción y ejecución del destinatario, de tal forma que al superponer en el medio a otros instigadores, la superación depende de la voluntad de cada miembro de continuar con la cadena, dicha autora no niega que por cada inductor interpuesto se aumente el riesgo que se presenta en la siguiente conducta del siguiente instigador, pero que no es posible determinar, no se podría decir lo mismo respecto al resultado final, de esta forma se debe resolver sobre la responsabilidad como una forma de cooperación necesaria dolosa.

Postura que se comparte en la presente investigación, puesto que la relación inmediata entre el autor y el instigador originario se hayan imposibilitado por la interposición de otros instigadores que deben vencer sus inhibiciones, comprender el comportamiento del instigador originario y comunicarlo con la misma intensidad y peligrosidad al autor del hecho principal, lo que conllevaría a un debilitamiento de dicha figura.

Sobre los medios que pueden realizarse para instigar pueden ser diversos, como regalos, promesas, expresión de deseo, una pregunta, una indicación, una petición, persuasión, pero que sin embargo la misma debe ser reconocible por el destinatario.

De esta forma se establece que cualquier medio es idóneo en tanto que se trate de modos de influencia psíquica. Esto podrá generar en el autor un estímulo de las tendencias al delito y/o de eliminación de los obstáculos que impiden su ejecución. Esto fundamentaría, como ya se ha expresado, al desvalor de la conducta del instigador, contemplando *ex ante* y un determinado grado de peligrosidad para motivar al autor y determinar lo que se conoce como doble resultado de la instigación, que se plasma en la adopción por el autor de una resolución delictiva y la producción de, al menos, un principio de ejecución.

Anudado a lo anteriormente expuesto, se debe entender que la peligrosidad de estos métodos o formas de inducir encuentran su pico más alto cuanto son insertados en un determinado contexto o se acompañan de específicas circunstancias, entre las que sin lugar a dudas habrán de considerarse también con relación a la personalidad del autor, su carácter y sus inclinaciones, así como debilidades.

#### b) **Tipicidad Subjetiva**

En la doctrina penal internacional no es posible encontrar un consenso en el extremo de la participación, en el sentido de que si esta deba solo recaer en delitos dolosos o si es posible su incorporación también en los delitos imprudentes.

Ahora bien, esto no ocurre en la doctrina penal peruana, puesto que no existe controversia en solo admitir para las conductas meramente dolosas, los diferentes casos de participación. En ese sentido se puede apreciar la redacción del artículo 24 del código penal peruano, en donde indica literalmente que solo será instigador quien dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible.

Asimismo, es posible también encontrar la *ratio* de esta redacción en la conceptualización misma de los términos “instigación”, “inducción” o “incitación” puesto que son términos que conllevan un núcleo propio de una finalidad concreta, así como también, a la obtención de un resultado concreto.

También es posible encontrar una justificación para la estricta exigencia de una conducta dolosa; en la medida que, por el principio de accesoriedad y unidad del título de imputación, exige que el tipo con el cual se le relacione al instigador guarde correlación con el que se le imputa al autor del hecho principal, por lo que será absolutamente imposible apreciar la identidad de los tipos cuando el inductor actúe de un modo imprudente mientras que el autor lo haga de forma dolosa.

También se debe entender que el hecho al que se incita al instigado debe ser hacia un delito doloso, puesto que de no ser así, se presentaría de nuevo un contrasentido absurdo, en exigir una inducción dolosa a un hecho imprudente, lo que conllevaría aún mucho más a esa ilogicidad en el sentido de que se crea una resolución de realizar un injusto imprudente, lo que no permite apreciarse, puesto que, los comportamientos imprudentes no están dirigidos a una finalidad en concreto, por lo que es absolutamente imposible

hacer nacer en la psiquis del autor a la realización de un comportamiento no dirigido a una concreta finalidad.

Entre las formas de dolo con que es posible apreciar la inducción, no solo se cuenta el dolo directo, sino que también será admisible el dolo eventual respecto a la posibilidad de que el inducido adopte y ejecute la resolución delictiva. Ahora bien, por razones lógicas es imposible que el dolo eventual se refiera al contenido inmediato de la incitación, esto es, a la producción del resultado típico al que se dirige. La virtualidad del mismo va a limitarse a la posibilidad de que la incitación comprenda eventualmente la realización de un resultado distinto o incluso otro adicional al que incita (Gómez Rivero, 2019, pág. 370).

#### **4.2.4 Exceso de la conducta del instigado.**

Ante la pregunta: *¿Responde el instigador por los excesos cometidos por el instigado?*, esto se puede apreciar sobre el grado de responsabilidad del instigador cuando la acción del instigado sobrepasa el dolo del instigador.

Es decir, cuando el hecho cometido por el autor va más allá de la voluntad del instigador. Sobre esto se ha generado dos diferenciaciones, la primera, establecida en relación con el exceso en los fines, y la segunda, en relación con exceso en los medios.

Por estas consideraciones, debemos diferenciar entre supuestos en que el autor cometa hecho distinto del que fue determinado por el instigador (exceso cualitativo), de otros en que el autor, en el ámbito del hecho al que fue instigado; esto es, realiza más de lo planificado por el inductor (exceso cuantitativo) (Jescheck H., 2014, pág. 1030).

Es por esto, que, frente al exceso cuantitativo, si el instigado ejecuta una acción más grave que la determinada por el instigador, este último solo responde por el hecho incitado, con excepción de que el instigador haya obrado con dolo eventual.

Ahora bien, si estamos frente a un exceso cualitativo, donde el instigado ha realizado un hecho distinto al que el instigador determinó, este último no podrá responder por el exceso cometido, empero, si esta desviación del hecho principal respecto del dolo del instigador no es esencial, entonces subsistirá la responsabilidad del mismo.

Existe un tercer supuesto, además de los excesos ya mencionados, el cual se le denomina como “sobreinducción” o “sobreinstigación”; este supuesto se presenta cuando el instigado se encuentra ya determinado a cometer un ilícito penal, y el instigador le determina a agregar una agravante al hecho delictual al que ya estaba determinado a cometer, en este caso el inductor deberá responder únicamente por la agravante que determinó a cometer, de lo contrario sobrepasaría la culpabilidad por la única parte del hecho realmente inducido.

#### **4.2.5 Desbalance de la sanción en la instigación.**

Aquí yace el punto central y de discusión establecido en la presente investigación, puesto que se trata de determinar, luego de haber analizado minuciosamente la gran evolución que tuvo lugar en los esfuerzos de diferenciar a la autoría y la participación, si en esta segunda forma de intervención delictiva se le debe equiparar la pena como al autor.

Esta reflexión surge del hecho que en el artículo 24 del código penal peruano se establece que: “*el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor*”. Entonces, la interrogante a dilucidar en este precepto es, ¿realmente el instigador debe recibir la misma pena que el juzgador impone al autor? o ¿estaríamos ante un marco de extremo mínimo y máximo, como delimitante de la aplicación del quantum de la pena?

El conllevar a la idea de que el partícipe recibe la misma pena del autor solo acarrearía una materialización de un esfuerzo inútil y en vano de la

diferenciación entre autores y partícipes, puesto que muy a pesar de todo el desarrollo dogmático desplegado para lograr dicha diferenciación, no serviría de nada si no se realiza una valoración más estricta al momento de la imposición de una pena. Se mantendría una postura del causalismo camuflada de elementos valorativos y diferenciadores, que solo se presentan como un desgaste mental innecesario. Por estas consideraciones es que no se da lugar a la primera interrogante, por no encontrar en ella, posición doctrinal alguna que siga o defienda dicha línea de interpretación y, por otro lado, porque nos encontramos frente a una pregunta carente de mayor razonabilidad y fundamento.

Diferente es pues, en la segunda línea de interpretación, donde un sector de la doctrina ha establecido que dicha regulación hace referencia al marco abstracto de la pena y no al marco de la pena concreta, siendo así, que el juez tiene la absoluta discrecionalidad en base de razonabilidad para erigir el marco penal abstracto del tipo penal en todos sus extremos establecidos en el tipo especial, donde deberá tomar en cuenta los aspectos concretos del hecho realizado por el inductor valorándolos según los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico, es decir en relación a la determinación judicial de la pena establecido en los artículos 45 y 46 del código penal, pero por sobre todo con respeto al principio de proporcionalidad y al principio de culpabilidad (Reátegui, J., 2014, pág. 974).

Asimismo, Villavicencio, F. (2006, pág. 147) sostiene que: “En cuanto a la sanción del instigador, el artículo veinticuatro del Código penal establece que será reprimido con la pena que corresponde al autor, pero ello no significa que el instigador tenga que recibir una pena idéntica a la del autor, pues de acuerdo a las circunstancias, puede recibir una pena mayor o menor a la del autor”.

En la legislación comparada se puede observar una línea similar a la establecida por el profesor Villavicencio, en ese sentido, en Alemania Stratenwerth, G. (2005, pág. 427) postula (...) *no es entendible la razón del*

*instigador para ser sancionado más levemente en los supuestos que genera la decisión de perpetrar el acto después efectivamente ejecutado, en un autor que aún no está persuadido a cometerlo, y por ello en constituirse en el auténtico generador de la conducta ilícita en toda su magnitud. Al que le falte dominar el hecho es una situación de estructura, no incidirá con relevancia el ilícito generado por él.*

Por estas consideraciones el fundamento de que la pena a imponer al instigador sea igual o mayor, según el marco de pena abstracta establecida en el tipo especial, reside en el artículo VII del Título Preliminar del Código penal, donde determina que la responsabilidad penal es personal, y que la misma sigue las bases de valoración del comportamiento, así como del ámbito situacional y las peculiaridades como persona. Quién instiga si bien determinará la realización de un hecho –el delito–, ejecutará de igual modo su propio hecho; esto es, su accionar de instigar. De igual modo, en ciertas situaciones de igual modo el instigador determinará, cuándo, cómo y de qué modo se realizará el hecho, determinado en sus esenciales aspectos. (Reátegui, J. 2014, pág. 975).

## **CAPÍTULO V**

### **ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALES Y DE ESTUDIOS RELACIONADOS**

- 5.1 Análisis de casos; 5.1.1 Caso judicial: Abencia Meza Luna (Expediente N° 26704-2009),  
5.1.2 Caso judicial: Alberto Fujimori Fujimori (Expediente N° AV-13-2003).*

## 5.1 ANÁLISIS DE CASOS JUDICIALES

### 5.1.1 Caso judicial: Abencia Meza Luna (Expediente N° 26704-2009)

En la sentencia expedida en la ciudad de Lima el siete de febrero del año dos mil doce, recaída en el Expediente N° 26704-2009, tramitado en la Corte Superior de Justicia de Lima, Cuarta Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel, contiene el mediático caso de Asesinato por lucro; donde, Abencia Meza Luna contrata los servicios de Pedro César Mamanchura Atunez, quien tras el pago de una promesa económica da muerte a Alicia Delgado Hilario, ex pareja de Abencia Meza.

En la sentencia se establece la responsabilidad directa, como autor a Pedro Cesar Mamanchura Atunez y como partícipe (instigador) a Abencia Meza Luna, lo que resulta interesante puesto que es necesario determinar cuáles fueron los criterios doctrinarios esbozados por el colegiado, así como también establecer cuál fue el análisis y razonamiento para la determinación del quantum de la pena.

Por ello, en el desarrollo de la figura de la instigación el colegiado realiza un análisis dogmático de la institución de la instigación indicando que:

*“(…) es una forma de participación, pero por su entidad cualitativa, a efectos de su dosimetría penal, la LEY LA CONSIDERA EQUIPARABLE A LA AUTORÍA”, continúa la sala esbozando los conceptos doctrinarios referentes a la instigación indicando que: “El concepto de instigación marca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige derechamente a la concreta finalidad de hacer que el instigado voluntaria, libre y conscientemente, tome la resolución de cometer el delito. Esa actividad intelectual que despliega el instigador se agota una vez tomada la resolución, de tal manera que la realización del delito*

*depende del instigado, que se convierte así en único autor. Y si a aquel obrar psíquico se le agrega alguna otra aportación material, la actividad del sujeto se desplaza del concepto de instigador e ingresa en la de partícipe, que auxilia, ayuda o coopera, y cuya calidad de necesario o no dependerá de la materialidad y el valor de esa cooperación”, de ello el especializado colige indicando:*

*“CONFORME LO VISTO Y ANALIZADO LINEAS ARRIBA Y TAMBIÉN DE CONFORMIDAD A LAS APORTACIONES DOGMÁTICAS PRECEDENTES RESULTA EVIDENTE QUE LA PARTICIPACIÓN DE ABENCIA MEZA LUNA EN EL HOMICIDIO AGRAVADO ES LA DE UNA PERSONA INSTIGADORA, como podemos apreciar de lo señalado en el análisis y valoración de pruebas; EN TANTO PEDRO CESAR MAMANCHURA ATUNEZ TIENE LA CALIDAD DE AUTOR MATERIAL DEL DELITO, EL MISMO QUE EN DOMINIO DEL ACTO HOMICIDA COMETE EL MISMO CON LAS AGRAVANTES SEÑALADAS. POR TANTO, ES DE NECESIDAD DE LEY EMITIR LA SENTENCIA CONDENATORIA PERTINENTE. EN CONCLUSIÓN, ESTE COLEGIADO REITERA (...) RESPONSABILIDAD DE ABENCIA MEZA LUNA: En virtud a las pruebas actuadas y arriba analizadas, el Colegiado encuentra que la conducta desarrollada por la acusada Meza Luna en el delito de homicidio agravado en agravio de Alicia Delgado es la de INSTIGADORA del mismo conforme al tipo penal señalado en el artículo VEINTICINCO de nuestra norma penal y en consecuencia le corresponde la misma pena que la del autor material. Es decir, la acusada Abencia Meza Luna es culpable de la comisión del delito de homicidio agravado en agravio de Alicia Delgado, calidad de instigadora del mismo, teniendo por ello la responsabilidad penal exigida por la ley para emitir una sentencia condenatoria.*

De lo antes señalado, se puede observar el criterio de la sala para establecer el concepto de “*instigador*”, recurriendo a la doctrina clásica y estableciendo la ilación psicologisista entre el instigador y el autor material del hecho delictivo. Lo que en buena cuenta ya se ha indicado en el desarrollo del marco teórico que tal concepción resultaría errónea, pues colisiona con principios generales del derecho como es el de autorresponsabilidad, así también establecer ello, encontraría como dificultad explicar el grado de responsabilidad de quién ingresa en el ámbito de la deliberación o ideación establecida en el *iter críminis*. como una fase no punible y por último, establecer en dicha medida, cual es el grado de injusto del instigador de cara a que resulte relevante por el derecho penal para su actuación.

Esta postura crítica, se puede establecer de lo prescrito en el desarrollo textual del artículo 24° del Código Penal, pues, no establece un concepto propiamente como “instigar”, si no como “determinar”.

Ello sirve para delimitar que no se trata específicamente de una influencia psíquica, bajo la concepción de que se debe hacer nacer la idea criminal en la psiquis de otro, no se puede sostener que el reproche de quien instiga pues está en la función de un estado psicofísico del hombre.

Lo que en buena cuenta se ha establecido, es que para que tal conducta entre dentro del campo del riesgo no permitido, se debe valorar la conducta propia en la peligrosidad del contacto social, que permite establecer el grado de peligrosidad.

De aquí, podemos colegir, la falta de desarrollo de dicha figura, sin sustentar contundentemente el fundamento de responsabilidad del instigador, pues la postura adoptada por el colegiado establece una clara vulneración al principio de auto responsabilidad.

Ahora bien, en el tercer fundamento de la parte resolutive, establece el fallo en el caso *in examine* indicando lo siguiente:

*“(…) **CONDENANDO A Abencia Meza Luna, cuyas generales de ley se encuentran en la primera parte de esta sentencia como instigadora del delito de homicidio agravado, conforme lo establecido líneas arriba, en agravio de Alicia Delgado Hilario y en consecuencia le imponen TREINTA AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (...), así también lo establece para el autor del delito, considerando en el cuarto fundamento de la parte resolutive: **CONDENANDO a PEDRO CESAR MAMANCHURA ANTUNEZ, cuya generales de ley se encuentra en la primera parte de esta sentencia, como autor material del delito de homicidio agravado en agravio de ALICIA DELGADO HILARIO y como tal le impusieron TREINTA AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD (...).*****

Pues bien, aquí la aplicación de la pena del instigador ha sido equiparada y/o impuesta, como la misma que recibe el autor, sin hacer un mayor esfuerzo de fundamentación, aquí el criterio esbozado por el colegiado es la mera automatización de equiparación de la pena, lo que resultaría ser una especie de determinación causalista del quantum de la misma sin realizar el análisis concreto primero de la razonabilidad de la pena y por último de la proporcionalidad de la misma, no determina el marco concreto de la pena, ni las consideraciones de determinación, como son las agravantes y/o atenuantes, aquí yace la pregunta ¿quién participa en un hecho delictivo realiza el mismo injusto establecido por el tipo penal?, siendo la respuesta lógica que no, por cuanto la integración de quien se suma a un hecho delictivo suma un aporte que permite la realización de dicho hecho por el autor, pero que su aporte en sentido valorativo (y hasta cuantitativo) es totalmente diferente, en lo que se puede indicar desde una perspectiva social, que el autor realiza más de lo que realiza el partícipe.

### 5.1.2 Caso judicial: Alberto Fujimori Fujimori (Expediente N° AV-13-2003)

En la sentencia recaída en el expediente N° AV-13-2003, tramitado ante la Corte Suprema de la República, Segunda Sala Penal Especial, expedida el diez de abril del dos mil ocho, se establece la condición de instigador al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori, al establecer que en el mes de noviembre de dos mil, aprovechando su condición de Presidente de la República, convocó a sus Edecanes que prestaban servicios en Palacio de Gobierno para la realización de un allanamiento con el traslado de todos los enseres encontrados en el departamento número quinientos uno de la Avenida Javier Prado, siendo que para ello Manuel Ulises Ubillus Tolentino, por orden expresa del Sentenciado Fujimori Fujimori se convirtió en representante del Ministerio Público con la finalidad de darle visos de legalidad al acto que estaba realizando.

En lo relativo con la inducción, se señala en el fundamento décimo tercero que:

*“(…) la inducción es la provocación directa y eficaz que determina la ejecución de un hecho delictivo por parte del provocado, donde coexiste el autor moral (inductor) que en este caso es el sentenciado Fujimori Fujimori, como el autor material, que viene a ser Manuel Ulises Tolentino, como un todo unitario y los dos sufrirán la pena correspondiente al evento acaecido, dependiendo la responsabilidad del inductor, siempre de que el inducido realice o no el delito, (...) en el caso de autos, se ha dado todos los elementos de la inducción, como son la concreción y especificidad orientada a la realización de un hecho delictivo específico, lo cual se dio al momento de ingresar al departamento quinientos uno regentado por la esposa de Montesinos Torres sin la respectiva orden judicial, así uno de los*

*participantes fungió como representante del Ministerio Público; que, la intervención del falso fiscal fue determinante para la ejecución del evento delictivo, la misma que nace de la orden directa expedida por el sentenciado Fujimori Fujimori hacia dicha persona, la cual se convirtió en eficaz, al realizar todo el derrotero de su accionar, la que materializó con el retiro de todas las especies de propiedad del mencionado Montesinos Torres y su traslado posterior al Grupo número ocho.*

Así pues, en esta sentencia se aprecia ya un criterio de mayor valoración al establecer la conducta del instigador, ya no como una mera influencia psíquica, sino que, se erige al comportamiento del instigador como la provocación directa y eficaz, lo que en buena cuenta permite alejar el criterio subjetivo de realización por parte del instigador.

Sin embargo, lo mismo no ocurre al momento de determinar la pena, pues textualmente ha indicado la Sala que, a efecto de establecer la pena, se establecerá como un todo unitario, es decir la equiparación del comportamiento del autor con la del instigador. Sin embargo, resulta un poco curioso en cuanto se logra determinar que para los efectos del reproche penal se necesitará la realización del hecho delictivo por parte del autor, esto es así en mérito al principio de accesoriedad limitada, que permite establecer la responsabilidad del instigador en cuanto al menos se haya presentado por parte del autor una conducta desarrollada en grado de tentativa y que la misma se presente como antijurídica.

Empero, aquí la Sala no lo considera al momento de desarrollar el criterio de la determinación de la pena, al establecer que:

“(…)

***DÉCIMO SÉTIMO:*** *Que, la inducción se castiga con la misma pena que se le da al autor, tal como lo establece el artículo veinticuatro del Código Penal, lo cual permite recorrer toda la pena conminada*

*en la hipótesis legal infringida, es decir desde el mínimo hasta el máximo de penalidad establecida en dicho numeral, lo que tiene consonancia con lo señalado en el considerando anterior, para lo cual se tendrá en cuenta la importancia del aporte realizado por el inductor en la materialización del ilícito penal.*

*(...)*

**VIGÉSIMO TERCERO:** *Que, la doctrina ha establecido que la pena del inductor puede ser más gravosa que el autor; cuando advierte plenamente el contenido del injusto del hecho a diferencia del autor (...), que, en el caso de autos, se desprende que el procesado tenía pleno conocimiento de la ilicitud de su conducta, y no obstante ello, un doble dolo para su materialización, todo lo cual permite recorrer toda la pena concreta, y más aún aplicarla por encima de la impuesta al autor del evento en sí, que lo realizó por mandato expreso del encausado.*

Sin embargo, la sala no realiza un mayor análisis en relación con la determinación de la pena, no establece el grado del injusto del comportamiento del inductor, a pesar de que se ha establecido la aplicación del principio de accesoriadad.

Ahora bien, ¿se puede fundamentar una mayor pena cuando el instigador advierte plenamente el contenido del injusto del hecho a diferencia del autor? Lo que aquí intenta justificar la Sala, es agravar el reproche del instigador por conocer con mayor precisión el significado de la conducta del instigado, sin embargo, esto es un elemento propio de la instigación, el traslado de la determinación de la comisión de un ilícito hacia el autor, que en buena cuenta es quien termina ejecutando el hecho como suyo, lo que sí puede justificar el aumento de la pena son las condiciones personales que concurren en los sujetos y que por ende solo le corresponden por la propia imputación del

injusto en atención al grado de culpabilidad (como elementos de la Teoría del Delito) lo que no fue ni siquiera analizado en esta sentencia, si no que más bien, fue solo una mala justificación de agravar la pena por el elemento subjetivo.

Con este análisis la Sala confirma la sentencia impuesta a Alberto Fujimori Fujimori o Kenya Fujimori como inductor del delito de Usurpación de Funciones en agravio del Estado imponiéndole seis años de pena privativa de libertad.

Por esta razón, se llega a concluir, que la interpretación dada sobre la aplicación de la pena del artículo 24° no está amparada bajo los cánones de lo que realmente se debe entender al principio de proporcionalidad.

No es de recibo, la interpretación realizada en el sector doctrinario mayoritario, de que la determinación de la pena en el artículo 24° del C.P. sobre la pena abstracta permite que el juzgador quien realiza la labor de la imposición de la pena concreta recurrir a cualquier extremo de la pena que se impondrá en el delito específico.

Ahora bien, esta mala aplicación ha conllevado a dos posiciones: *la primera*, y como ya se ha advertido, que no se realiza mayor esfuerzo en la motivación de la imposición de la misma pena del autor para el instigador, y *segundo*, que el instigador pueda recibir una pena mayor a la del autor (como lo fue en el caso de Alberto Fujimori).

Y si bien, se puede hacer tentativa de una fundamentación política criminal, la misma sigue siendo insuficiente por cuanto, se ha de fundamentar sobre el principio de lesividad y el principio de culpabilidad y del despliegue propio de la teoría de la participación, lo que no permitiría por ningún lado, establecer que un instigador realiza el mismo comportamiento de un autor, mucho más aún, si en nuestra legislación no existe la figura del autor intelectual.

## 5.2 ANÁLISIS DE ESTUDIOS RELACIONADOS

### 5.2.1 Estudio de Glenda Cecilia Lagos Chandía

La postura de Glenda Cecilia Lagos Chandía, en su trabajo de investigación “La Inducción” – Trabajo de investigación para optar el título de Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Chile, 2012, considerada como antecedente de la presente investigación, establece si es posible comunicar las circunstancias personales que afecten a la punibilidad en los demás intervinientes de un hecho personal en el extremo de la inducción, siendo así que, determina que los excesos o desvíos o errores en el hecho del autor, no podría perjudicar y agravar al inductor, a no ser que de forma eventual hayan sido previstos por el mismo, sin embargo esta afectación de agravación de la punibilidad por una mera representación conlleva a aceptar la hiperaccesoriedad, lo que debería realizar un mayor análisis del principio de proporcionalidad que limitará la imposición de una pena en cada caso concreto.

Sin embargo, esto lleva ya a tratar de determinar la responsabilidad penal a efectos de la gravedad o atenuación de la pena sobre las circunstancias de elementos subjetivos de la intervención delictiva, sin embargo, no coadyuva en sentido forma y material a establecer el problema principal que es la determinación propia e identificada de la pena en la imposición del instigador, además no logra determinar y solucionar la problemática del comportamiento propio del instigado, pues el como sujeto libre en su acto (*actio libera in se y in sua causa*) lo dota como un ser de auto-responsabilidad, sin embargo, ya se ha determinado en la doctrina que las desviaciones cuantitativas o cualitativas (como la forma de desarrollar el delito o de la realización en la gravedad del mismo) ya han sido resueltas en la doctrina, lo que afecta la responsabilidad del autor, y por accesoriedad limitada, el injusto del partícipe instigado también es afectado.

### **5.2.2 Estudio de Castillo Alva**

Por otro lado, la postura puesta de manifiesto por Castillo Alva, en el libro *“Principio generales del Derecho Penal – En el Título Preliminar”* ha establecido en el capítulo referente a la proporcionalidad que no se puede entender cuál ha sido las consideraciones tanto política criminalmente, como penales, que haya llevado al legislador a inobservar la proporcionalidad de la pena en la descripción de los artículos referente a la participación delictiva, dejando pues, de manifiesto que debe existir una modificación y rectificar dicho error, pues no es lo mismo la pena que debe recibir el autor con la pena que ha de recibir los partícipes.

En esta medida, se puede observar que la línea de pensamiento de dicho autor se condice y apoya fuertemente la tesis planteada en esta investigación, así pues, se ha establecido claramente una contravención a la logicidad del cuerpo normativo con las teorías y posturas dogmáticas mayoritarias de la teoría de la autoría y participación y los fundamentos de imposición de la pena en estos.

### **5.2.3 Estudio de Matus Jean Pierre**

Asimismo, también, Matus Jean Pierre en *¿Por qué se castiga al instigador (y con la pena del autor)?*; en los Comentarios a la ponencia de Maximiliano Rusconi *“La Legitimidad de la sanción al instigador: Nuevamente sobre una forma polémica de participación punible”*, en la Revista de Pensamiento Penal, Buenos Aires.

Al respecto refiere y determina que la problemática subyace en lo que se ha denominado *“La Expansión del Derecho Penal”* lo que no permite colegir adecuadamente cual es el sustento o motivo Político-Criminal para equiparar la pena del instigador con la del autor, incluso rechaza el argumento absurdo

que la doctrina mayoritaria viene asumiendo como es el de que el instigador puede recibir una pena mayor a la del autor.

Así pues, determina que esta práctica de equiparación de penas, nace como una respuesta de placebo hacia la sociedad que clama justicia, si atender para nada a los criterios políticos criminales concretos y bien fundamentado, y pues, que dicha práctica de equiparación se presenta en la cultura netamente hispana, siendo pues que esto no tiene sentido alguno dicha equiparación y que nada obliga al legislador a tomar una medida de dicha naturaleza.

Si bien, la doctrina ha mostrado los esfuerzos considerables al desligar las conductas de los autores con las conductas de los partícipes, esto no se puede observar al momento de la elaboración del Código Penal Peruano, lo que lleva a cuestionar ¿Qué tanto ha servido los considerables esfuerzos realizados por la doctrina a través de la historia para diferenciar a los autores de los partícipes si la pena a impones sigue siendo bajo la misma concepción como si de un autor se tratara? .

Esto sin duda, es una grave incoherencia y total inobservancia del fin perseguido por la doctrina penal, ahora bien, en los últimos años se intenta aplicar una posición finalista con rasgos funcionalistas, en cuanto a la aplicación de la teoría del dominio del hecho. Poco o nada sirve todos los esfuerzos no solo teóricos, sino a efectos prácticos, en donde la actividad de defensa o probatoria se define en base a un concepto de participación y no de autoría, y en cuanto a la resolución de los casos concretos se termine imponiendo una sanción tal y cual como si de un autor se tratara.

Asimismo, se ha identificado como se ha fundamentado la sanción del partícipe, quien no realiza el hecho principal, sino, que el mismo se suma a un hecho ajeno, contribuyendo o determinando a su realización.

Así, nuevamente se ha logrado determinar la vinculación entre el autor y el partícipe mediante la configuración de la teoría de la “*accesoriedad*”

*limitada*” de esta forma su límite de punición hace referencia a nivel cuantitativo cuando el delito cometido por el autor principal ha quedado en grado de tentativa y se fundamenta la punición, a nivel cualitativo cuando el delito cometido por el autor principal ha alcanzado a una conducta típica y antijurídica. Por lo tanto, el partícipe no puede existir independientemente, no es una figura autónoma y siempre dependerá de un hecho principal, lo que en el derecho civil se le conoce con el aforismo de que: “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”, pero esta accesoriedad está limitada no en la aplicación de la pena, sino en la dependencia de la realización de un hecho injusto y en la cercanía a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado por el derecho. Entonces, no es posible a efectos de la autoría y participación equiparar en el extremo de la pena, porque la teoría del autor no lo permite y la teoría de la punición de la participación tampoco lo permite.

El análisis se ha profundizado mucho más allá de la mera descripción de los elementos que deben concurrir cuando se está frente a una participación en la modalidad de instigación, pues la misma resulta ser solo determinante para establecer los elementos básicos como baremo de un primer análisis, así pues, la estructura de la instigación determina la identificación de otras figuras de participación criminal o de autoría, como en su extremo mínimo en los casos de colaborador secundario y en su extremo máximo, como caso de autoría mediata.

Sin embargo, centrándonos más en un análisis sobre el porqué se castiga el comportamiento del instigador, resultó insuficiente el análisis de los elementos de la instigación. Por esta razón se identificó que la conducta propia del instigador, de forma independiente a diferencia de lo que indica la mayoría doctrinaria, resulta ser hasta en cierto aspecto inocua o no perseguible penalmente, pues la determinación del autor, a través de un medio idóneo (como factor psicológico o de comunicación material para la instalación de la idea criminal en el autor) resulta ser un análisis *ex – ex ante* al despliegue de una conducta que pueda ser peligrosa para el bien jurídico.

Por esta razón, la *ratio* del injusto del comportamiento del instigador, se realiza en un estadio diferente a la de la lesión o puesta en peligro necesaria para la determinación de su sanción penal, y en base a ello, se debe conjurar el soporte de elementos objetivos que intensifiquen como peligroso el comportamiento del instigador, así pues, el contexto y los conocimientos que posee el instigador debe dotar objetivamente un peligro acorde con los criterios de la imputación objetiva materializándose en la forma o medio en que se hace llegar esa determinación al autor. Lo que en buena cuenta se determina criterios más contundentes que los establecido por la doctrina penal

Se establece que por aplicación del principio de “*accesoriedad limitada*” el instigador debe responder por la comisión del hecho principal, sin embargo, ¿que implica esta accesoriedad limitada?, la doctrina no es clara más allá de establecer los límites cuantitativos y cualitativos de la misma, por otro lado, la presente investigación ha complementado dichos fundamentos al establecer en el precepto anterior el fundamento del injusto del partícipe, así pues, la correlación de la accesoriedad se basa valorativamente en la equiparación de este injusto *ex – ex ante*, al injusto cercano a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por parte del autor, lo que lleva a dotar de mayor legalidad al reproche penal del instigador. Ahora bien, este análisis conlleva a una consecuencia lógica, que el instigador es dependiente siempre de la realización del injusto del autor principal, y por lo tanto los elementos de lesión o puesta en peligro no se materializan en el partícipe, sino que valorativamente se le añade para su vinculación normativa en la realización de un tipo específico. Por estas consideraciones el injusto del instigador al estar supeditado al injusto del autor resulta ser menor y por lo tanto la consecuencia jurídica a imponer debe ser en dicha relación una aplicación proporcional.



## TÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. Incide notablemente el Principio de Proporcionalidad, como límite al *ius puniendi* logrando encontrar un núcleo sustancial para conformar criterios de fragmentariedad, subsidiariedad y última ratio. Así; la proporcionalidad está en el génesis de la tipificación de comportamientos considerados como delitos, pues con ésta comprende un sentido "utilitarista o distributivo" y su fin "preventivo", llevando a plasmar su núcleo fundamental basado en criterios de justicia y en el principio de igualdad.

2. Diferenciando la proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta; se advierte su incidencia como manifestaciones para la justificación de la pena en dos escenarios diferentes, el primero, en el marco de la fase legislativa con la pena conminada y el segundo en el marco de la imposición de la pena en el caso concreto; en la fase del operador judicial – Juez.
3. Históricamente la instigación se desarrolló como una forma de autoría (denominada autoría intelectual) en que la responsabilidad impuesta a quien instigaba a otro en la comisión de un delito recibía la misma pena de quien lo realizaba; ello en virtud a que tradicionalmente (como en las figuras del mandante o Uhreber) sostenían la sujeción del autor con el instigador, por encontrarse bajo su poder de mando. Ello siguió influenciando hasta la concreción de los primeros códigos penales en el Perú, que tras no encontrar una doctrina lo suficientemente esclarecedora entre el instigado y el instigador, los efectos penológicos fueron equivalente hasta nuestros días.
4. Como elementos sustanciales de la separación de la autoría y participación, advertimos a la evolución de la teoría de autor y la teoría de la participación, obedeciendo cánones de evolución de la teoría del delito, desde una concepción naturalista (como teoría unitaria de autor), a una teoría neokantiana (teoría subjetivista), luego de una teoría finalista (teoría del dominio del hecho) y por último de una teoría funcionalista (como es la variación de la teoría del dominio del hecho material-objetiva y formal-objetiva).
5. La naturaleza de la punición de las figuras de la participación; así como para encontrar su *ratio escendi*, se sustenta en las diferentes teorías que fundamentaba el castigo de quienes se suma en un hecho criminal ajeno, teniendo como teoría principal, la teoría de la accesoriedad de la participación, estrictamente como la accesoriedad limitada.

6. La peligrosidad de la instigación se fundamenta, mediante una valoración normativa y la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva, en base al contexto y los conocimientos específicos del instigador sobre el instigado y en la realización de una conducta instigativa que genera la intensidad comunicativa de persuadir al autor para la realización de un hecho punible.
  
7. Aplicando el principio de accesoriedad, el injusto del instigador se puede vincular con el desvalor de la acción realizado por el instigado, generando así su legitimación para soportar un reproche penal.

## **TÍTULO V: CONCLUSIONES**

1. Con la sanción penal al instigador, conforme al artículo 24 del Código penal, se afecta al principio de Proporcionalidad de la pena; generando, que los operadores de justicia equiparen la pena por intervención delictiva de un partícipe u instigador con la del autor. Tal afectación debe superarse y lograr la determinación con

precisión del quantum de la pena para el instigador, labor que requiere de un detallado grado de exigencia, el mismo que en su oportunidad superó la problemática relacionada con la determinación y diferenciación que permitió arribar a la categoría de “partícipe”

2. Dogmáticamente la autoría, categoría atribuida al dueño del hecho, se diferencia de la participación, categoría para quién apoya en el hecho; por el dominio en las condiciones o circunstancias necesarias para el éxito del plan criminal, siendo que, el partícipe solo impulsa dicho plan. De ahí, que la sanción penal para el autor y el instigador debe ser proporcional en el hecho delictivo y no la misma por su intervención; así, la instigación, es un acto accesorio y no principal; por lo tanto, su reproche debe ser accesorio respecto al autor, como por debajo de lo que a éste le corresponda.
3. La justificación del reproche del instigador, permite establecer que el injusto del autor es totalmente diferente al del partícipe (instigador) es decir, que, aunque rija el principio de accesoriedad limitada, este solo se abocará a que no puede existir la participación de forma independiente, no es posible la participación desligada a la del autor, de ahí su carácter accesorio, denotando una diferencia entre el injusto disvalioso de la acción realizada entre uno y el otro. Así; si, el injusto del desvalor de la acción y del resultado es factor predominante para la determinación de la pena, no podría equipararse ni darse la misma sanción al partícipe que para el autor. Salvo que sobre ella genere la incomunicabilidad de las circunstancias que son las que afectan el grado de culpabilidad, pero que sin embargo ello resulta ser un tema ajeno a esta investigación.
4. Es necesaria una modificación legislativa que regule una sanción penal para el instigador distinta a la del autor; por cuanto la actual regulación carece vinculación

y valoración; así, sancionar al instigador con la misma pena para el autor, desemboca en una clara vulneración al principio de proporcionalidad, desconociendo esfuerzos científicos y doctrinarios para delimitar la responsabilidad en un hecho delictivo; así también condice la perspectiva de la doctrina penal y la perspectiva social; tal modificación resulta acorde con la propuesta que contiene la recomendación.



## TÍTULO VI: RECOMENDACIÓN

**Primero:** A consecuencia de la problemática evidenciada, relacionada con las disposiciones del artículo 24 del Código Penal Peruano y su vulneración al principio de proporcionalidad de la pena, pue no es posible equiparar la pena del instigador con el del autor, siendo que su redacción prescribe lo siguiente: “*Artículo 24°.* - *El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor*”, se propone como recomendación establecer la gradualidad prudencial de la pena por debajo de lo que pueda ser impuesto al autor, ahora bien, esto no afectará respecto de aquellos casos donde la pena que se impondrá al instigador tenga que ser elevado por el máximo en relación con su grado de culpabilidad, para lo cual, no se presenta problemas con la aplicación sistemática del artículo 26° del código penal que establece la incomunicabilidad de las circunstancias de participación.

Por tal razón se propone:

## **Fórmula legal**

### **“Ley que modifica el artículo 24 del Decreto Legislativo N° 635 – Código Procesal Penal”**

#### **Artículo 1°.- Declaratoria de Interés nacional**

Deróguese el artículo 24 del Código Procesal Penal, quedando redactado de la siguiente manera:

*Artículo 24°. - El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido prudencialmente por debajo del máximo legal de la pena que corresponde al autor.*

# BIBLIOGRAFÍA

## **Doctrina:**

Arias, J. (2020). *Métodos de Investigación Online - Herramientas digitales para recolectar datos*. Arequipa: Biblioteca Nacional del Perú.

Bockelmannl, U. (1957). *Bockelmann, Paul: Strafrechtliche Untersuchungen* .  
Göttingen: Verlag Otto Schawartz & Co .

Bramont Arias, L. (1981). *Temas de Derecho Penal*. Lima: Eddili.

- Bustos, J. (2007). *"Obras Completa" Tomo 1, Derecho Penal Parte General* . Chile : Ediciones Jurídicas de Santiago .
- Cabrera, A. (2011). *DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, TOMO I* . Lima: IDEMSA.
- Carrara, F. (1877). *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado de la fuerza física del delito (v. Romeo Girón, Trad.)*. Madrid: Góngora y compañía, editores.
- Castillo, J. (2004). *Principios de Derecho Penal Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Castillo, J. (2004). *Código Penal Comentado Tomo I*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. (2008). *Derecho penal. Parte especial I* . Lima : Grijley.
- Cerezo, J. (1979). *Autoría y participación en el código penal vigente y en el futuro código penal*. Madrid: Anuario de derecho penal y ciencias penales.
- Choclán, J. (1997). *Individualización judicial de la pena*. Madrid: Colex.
- Cobo del Rosal, M. (1999). *Derecho Penal 5ta ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Cubillos, M. (2015). *Sesión de Trabajo No.1 ¿QUÉ ES LA POLÍTICA CRIMINAL?* . Bogotá: Observatorio de Política Criminal-Dirección de Política y Penitenciaria, Ministerio de Justicia y del Derecho.
- Cuello, J. (2006). *Neofinalismo y Normativismo: Condenados a entenderse. En estudios de derecho penal. Libro homenaje a Domingo García Rada*. Arequipa: Adrus.

- Dávila, G. (2006). *El Razonamiento inductivo y deductivo dentro del Proceso Investigativo en Ciencias experimentales y sociales*. Laurus Revista de Educación.
- De Rivacoba y Rivacoba, M. (1998). "*Culpabilidad y Penalidad en el Código Penal Argentino*", en *teorías actiales en el Derecho Penal* . Buenos Aires : Ad-Hoc.
- Donna, E. (2002). *LA autoría y participación criminal*. Santa Fe: RUBINZAL.
- Equipo Editorial, e., (2021). "Concepto, editorial etece". Recuperado el 23 de julio de 2022, de Concepto, Editorial: <https://concepto.de/tecnicas-de-investigacion/>.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón [Tratado de Andrés Perfecto Ibáñez y otros]* . Madrid: Trotta.
- Feuerbach, A. (1828). *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania (2007 ed.)*. (E. R. Hagemeyer, Trad.). Buenos Aires: Hamurabi.
- Franz, L. (1917). *Tratado de derecho penal (20° alemana ed., Vol. III)*. Madrid: Hijos de Reus.
- Frisch, W. (1983). *Vorsatz und Risiko - Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Köln: Heymann.
- Flames, A. (2012). *Trabajo de Grado Cuantitativo y Cualitativo*. Caracas: Universidad Bolivariana de Venezuela.

- Garay, C. (2020). “*Técnicas e instrumentos de investigación*”:  
<https://crubocas.up.ac.pa/sites/crubocas/files/2020-07/3%20M%C3%B3dulo%2C%20%2C%20EVIN%20300.pdf>
- García Martín, L. (1998). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal Español*. Valencia: Tirant To Blanch.
- García, M. (2002). *Derecho Penal, Parte General, 5ta edición*. Valencia: Tirant Io BLanch.
- García del Corral, I. (1889). *Cuerpo del derecho civil romano*. Barcelona: J. Molinas.
- García, F. (1843). *Código criminal español segun las leyes y practica vigentes (Vol. I)*. Madrid: Libreria de los señores viuda de Calleja e hijos.
- García-Pablos de Molina, A. (1999). *Tratado de Criminología*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gómez, M. (2019). *Comentarios al Código Penal peruano. Parte General, Tomo II. § 20-46-E*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Herzberg, R. (2008). "La inducción a un hecho principal indeterminado" (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la República Federal Alemana [BGH] de 21/04/1986. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* , 553-571.
- Hernández, S. (2018). “Metodología de la investigación, procesamientos de datos”. <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>

- Hernandez Sampieri, R., y Otros (2014). “*Metodologia de la Investigacion*”. Mexico: Interamericana Editores S.A de C.V. Obtenido de <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>
- Historia, R. (1807). *Las siete partidas del rey don Alfonso el sabio*. Madrid: Imprenta Real.
- Hruschka, J. (2009). *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias. En Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación* . Buenos Aires: B de F.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de derecho penal parte general (2da. Edic.)*. Lima: Eddili.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal I* . Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Jescheck, H. (2014). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de la 5ta edición alemana Para el Perú; Primera edición*. Lima: Instituto Pacífico.
- Jescheck, H. (2014). *Manual de Derecho Penal, Parte General. Tomo I*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.
- Kohlrausch, E. (1961). *Kohlraush, Eduard: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen* . Berlin: de Gruyter.
- König, R. (1968). *Das Fischer Lexikon. Soziologie*. Berlin : Neubearbeitung .
- Latagliata, R. (1967). *El concurso de personas en el delito, traducción y notas de Carlos Tozzini*. Buenos Aires: Depalma.

López, M. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia : Editorial Tirant lo Blanch.

López, P., y Fachelli, S. (2015). *Metodología de la investigación social cuantitativa*. Barcelona: Creative Commons.

Marroquin Peña, R. (s.f.). “*Metodología de la Investigación*”. *Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle*, 4. Recuperado el 22 de julio de 2022, de [http://www.une.edu.pe/Sesion04-Metodologia\\_de\\_la\\_investigacion.pdf](http://www.une.edu.pe/Sesion04-Metodologia_de_la_investigacion.pdf)

Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hammurabi.

Miguel, P. (2004). *Derecho Penal. Modernas Bases Dogmáticas, con la colaboración Miguel Polaina Orts*. Lima: Grijley.

Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General, 8va ed.* . Barcelona: Reppertor.

Mommsen, T. (1999). *Derecho Penal Romano*. Colombia: Temis.

Muñoz, F. (1997). *"principios inspiradores del nuevo Código Penal Español"* . Lima: Gaceta Jurídica.

Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal Parte General, 8a edición, revisada y puesta al día* . Valencia : Tirant lo Blanch.

Navarro, R. (1842). *Curso completo elemental de derecho romano*. Madrid: Imprenta del colegio de sordomudos.

Olmedo, M. (1999). *La inducción como forma de participación accesorio*. Madrid: EDERSA.

Orozco, H. (2009). *Participación imprudente: un breve esbozo de la problemática*. Revista de Investigaciones U.G.C., 89.

Peña Cabrera, R. (1987). *Tratado de derecho penal parte general (3era ed., Vol. I)*. Lima: Sagitario.

Peñaranda, E. (1990). *La participación n el delito y el principio de accesoriedad*. Madrid: Tecnos.

Pimienta, J. (2017). *Metodología de la Investigación*. México: Pearson.

Prado Saldarriaga, V. (1990). *Derecho Penal y Política Penal en la Dictadura y de la Democracia en el Perú*. Lima: Eddili.

Pufendorf, S. (1673). *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros (2002 ed.)*. (M. A. Sánchez Manzano, & S. Rus. Madrid: Centro de estudios políticos.

Quintano, A. (1946). *Comentarios al código penal (vol. I)*. Madrid: Revista de derecho privado.

Reátegui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal, Parte General Tomo II*. Lima: Pacífico Editores.

Reátegui, J. (2014). *Manual de Derecho Penal parte general Tomo I*. Lima : Pacífico Editores S.A.C.

- Rodríguez G. (1997). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Civitas.
- Rojas, C. (2021). “*Ficha de Observación*”. Obtenido de Mil Formatos:  
<https://milformatos.com/escolares/ficha-de-observacion/>
- Romano, M. (1995). *Commentarios Sistemático del Codice Penale, Tomo I, 2da edicion*. Milano: Giufre Editores.
- Roxin, C. (1994). *Täterschaft und Tatherrschaft; Sechste Auflage*. Berlin : De Gruyter .
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal [Trad. de Luzón Peña; Díaz y García Colledo y de Vicente Remesal]*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General (La estructura de la teoría del delito)*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2012). *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (Schriftenreihe der Juristischen GEsellschaft Zu Berlin)*. Berlin : De Gruyter.
- Ruiz, R. (2007). *El Método Científico y sus Etapas. Index*. México.
- Sánchez-Vera & Treller, J. (2002). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Sancinetti, M. (1991). *Casos de Derecho penal*. Buenos Aires: Hammburabi.
- Santa Cruz, A. (1836). *Código penal Santa-Cruz del estado sud-peruano*. Lima. Lima: Eusebio Aranda.

Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte general, t. I (El hecho punible)*, Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi.

Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación Científica*. México: Editorial Lumisa.

Troncoso, C. (2017). “Entrevista: Guía práctica para la recolección de datos cualitativos en investigación de salud”. *Revista de la Facultad de Medicina*.

Van, M. (2011). *Doctrina Jurídica: ¿Qué método para qué tipo de disciplina?* México. Encontrado en: file:///C:/Users /Downloads/Dialnet-DoctrinaJuridica- 5082675.pdf .

Viduarre, L. (1828). *Proyecto de un código penal*. Boston: Hiram Tupper.

Villa Stein, J. (2001). *Derecho Penal, parte general, 2da edición aumentada y actualizada*. Lima: Editorial San Marcos.

Villabella , C. (2015). “*Método en la investigación jurídica*”. México

Villavicencio, F. (2006). *Derecho Penal Parte General*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Viterbo, J. (1900). *Exposición comentada y comparada del código penal del Perú de 1863 (Vol. I)*. Lima: Librería e imprenta Gil.

Von Liszt, F. (2011). *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*. Berlin : De Gruyter.

Westreicher, G. “*Metodo Cientifico*”. Recuperado el 22 de julio de 2022, de Economipedia: <https://economipedia.com/definiciones/metodo-cientifico.html>.

Welzel, H. (1969). *Der allgemeine teil des deutschen strafrechts in seinen grundzügen*. Berlin : Der Gruyter.

Wolfgang, F. (2012). *Tatbestandmäßiges Verhalntes und Zurechnung des Erfolgs* . Heidelberg: Müller Jur.Vlg.C.F.

Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal, Parte General* . Buenos Aires: Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (2001). *Derecho Penal [Parte General]*. Buenos Aires: Ediar.

Zugaldía, M. (1993). *Fundamentos de Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

### **Tesis:**

Lagos, G. (2012), “*La Inducción*”, *Trabajo de investigación para optar el título de Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, Chile*.

Medina, C. (2018), “*El determinar a otro en la instigación al delito*”, *tesis para optar el grado académico de maestro en derecho en ciencias penales, Lima*.

Cáceres, M. (2016), “*Fundamento del Injusto de la Participación del Extraneus en el Delito de Peculado Doloso en el Código Penal Peruano*”, *Tesis para optar el Título de Abogado – Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo*.

## **Jurisprudencia**

Expediente N° 26704-2009 Caso Abencia Meza Luna

Expediente N° AV 13-2003 Caso Alberto Fujimori Fujimori.

Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116,

Sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda  
Pedemonte, del 29 de abril de 2005