

ANALISIS COMPARATIVO ENTRE EL DERECHO ARGENTINO Y NORTEAMERICANO EN MATERIA DE “EXCESO DEL AUTOR” A LA LUZ DEL CASO “ROBINSON” Y LA TEORÍA DE LAS “CONSECUENCIAS NATURALES Y PROBABLES”.-

Autor: Diego Alejandro Peretti Ávila.-

*“Quando canterai la tua canzone,
da quel momento in poi non puoi
tornare, da quel momento in poi
dovrai andare con le tue parole..”.*

– Luciano Ligabue-

PRÓLOGO:

El trabajo con el que se encontrará a continuación, estimado lector, consta de tres partes fundamentales a saber: la primera es una traducción llevada a cabo del trabajo de Sean Wilkins, en virtud del comentario que éste realiza del caso “Robinson”, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Michigan en el que se aplicó- a los fines de analizar la participación en el delito de homicidio de Kevin Robinson- el criterio pronóstico de “las naturales y probables consecuencias”¹, la primera parte concluye con la transcripción del nombre del autor al pie del escrito, como figura en la obra original en idioma inglés; la segunda etapa, que consiste en el intento de llevar a cabo un encuadramiento general de la resolución comentada en el sistema del Common Law que Wilkins, evidentemente, al momento de realizar su trabajo, da por supuesto, consideré que dicha tarea deviene útil para el lector que desconoce el desarrollo

¹ Es mi intención resaltar que se habrá de analizar sólo el fallo correspondiente a la Corte Suprema del Estado de Michigan, dejándose afuera algunos elementos de tipo procesal del Derecho Norteamericano, que, si bien resultan muy jugosos en su análisis y exposición, exceden los fines “sustantivos”, por así decirlo, de esta obra.

doctrinario general de este sistema tan distinto, pero a la vez tan similar al nuestro -netamente continental- y; finalmente, la tercera sección que consta de un análisis comparativo de la figura del “*exceso del autor*” en el Derecho Argentino, en donde expondremos una breve síntesis histórica del desarrollo de la institución, el análisis doctrinario del artículo 47 del Código Penal y una breve muestra de los criterios empleados por nuestros tribunales en situaciones análogas al caso “Robinson”.

Respecto de la primera parte, he utilizado un criterio de traducción no estrictamente literal de las frases y expresiones empleadas por el autor; pero esto no es más que a los fines de intentar preservar el sentido jurídico de las mismas -ruego a Ud. comprensión si es que encuentra algún vocablo inglés que podría haber sido expresado de una mejor manera en nuestro idioma castizo-.

He elegido este método, puesto que considero que es el mejor a los fines prácticos, al decir de San Jerónimo -patrono de mi querida ciudad de Córdoba- quién en el momento de llevar a cabo sus traducciones desarrollaba su tarea “*no expresando palabra por palabra, sino sentido por sentido*”.

En relación con la segunda parte, observará el curioso que hago algún tipo de referencia a la doctrina italiana. Esto lo llevo a cabo, no por el hecho de citar mi propio trabajo sobre la participación en el Derecho Italiano -que, dicho sea de paso, de muy poca valía es, como quizás éste que ahora estoy presentando a Ud.-; sino a los fines de referir que este tipo de criterios llamados “pronósticos o estadísticos”, por así decirlo, han tratado de ser introducidos a un sistema típicamente “continental” como el italiano, por parte de un sector muy autorizado de su doctrina; siendo rechazado, hasta el momento, por la Corte de Casación.

En nuestro país -la República Argentina- estimo vivimos un presente de crisis de la ciencia jurídica penal, debido a que nos encontramos en un punto en el que ciertos axiomas constitutivos de la doctrina vienen replanteados por los juristas y la población en general -dejo aparte el tema de las causas por las

cuáles esto es así, puesto que este pretende ser un trabajo científico y no es la finalidad del mismo tocar temas que corresponden estrictamente a la materia política-.

Estos periodos a los que Thomas Kuhn llama de “crisis de la ciencia”, en que los postulados constitutivos del “*paradigma vigente*” son puestos en duda por la comunidad científica y posteriormente reemplazados por los principios sentados por otro paradigma -previa revolución científica- devenido en “dominante”. Este nuevo paradigma -pasado el lapso de agitación de la “revolución”- termina, según este autor, por estabilizarse e inaugurar un nuevo el periodo de “normalidad de la ciencia”².

Es en estos intervalos llamados “críticos” cuando los exponentes de las ciencias jurídicas comienzan a buscar alternativas con potencial explicativo y metabolizador de las necesidades actuales de la comunidad -a veces a través de la reproducción de fórmulas ajenas-, a los fines de ofrecer una respuesta a los enigmas que plantean estos nuevos requerimientos que van tomando, en modo discontinuo, carta de “preponderantes y fundamentales”, en el transcurso de la sucesión histórica de la existencia los pueblos.

Es entonces cuando el jurista debe obrar con sumo cuidado en el momento de proponer soluciones, atento a que debe asesorarse, en primer lugar, si la institución a analizar es compatible con la naturaleza y tradiciones de la sociedad a la cuál está destinada a ser trasplantada y en segundo lugar, en caso de respuesta afirmativa, debe llevar a cabo una tarea de “reconstrucción” de dicha teoría, lo que implica poner mucho de elaboración y compromiso personal, a los fines de adaptar, de ser posible, en forma adecuada ese nuevo sistema teórico a la compleja e irreproducible realidad social en la que le toca vivir, que es la de su propia nación.

2 En forma independiente que comparta o no los fundamentos de la teoría Kuhn -yo, más bien, creo en la constante evolución, aunque discontinua, de las ciencias, aún las sociales y que las distintas necesidades surgen a partir del progreso mismo de los tiempos de la humanidad-; sin embargo estimo que el planteo de este autor es funcional para explicar los momentos de crisis de las ciencias y los cambios estructurales que se producen en las mismas.

Existen dos consignas, siguiendo a Juan B. Alberdi, a respetar por parte del estudioso o legislador que pretenda llevar adelante tan colosal empresa como es la referida en el párrafo anterior, consignas que terminan reduciéndose a una sola.

El primer principio es el de la “*originalidad creativa*” -que implica el conocimiento de la comunidad para la cual se va a rediseñar el sistema -su devenir social, sus tradiciones y sus necesidades concretas- a los fines de adaptar la institución, como si se tratase de un traje hecho “a medida”, que hubiese sido planificado y elaborado de manera exclusiva para ésta.

En relación con lo expresado, este prócer del pensamiento jurídico argentino, cuando se refiere a la constitución de 1826, consagra: “*..El Congreso hizo mal en no aspirar a la originalidad. La constitución que no es original es mala , porque debiendo ser la expresión de una combinación especial de hechos, de hombres y de cosas, debe ofrecer esencialmente la originalidad que afecte esa combinación en el país que ha de constituirse...La originalidad constitucional es la única a la que se pueda aspirar sin inmodestia ni pretensión: ella no es como la originalidad en las bellas artes. No consiste en una novedad superior a todas la perfecciones conocidas, sino en la idoneidad para el caso especial en que deba tener aplicación..*”³.

La segunda consigna, y a su vez fundamento de la primera, “*es reconocer y respetar el límite propuesto por la realidad de la comunidad*”. Al respecto, en su estilo cristalino y profundo el maestro sentencia: “*..Es una especie de sacrilegio definir la ley, la voluntad general de un pueblo. La voluntad es impotente ante los hechos, que son obra de La Providencia. ¿Sería ley la voluntad de un Congreso, expresión del pueblo que, teniendo en vista la escasez y la conveniencia de brazos, ordenase que los argentinos nazcan con seis brazos? ¿Sería ley la voluntad general, expresada por un congreso constituyente que obligase a todo argentino a pensar con sus rodillas y no con*

3 ALBERDI, Juan Baustista: “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política Argentina”, Ediciones Libertador, Ciudad Autónoma de Bs. As., 2005, págs. 24-25.-

su cabeza? Pues la misma impotencia, poco más o menos, le asistiría para mudar y trastornar la acción de los elementos naturales que concurren a formar la constitución normal de aquella nación. Fatal es la ilusión en que cae un legislador; decía Rivadavia, cuando pretende que su talento y voluntad pueden mudar la naturaleza de las cosas, o suplir a ella sancionando y decretando creaciones..”⁴.

Coincidimos en todo sentido con este gran jurista respecto a que es la ley la que debe adaptarse a la idiosincracia del pueblo y a la realidad a la que le toca regular y no viceversa.

Es por esto que decimos que no se pueden “trasplantar” de modo irreflexivo instituciones extranjeras a un esquema jurídico determinado; sino que es necesario adaptar, sólo si es posible, este tipo de sistemas teóricos a la realidad viva de la sociedad de que se trata.

Originalidad, realidad y agregamos una fuerte dosis de compromiso personal, habrán de ser las constelaciones a seguir en dicha travesía jurídica.

Personalmente creo, como se verá a lo largo de este trabajo, que este tipo de criterios pronósticos a los que aquí aludiremos, no resultan, en principio, “adaptables” a nuestro sistema de tradición romanista de tipo “continental”; puesto que tenemos puntos partida diversos que se nutren, en algunos aspectos de diferentes perspectivas de orden filosófico, político, sociológico, psicológico y jurídico; de aquellos postulados del mismo orden que constituyen, en parte, las bases de las sociedades regidas por el Common Law -aún teniendo en cuenta el fenómeno creciente de la globalización cultural que nos toca vivir en el devenir de estos tiempos de cambio-.

Lo anteriormente dicho no es obstáculo a que, merced al natural curso del río de la vida de las sociedades o a la creatividad y sapiencia de futuros juristas y legisladores, este tipo de estructuras puedan llegar, alguna vez a dar acabadas respuestas a las necesidades de nuestra comunidad. A fin de cuentas, el

4 ALBERDI, Juan Bautista: Op. Cit., pág. 77.

Derecho, así como el lenguaje, es un fenómeno producido por esa misma realidad compuesta de infinitas riquezas y debilidades, momentos de gloria y de hiel, canciones y atardeceres vividos, opiniones y contrapuntos, originalidades y perversiones; esa realidad inconmensurable, como el universo mismo que, a veces, en momentos de locura generalizante e irreverente, nos tomamos el atrevimiento de tratar de circunscribir o delimitar a través de su propia y mismísima creación que es la “palabra”, y terminamos por llamar a esa realidad inescrutable “hombre” y al producto de la unión de éstas “pueblo”.

Ni la palabra, ni la cultura pues, como referimos, pueden llegar a ser jamás obstáculos insalvables para comprender y vivenciar la esencia y diversidad de los fenómenos humanos, entre ellos el Derecho -con mayúsculas-.

A continuación, propongo a Ud., estimado lector, que comencemos juntos a recorrer el sendero de esta tentativa de estudio comparado que, como dijimos, consta básicamente de tres etapas.-

I. DERECHO PENAL- RESPONSABILIDAD DEL CÓMPLICE- UN ACUSADO QUE TIENE LA INTENCIÓN DE AYUDAR, FACILITAR, ACONSEJAR O PROCURAR LA COMISIÓN DE UN CRIMEN, ES RESPONSABLE POR DICHO CRIMEN DE ACUERDO A LAS NATURALES Y PROBABLES CONSECUENCIAS DEL MISMO. *People v. Robinson*, 715 N.W. 2D 44 (Michigan 2006).

INTRODUCCIÓN:

En el caso *People vs. Robinson* la Suprema Corte de Michigan encontró al Sr. Kevin Robinson culpable en segundo grado del delito de homicidio, basándose en los dos postulados de la participación criminal como son la “ayuda” y la “incitación”: en primer lugar, bajo la teoría de las naturales y probables consecuencias *-natural and probable consequences theory-*, el Acusado fue encontrado culpable atento a que ayudó a su compañero a cometer asalto agravado en contra de la víctima y, luego, bajo la teoría de las ofensas deliberadas *-intended offenses theory-*, el Acusado fue encontrado culpable debido a que, en el momento de los hechos, éste obró con la clara intención de infligir grave daño corporal sobre la persona de la víctima.

Bajo la dirección de Samuel Pannell, Kevin Robinson se dirigió en auto, junto al nombrado, hasta la casa de Bernard Thomas, con la intención de “reventarlo a trompadas” *-f*** him up-*. Una vez que llegaron a la casa, Pannell llamó a la puerta principal. Cuando Thomas abrió, Robinson lo golpeó, desde ese momento Robinson y Pannell continuaron castigando a Thomas hasta que Robinson le dijo a Pannell que “ya era suficiente” y comenzó a caminar hacia el coche en el que habían venido, en el momento en que Robinson llegó al vehículo, escuchó el estampido de un disparo de arma. Thomas falleció como resultado de las heridas producidas por ese disparo.

El Tribunal colegiado *-Bench Trial-* entendió que el Sr. Robinson había

cometido asalto agravado sobre la persona de Thomas y lo condenó como responsable de homicidio en segundo grado *-second degree murder-*, “teniendo en cuenta solamente el elemento del grave daño corporal”, siguiendo la teoría la teoría de la ayuda y la incitación *-aid and abetting theory-*. La Corte de Apelaciones, por el contrario, revocó el fallo de primera instancia, por entender que existía en la causa insuficiente evidencia que demostrara que Robinson compartía o era consciente de las intenciones homicidas de Pannell. La Corte Suprema de Michigan admitió el recurso interpuesto ante ella *-granted leave to appeal-* a los efectos de determinar los elementos de la responsabilidad del partícipe y la “mens rea” requerida para basar una intención de “ayuda e incitación” necesaria para configurarse en el caso concreto el homicidio en segundo grado.

ANTECEDENTES *-BACKGROUND-*:

El Estatuto de “Ayuda e Incitación” *-aid and abetting statute-*, que forma parte del Compilado de Leyes del Estado de Michigan en su sección 767.39 dispone:

*“Toda persona involucrada en la comisión de un delito, ya sea que ésta haya cometido directamente el acto que constituye la ofensa o que haya procurado consejos, ayuda o incitación en la comisión del mismo puede, desde ese momento, ser perseguido, acusado, juzgado **-tried-**⁵ y condenado como si éste fuera el que hubiese cometido en forma directa dicho delito”.*

Bajo las reglas de este Estatuto “ayuda e incitación” no representa una ofensa sustancialmente distinta, sino que es una teoría de la persecución que permite la imposición de responsabilidad indirecta a los cómplices.

Aplicando este Estatuto en los casos precedentes, la Corte Suprema de

⁵ El término más adecuado a una traducción de tipo literal sería “probado” *-tried-*, opté por el término “juzgado” porque creo que es el que más se ajusta a nuestro esquema jurídico-lingüístico.

Michigan bosquejó los tres elementos necesarios para condenar a una persona bajo la “teoría de la ayuda e incitación”:

(1) El crimen que es objeto de la acusación fue cometido por el encartado o por alguna otra persona (2) el acusado llevó a cabo actos o dio apoyo psicológico – *give encouragement*- que ayudaron en la comisión del crimen; y (3) el acusado *-defendant-*, en el momento en que estaba prestando su ayuda o apoyo psicológico, tenía voluntad cometer el crimen o era consciente que el principal tenía intenciones de llevar a cabo ese acto delictivo.

ANALISIS:

A. OPINIÓN MAYORITARIA:

La Sección 767.39 fue promulgada a los fines de abolir las distinciones establecidas en el Common Law entre conductas delictivas principales y accesorias⁶. La Corte de Michigan determinó que cuando la Legislatura abolió la distinción entre “principales” y “accesorios”, la finalidad fue la de establecer la misma pena para todos los partícipes del hecho delictivo, conforme la finalidad pretendida, en este caso de asalto agravado, la consecuencia natural y probable es (o puede ser) la muerte de la víctima. Aplicando esta interpretación del Estatuto, la corte encontró suficiente evidencia respecto del análisis de “ayuda e incitación” a los efectos de revocar el fallo de la corte de apelaciones y postular en su lugar la responsabilidad por convicción de Robinson por el delito de homicidio.

6 En el Common Law existen cuatro categorías de ofensores por delitos que son, a saber: (1) **El Principal en “primer grado”** que es quien se encuentra “comprometido en la conducta delictiva” -sería el autor-; (2) **el Principal en “segundo grado”** que es quien, habiendo estado presente en el momento en que el delito se cometió, prestó su ayuda o indujo a la comisión del mismo; (3) **el Accesorio “antes del hecho”**, que es quien no se encontraba presente en el momento de la comisión del hecho, pero que prestó su ayuda o llevó a cabo su tarea de inducción antes de la perpetración del delito y, (4) **el Accesorio “después del hecho”**, que es quien, no se encontraba presente en el momento de la comisión del hecho, pero que prestó ayuda con posterioridad con la finalidad de proteger al delincuente o de facilitar el escape.

A1. Consecuencias Naturales y Probables:

De acuerdo a la teoría de las consecuencias naturales y probables se sostiene que “no puede existir responsabilidad criminal por un hecho si éste no se encontraba previsto dentro de la empresa común ni tampoco en los casos en que se puede prever que acontezca si ocurre un caso fortuito”. En la sentencia de la corte *“la consecuencia probable y natural de un plan de asalto agravado es que uno de los actores pueda perfectamente intensificar ese asalto, transformándolo en homicidio”*. A pesar de que Robinson dijo “es suficiente” y se retiró de la escena antes del disparo, *“la consecuencia probable y natural de dejar solo al enfurecido Pannell con la víctima es que Pannell podría finalmente dar muerte a la víctima”*. Aun más, la muerte es una natural y probable consecuencia del asalto agravado, por lo que resulta irrelevante si ésta se produjo como consecuencia de un disparo de arma de fuego o de una paliza. Por lo tanto, Robinson sería responsable por el homicidio en orden a que la muerte es una natural y probable consecuencia del asalto agravado, crimen que Robinson cometió y ayudó a perpetrar.

A2. Ofensas Intencionales:

A los fines de anular el veredicto de la Corte de Apelaciones, la Suprema Corte halló que el tribunal inferior había malinterpretado el antecedente jurisprudencial relacionado con el significado de la ofensa intencional. La Corte de Apelaciones se basó en la doctrina fijada por el caso “People v. Kelly”⁷ en el que se consagra que *“el acusado es responsable por la ofensa que él tuvo intenciones de cometer o ayudar o instigar”*, entendiendo con esto que el

⁷ People v. Kelly 378 N. W. 2d. 365 (1985)

encartado debe tener la misma intención del principal. De todos modos, la mayoría del tribunal de alzada entendió que la Corte de Apelaciones malinterpretó la regla sentada en el antecedente “Kelly”, dado que: *“simplemente, la regla significa que, como mínimo, el ayudante o instigador es responsable por el crimen que él o ella tenía intenciones de cometer”*. Es por esto que, aun bajo la teoría de la ofensa intencional, la convicción debe ser reafirmada a pesar que Robinson no tuvo la intención de dispararle a la víctima, debido a que Robinson tuvo la intención de infligir un grave daño corporal sobre el occiso, lo que es suficiente para configurar una intención de homicidio en segundo grado.

B. VOTO EN DISIDENCIA DEL JUEZ CAVANAGH:

El juez Cavanagh en su voto está de acuerdo con lo anterior, excepto en lo referente a que *“el acusado que tiene la intención de ayudar, inducir, aconsejar o procurar la comisión de un crimen es responsable por el injusto, así como también por las consecuencias naturales y probables que conlleva dicho crimen”*. El juez Cavanagh habría afirmado el fallo de la corte de apelaciones debido a que *“las naturales y probables consecuencias de esta paliza y la intención del acusado y sus acciones no causaron, en sentido criminal, esta muerte”*. El Juez Cavanagh entendió que el voto mayoritario pasó por alto la determinación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal en lo Criminal: el acusado sólo quiso dar una paliza a la víctima, la causa de la muerte fue una herida provocada por disparo de arma de fuego, por lo tanto el acusado no tuvo intención ni supo, en el momento, que Pannell iba a dispararle a la víctima. Más aun, la teoría de las naturales y probables consecuencias de la mayoría *“destruye completamente”* -*“utterly destroys”*- el principio que expresa que *“no puede existir responsabilidad criminal sin culpa individual”*⁸. Además, a

⁸ “there can be no criminal liability without individual culpability”

pesar que el elemento “*malicia o intención*” se encontró satisfecho a los efectos del delito de homicidio en segundo grado, las heridas ocasionadas con la intención de causar grave daño corporal no fueron la causa de la muerte.

C. VOTO EN DISIDENCIA DEL JUEZ KELLY:

El Juez Kelly manifestó en su voto que “*un acusado no puede ser condenado como responsable de homicidio en segundo grado según la teoría de la ayuda y la incitación si dicho acusado no tuvo la intención de llevar a cabo el acto que terminó causando la muerte*”. El Juez Kelly afirmó que el único modo por medio del cual la mayoría podría llegar a condenar a Robinson es a través de introducir agregados impropios al texto del Estatuto. Aun más, en igual sentido que la corte de apelaciones, el Juez Kelly se habría basado en la determinación de los hechos llevada a cabo por el tribunal en lo criminal para demostrar que Robinson ni sabía ni tuvo intenciones de disparar el arma⁹. La mayoría extendió en forma impropia el criterio de las naturales y probables consecuencias del acto de golpear a otro al incluir en estas consecuencias a la muerte por disparo de arma de fuego, lo cual se encuentra en conflicto directo con la determinación de los hechos llevada a cabo por el tribunal en lo criminal, puesto que Robinson sólo tuvo la intención de causar grave daño corporal y nada más. Jamás existió la empresa común de matar a la víctima, solamente “*reventarlo a trompadas*”, lo cual no comporta esencialmente el delito de homicidio¹⁰. El Juez Kelly concluyó que, conforme la ausencia de prueba en el sentido que Robinson tuvo la intención de matar a la víctima, la condena por homicidio en segundo grado debió haber sido revocada.

9 Robinson “estuvo de acuerdo” y “entendió” que irían allí sólo a golpear a la víctima, por lo tanto el disparo fue más allá del alcance de lo que Robinson entendió que tenía que pasar; puesto que Robinson solamente tuvo la intención de ocasionar grave daño corporal”. Id. 56

10 “La empresa común fue dar una paliza. El hecho de que Pannell eligió disparar a la víctima en vez de golpearlo hasta la muerte, es dispositivo”. Id. at 59.

CONCLUSIÓN:

¡Ayudantes e instigadores, tengan mucho cuidado!. La actuación de la Corte Suprema de Michigan en el caso “Robinson” es un golpe en la cara a todos aquellos que han estado combatiendo la aplicación -en abstracto- de la regla del homicidio en el estado de Michigan. Esta decisión determina como cómplice a quién tiene la voluntad de participar en grupo de una conducta criminal, aun hasta el límite del capricho o antojo de sus consortes delictivos. Una vez que un actor cruzó la línea en función de dirigir su actividad hacia la ayuda o incitación de otro en una conducta delictiva, parecería ser que no puede volver atrás, y el resultado imprevisto de las ayudas prestadas a las partes que puedan caer dentro de las naturales y probables consecuencias de la originaria intención criminal, puede llevar a que el actor tenga que afrontar cargos criminales por resultados no queridos directamente por él mismo. El hecho de por qué las naturales y probables consecuencias se produjeron en la realidad del caso concreto resulta irrelevante (continuar golpeando o disparo de arma de fuego). Esta interpretación del Estatuto de la ayuda e incitación dispone una estricta aplicación que representa una durísima regla de responsabilidad por homicidio. La cruda realidad de este estatuto se traduce en el hecho que aun cuando falte el requisito de la intención de matar en el actor que es un ingrediente normalmente exigido para la configuración del homicidio en segundo grado, éste, de igual manera, puede llegar a resultar condenado.

SEAN WILKINS

II. ANALISIS DEL CASO DE ACUERDO A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO NORTEAMERICANO:

En esta segunda sección trataremos, como hemos hecho referencia en la introducción, de unirnos al análisis llevado a cabo por el colega Sean Wilkins, a la luz de la teoría de la complicidad que forma parte del esquema jurídico vigente en el Derecho Norteamericano.

Es importante señalar de antemano, que, de acuerdo al sistema constitucional en vigor, en los Estados Unidos de América cada estado tiene la facultad soberana de dictar sus normas penales de fondo y sus correspondientes reglas de procedimiento, siempre con respeto de los principios generales sentados por la constitución de ese país; es por esto que pueden existir, en las diversas ramas del derecho, profundas diferencias entre las legislaciones correspondientes a los diversos estados sobre un mismo punto.

Si bien esto es así, en relación con la determinación de la responsabilidad del cómplice, la “*teoría de las naturales y probables consecuencias*” a la que se hace referencia en este trabajo, se encuentra fuertemente arraigada en la práctica de algunos estados de los E.U.A.

Este sistema teórico se ve incluido dentro de lo que es la “*aid and abetting theory*” - la teoría de la ayuda e incitación- que es un enfoque distinto de la institución de la participación criminal, que elimina el sistema cuatripartito proveniente del Common Law -como ya se desarrolló supra- y que se encuentra contemplado y regulado en diversos estatutos y normas penales vigentes de los estados que adoptan este principio teórico -podríamos citar, a mero título ejemplificativo, junto con el del estado de Michigan, al que ya hizo referencia Wilkins, el de California, que lo regula en la Sección 31 de su Código Penal vigente (Penal Code of California)-.

La teoría de la “ayuda e incitación”, según la Corte Suprema de este último estado norteamericano -in re: “McCoy”-: “*sólo determina la*

*responsabilidad de ayudantes e incitadores de acuerdo a las acciones de complicidad llevadas a cabo por ellos mismos. Esto elimina la necesidad de decidir quién fue el ayudante e incitador o cuál era la extensión del rol desempeñado por cada uno*¹¹.

Según este punto de vista el partícipe *-aider and abetor-* responde en un plano de igualdad junto con el autor; a diferencia del sistema tradicional del Common Law, en el cual la responsabilidad del cómplice se distinguía de la del autor material *-primary perpetrator-*.

Larry M. Lawrence II, al respecto expresa: *“La doctrina de la responsabilidad del partícipe establece que el ayudante e incitador responde del mismo modo en que lo hace el principal por las acciones llevadas a cabo por sus cómplices. Esta es una forma de responsabilidad derivada -un método que deriva la responsabilidad delictiva tomando como base la ofensa criminal llevada a cabo por otra persona. Es precisamente por este carácter derivado que -esta responsabilidad- depende completamente del crimen que cometa el actual perpetrador. La responsabilidad del partícipe, por ende, no es considerada una ofensa criminal separada. Es una forma alternativa de establecer la responsabilidad por la ofensa que se imputa*¹².

Ahora bien, una vez determinada cuál es la teoría de la participación criminal aplicable al caso que analizamos, debemos agregar que también en este enfoque teórico, para que se configure la responsabilidad del socio delictivo, se necesita de la existencia de dos elementos fundamentales que son el **“actus reus”** y la llamada **“mens rea”**.

Definido el primero como *“la voluntaria e injusta acción u omisión que constituye el componente físico de un crimen. Puesto que una persona no puede ser castigada sólo por malos pensamientos, no puede existir responsabilidad*

11 “PEOPLE V. McCOY”, 25 Cal 4th 1111, 1120, 24 P.3d. 1210, 1216, 108 Cal. Rptr. 2d. 188, 195 (2001), citado por LARRY M. LAWRENCE II: “ACCOMPLICE LIABILITY: DERIVATE RESPONSIBILITY”, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 36: 1524-1540, California, 2004, pág. 1524; publicada en: <http://llr.lsa.edu/volumes/v36-issue4/documents/7accompliceliability.pdf>.

12 LARRY M. LAWRENCE II, Op. Cit., págs 1525-1526.

criminal sin éste”¹³, siendo, por su parte, la mens rea señalada como: “*La intención criminal o conocimiento que un acto es injusto. Es considerado un componente de la ofensa criminal, algunas faltas menores pueden ser castigadas con prescindencia de ésta*”¹⁴.

Como bien sabemos, estos dos componentes son elementos inescindibles de la unidad del injusto delictivo, ambos conforman los ingredientes esenciales de la acción humana -sin acción no existe delito- y es sólo a los efectos de facilitar el análisis y la tarea de aplicación de la norma jurídica que estos dos componentes se estudian en forma separada.

La teoría de las llamadas “**consecuencias naturales y probables**”, se desenvuelve, junto con sus objeciones, fundamentalmente en la actividad de valoración del elemento subjetivo del partícipe.

La pregunta que se impone es la de si resulta legítimo, en el acto de realizar el juicio de reprochabilidad, el hecho de ir más allá del resultado representado y querido “in concreto” por el agente delictivo.

La respuesta a esta pregunta, podría parecer a simple vista afirmativa, a lo largo de este trabajo, intentaremos probar que esto no es así; que la teoría de “las consecuencias naturales y probables” **no puede ni debe ser analizada como un elemento aislado e independiente de un sistema jurídico** -como estimo se ha hecho en el caso Robinson-; sino que ha sido diseñada para operar como parte integrante de una estructura compleja y superior como lo es el conjunto del ordenamiento legal.

Sin perjuicio de lo dicho en el párrafo anterior, nada impide que se realice un análisis particularizado de esta construcción jurídica, como venimos haciendo hasta ahora.

La teoría de “las consecuencias naturales y probables” se vale, como referimos supra, de un “*criterio pronóstico*” -acerca de los cuales ya emitimos

13 WEBSTER'S NEW WORLD LAW DICTIONARY; definición publicada en la página de internet: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:N52_5Rde0dYJ:law.yourdictionary.com/actus-reus+%22actus+reus%22&cd=8&hl=es&ct=clnk&gl=ar.

14 Definición extraída de: <http://www.thefreedictionary.com/mens+rea>.

una opinión en otro trabajo¹⁵.

Este criterio “*pronóstico*” hace referencia a condiciones de previsibilidad que debe tener en cuenta el “*hombre razonable*” como posibles consecuencias de sus actos que se derivan en forma “*natural y probable*” de la producción de los mismos.

Respecto de esta posición se dice que: “*..A los fines de probar las intenciones, la imprudencia o temeridad -recklessness-, malicia o negligencia, la ley presume que las personas entienden las razonables y previsibles consecuencias de sus actos intencionados y deliberados. Estas presunciones deben confirmarse de la evidencia presentada en la corte....El intento de homicidio y de asalto con intención de causar serio daño corporal o la muerte, son ejemplo de crímenes que requieren de la prueba del elemento subjetivo del acusado. Esta intención puede ser inferida de la conducta del acusado y de la doctrina del 'arma mortal' si el encartado usa una clase de objeto que es capaz de causar la muerte o grave daño corporal*”¹⁶.

Como podemos ver, de acuerdo a este punto de vista, parecería ser que existen ciertas situaciones en las que el cómplice delictivo puede ser encontrado responsable de participación aunque el mismo no haya tenido la intención concreta de producir el resultado histórico injusto, si es que este último viniere a ser una consecuencia del curso natural y probable de las cosas.

La pregunta que ahora se impone, seguramente, es la de establecer cuándo se puede afirmar que las consecuencias de una acción injusta derivan en forma natural y probable de ésta.

A los efectos de dar respuesta a la pregunta planteada en el párrafo anterior, Larry M. Lawrence, haciendo alusión a la jurisprudencia del Estado de California, explica los criterios rectores de esta teoría de la siguiente manera: “..

15 Véase: DIEGO A. PERETTI AVILA : “La Participación Criminal en el Derecho Italiano”, 2010, publicado en <http://www.scribd.com/doc/43798128/LA-Participacion-Criminal-En-el-Derecho-Italiano>, págs. 14-15. A su vez, en ese trabajo adherimos a los fundamentos esgrimidos por la Corte di Cassazione in re “Mannino” por entender que los llamados “criterios pronósticos” amplían indebidamente el límite de la punibilidad.

16 GARDNER, Thomas J. - ANDERSON, Terry M.: “Criminal Evidence” - Principle and Cases-, 7th. Edition, Wadsworth, Cengage Learning, Belmont -CA-, U.S.A., 2007, pág. 69.

En la causa People V. Brigham, la corte explicó que cuando se trata de determinar si las acciones llevadas a cabo por el principal perpetrador habrían sido razonablemente previstas por el cómplice, la responsabilidad se basa en un objetivo análisis de causalidad, no en un punto de vista subjetivo acerca de qué es lo que el cómplice pensó que podía ocurrir. Bajo un análisis objetivo, el jurado debe determinar si una persona razonable, bajo similares circunstancias del acusado, habría reconocido que el crimen cometido por el perpetrador primario sería una consecuencia razonablemente previsible del acto en el cual el acusado estuvo ayudando e incitando. Este resultado dependerá de las circunstancias que rodearon las conductas de ambos, el perpetrador y el cómplice. El jurado puede considerar no (sólo) las circunstancias reinantes antes de -prior to- o al comienzo del intento (criminal); sino que debe incluir todas las circunstancias que preceden al último acto en el cual directa o indirectamente el partícipe ayudó o incitó al principal en la comisión del crimen..”¹⁷.

Con esto no se quiere decir que el conocimiento o “*intención de acompañar*” que pueda llegar a tener el cómplice a los fines delictivos del principal perpetrador sea irrelevante, este último es uno de los elementos que habrá de ser inferido, como dijimos, de las evidencias recolectadas en la causa y de su propia conducta.

El fundamento de este enfoque teórico que establece un parámetro “*objetivo*” a los efectos de determinar la “*naturalidad*” y “*probabilidad*” -esto es la *previsibilidad*- de las consecuencias de las acciones, es el criterio del “*hombre razonable en similares circunstancias*”¹⁸.

Tal es así que la Corte de Apelaciones del Tercer distrito del Estado de California in re: “People V. Nguyen” estableció: “*..el conocimiento del propósito criminal de otro no es suficiente para que se configure la ayuda e*

¹⁷ LARRY M. LAWRENCE II, Op. Cit., pág. 1534.

¹⁸ Para analizar los límites y dominios de este concepto sería útil tener presente las afirmaciones del gran jurista romano Paulo que transcribimos en la nota 57 de este trabajo.-

*incitación: el acusado debe también compartir este propósito o tener la intención de cometerlo, alentar o facilitar la comisión del crimen..”*¹⁹.

De lo expresado hasta aquí se deduce que el parámetro “objetivo” de la previsibilidad del resultado “natural” y “probable” se trata de un presupuesto establecido de manera convencional, que, según la postura que defienden Sean Wilkins, juntamente con los Jueces Cavanagh y Kelly, no se da verdaderamente cuando la “cadena causal” se corta en algún momento *-broken chain of causation-* de la secuencia histórica de los hechos; ya sea: **a)** por la intervención de una acción u omisión que quiebra el nexo causal entre la conducta del agente y el resultado *-intervening cause o novus actus interveniens-* (podría ser el caso del disparo de Pannell) o, **b)** por la aparición de la llamada “concausa” *-independent sufficient cause-*.

Para quienes sostienen ese punto de vista, el postulado de las “naturales y probables consecuencias” es un principio complementario, entre otros, del “*but for test*”²⁰, que es, más o menos, la versión anglosajona de nuestra conocida “*teoría de la equivalencia de las condiciones*”; lo que implica que el resultado dañoso, a pesar de revestir la calidad de natural y probable “*ex ante*” del hecho delictivo, no puede ser analizado de manera independiente de la cadena causal de los acontecimientos.

El “*but for test*” hace referencia a un análisis “*ex post facto*”.

Michael S. Moore en su obra “*Causalidad, Facilitación, y el Exceso de la Participación Criminal*”; se refiere a dos modos diversos de enfocar la teoría de las “naturales y probables consecuencias” en los siguientes términos: “*..Existen dos rutas que uno puede tomar en búsqueda de establecer el sentido normativo de la intervención causal en la doctrina de la responsabilidad del*

19 PEOPLE V. NGUYEN, 21, CAL App., 4th 518, 26 Cal. Rptr. 2d. 323 (1993); fallo citado en el voto del Vocal de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Juez BREYER in re: “ALBERTO R. GONZALES, ATTORNEY GENERAL, PETITIONER V. LUIS ALEXANDER DUENAS-ALVAREZ -ON WRIT ON CERTIORARI TO THE UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT-”, January 17, 2007, N° 05-1629, 176 Fed.. Appx. 820.

20 La fórmula de este test lleva ínsito el requisito de la supresión mental de la acción a los fines de la producción del resultado “*but for the action the result would not have happened*”, para nosotros sería: “Si no hubiese sido por la acción el resultado no habría acontecido”.

partícipe. Una que busca asentar la doctrina legal en la causación de los hechos. Puesto que la principal política de la ley criminal es la de castigar solamente aquellos hechos que son moralmente reprochables y en proporción al grado de esta responsabilidad y porque el grado de responsabilidad moral se mide en parte por el grado de responsabilidad causal ...La segunda ruta para dotar de sentido normativo a esta doctrina legal, es completamente diferente. Esta vía admite el hecho que sólo puedan ser condenados los actores -en principio- cuando no se haya quebrado la cadena causal; de hecho, los cómplices pueden causar daño a través de la actividad de sus principales. Pero existen, sin embargo, razones de política criminal que justifican la intervención de la ley en tratar los casos de actores cuando se ha quebrado la cadena causal, del mismo modo que cuando esto no ha ocurrido en la realidad..”²¹.

Alan Norrie en su obra “*Crime, Reason and History*”, refiriéndose al criterio pronóstico de las “naturales y probables consecuencias” hace notar la ambigüedad del término “*natural*”, escollo que tiene no pocas connotaciones prácticas; el autor de mención expresa: “..De acuerdo a la vieja presunción el hombre entiende que en las naturales y probables consecuencias de sus actos, la palabra más importante es “*natural*”. El vocablo expresa la idea que en el curso ordinario de los acontecimientos ciertos actos llevan a determinadas consecuencias excepto aquellas inesperadas o sobrevenidas que han sido imposibles de prever. Del mismo modo uno puede decir que si una consecuencia es natural, deviene ocioso hablar de esta también como probable. Dado que “*natural*” significa certeza virtual.. “*probable*”, en la vieja frase “*consecuencias naturales y probables*” deviene verdaderamente redundante, debido a que la certeza virtual necesariamente incluye y subsume cualquier grado de probabilidad incluida en ésta ..De todos modos existe una ambigüedad

21 MICHAEL S. MOORE: “Causing, Abeting and the Superfluity of Accomplice Liability”, pág. 15; trabajo publicado en: [www. Law. Berkeley. Edu/.../MMoore_Causing, Aiding, andtheSuperfluityofAccompliceLiablilityGALA.pdf](http://www.Law.Berkeley.Edu/.../MMoore_Causing,_Aiding,_andtheSuperfluityofAccompliceLiablilityGALA.pdf).

*respecto de lo que el término 'natural' puede significar, además de una virtual certeza o seguridad -certainty-, puede referirse -también- a una ininterrumpida cadena que parte desde (un) evento inicial (Hancock and Shankland (1986) 644). Cuando la palabra es usada en este sentido, esta no puede, en modo absoluto, comprender un alto grado de probabilidad, exige solamente certeza. La conexión causal que existe entre dos eventos puede ser 'natural' en este último sentido (causal) y altamente improbable. Una conexión causal entre dos eventos puede ser, al mismo tiempo, "natural" en este último sentido y altamente imprevisible o no querida."*²².

Como vemos, según el esquema de Norrie, existen dos modos de interpretar "natural y probable consecuencias".

Si a la palabra "natural" se le da el sentido "virtual certeza", el término "probable" deviene redundante en la fórmula, debido a que es un concepto comprendido dentro del término natural y si, por otro lado, se entiende el vocablo en sentido de cadena causal inexorable, la palabra "probable" también podría resultar excluida por contraponerse lógicamente a "natural".

No participamos de esta interpretación, debido a que, adoptando el segundo punto de vista respecto del término "natural" -cadena causal- la conjunción copulativa "y" implica que debe ser también "probable" -dando a este segundo vocablo la acepción de representabilidad en la mente del "hombre medio".

Visto del modo que acabamos de referir no existe ninguna contradicción o conflicto alguno entre las dos expresiones de la vieja fórmula, sino que ambos se encuentran unidos por una relación de complementariedad lógica, que hace que ambas condiciones se tengan que dar para que la regla sea válidamente aplicable.

En base a lo que hemos expresado hasta ahora y, teniendo en cuenta los

²² NORRIE, ALAN: "Crime, Reason and History -A Critical Introduction to Criminal Law"; 2th Edition, Cambridge University Press, 2001, pág. 52, publicado en: http://books.google.com.ar/books?id=_Y9A_yy2ub8C&pg=PT77&lpg=PT77&dq=%22causal+chain%22..

elementos acumulados a lo largo de este trabajo, creo que ha llegado el momento de comprometer nuestra posición un poco más respecto del fallo que hasta aquí estamos intentando analizar y comentar.

A los fines de realizar la labor crítica no se debe perder de vista el enfoque del “**Derecho**” como un verdadero fenómeno humano y la idea originaria del fin de la pena que ha sido desde los albores del mismo, la función retributiva.

Esta función retributiva -esta consecuencia, prevista de antemano, que se deriva de la violación reprochable de un bien jurídico protegido por la norma represiva, íntimamente vinculada con el principio de causalidad- ha sido tratada de manera magistral por el eminente Hans Kelsen en su obra “¿Qué es justicia?”, en donde refiere que el principio de la causalidad tuvo su origen en los pueblos primitivos, a través del proceso de proyección en la naturaleza que estas comunidades originarias realizaron de las bases de su organización política, apoyados en el esquema mental de la retribución.

El célebre maestro desarrolla su pensamiento de la siguiente manera: *“..Esta idea de la causalidad recuerda, en otros aspectos, la concepción primitiva de la retribución. La causa atrae al efecto de la misma manera que el mal o, más exactamente, el hombre a través de un mal acto atrae consigo el castigo...La tesis según la cual sólo lo semejante puede afectar a lo semejante, y la causa debe ser igual a su efecto, forma bajo la cual esta idea seguía subsistiendo en la física decimonónica, toma su origen en el principio de la retribución . Aquí adquiere su sentido específico, a saber, que entre el castigo y el mal, entre la recompensa y el mérito, se da una especie de igualdad. Esta igualdad es sobre todo cualitativa, ya que lo malo engendra el mal, y lo bueno el bien...Pero la semejanza entre el mal y el castigo, entre el mérito y la recompensa, no es únicamente cualitativa, sino también cuantitativa, ya que, cuanto mayor sea el mal, mayor debe ser el castigo, y cuanto mayor el mérito, mayor la recompensa....En otro aspecto, la idea de semejanza contenida en la noción de arché se asemeja a la de equilibrio, que, en la medida en que puede*

*identificarse con la Justicia, cumple la función específica de retribución, que relaciona el mal con el castigo, y el mérito con la recompensa, como una balanza y establece un equilibrio entre ellos..”*²³

Independientemente del hecho que alguien pueda estar de acuerdo o no acerca de cuál es el origen de la noción de causalidad y cuál es la función esencial del derecho, no se puede soslayar el hecho de que la “retribución” es uno de los pilares esenciales de todo ordenamiento jurídico existente.

El sistema “bipartito”, por así decirlo, de la acción delictiva considerado en el Common Law como la unidad integral e indisoluble constituida por el “*actus reus*” -aspecto objetivo- y la “*mens rea*” -aspecto subjetivo, está ligado en modo directo a la idea de retribución por el hecho injusto reprochable, tal es así que este primer elemento unido al segundo significan, nada menos, que la base del sistema de responsabilidad penal directamente proporcional al daño causado y a la intención, conocimiento o culpa del agente.

Este razonamiento abonaría la tesis de aquellos que sostienen que, etimológicamente, la fórmula “*guilty*”, que es la que se utiliza para establecer la responsabilidad penal por un hecho delictivo, usada sacramentalmente en el esquema jurídico anglosajón, es un derivado del vocablo perteneciente al sistema lingüístico proto-germánico “*gieldan*”, en el cual significa “*pagar por una deuda*” o, también *restaurar*²⁴.

Dijimos previamente que esta “deuda” es una unidad que no implica sólo el aspecto objetivo, sino que también comprende el subjetivo o mens rea, esto se debe al íntimo e **indisoluble lazo que existe entre los cuatro elementos que componen lo que he dado en llamar el “cuadro” jurídico-metodológico-valorativo occidental, que son, a saber: a) pensamiento-volición, b) causalidad c) reprochabilidad y d) retribución**, que implican cuatro aspectos diferentes, pero inseparables, del abordaje del delito como acción humana

23 KELSEN, HANS: “¿ Qué es justicia?”, traducción realizada por Walter Calsamiglia, Editorial Planeta- De Agostini S.A., Barcelona, 1993, págs. 198-199.-

24 “To pay for a debt”, restore. Puede ser perfectamente interpretado como restablecer el equilibrio roto por el hecho injusto.

pertenciente a la realidad fenoménica de nuestros pueblos.

Desde el punto de vista del análisis lógico de la actividad del hombre, el inmortal Georg Henrik Von Wright, fundador de la “lógica deóntica”, cuando le toca referirse a los elementos subjetivo y causal de las acciones humanas, sentencia con su lacónica y sesuda gravedad: “*..La distinción entre razón y causa no es clara ni en el lenguaje ni en el nivel de los conceptos..*”²⁵.

Al respecto, al referirse a este mismo tema, el no menos ilustre ni perenne maestro de abogados Rudolph Von Ihering, en su brillante estilo, nos explica lo siguiente: “*..El trabajo interno del acto concluye con la resolución, la voluntad ya no delibera más, la irresolución ha desaparecido, y al estado aquel sigue la ejecución de la decisión tomada, el hecho. Por el hecho la voluntad penetra los dominios del mundo exterior y se coloca bajo el imperio de las leyes. La ley de finalidad queda desde entonces substituida por la ley de causalidad. La voluntad no puede abolir esta ley y necesita su concurso para realizarse..En una palabra, todo acto exige el concurso de las leyes de la naturaleza. También la condición del éxito de toda acción, estriba en el conocimiento y aplicación exacta de dichas leyes (natura non imperatur nisi parendo)*”²⁶.

Con este desarrollo teórico, lo que pretendemos probar, volviendo al caso concreto, es que las observaciones llevadas a cabo por el juez **Cavanagh** respecto a que “*..las naturales y probables consecuencias de esta paliza y la intención del acusado y sus acciones no causaron, en sentido criminal, esta muerte..*”, agregando a sus dichos que el voto mayoritario había pasado por alto

25 VON WRIGHT, GEORG HENRIK: “Sobre la libertad humana”, traducción Antonio Canales Serrano, ediciones Paidós Ibérica S.A., I.C.E. De la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002, pág. 76.-

26 VON IHERING, RUDOLF: “El Fin en el Derecho”, Editorial Atalaya, Bs. As., 1946, pág. 17. Personalmente estimo que se habrían evitado o atenuado, a lo largo de la historia del Derecho Penal, muchas discusiones y enfrentamientos en el campo teórico, si se hubiese reparado prudentemente en el concepto dialéctico de unidad de finalidad y acción postulado por los grandes maestros a lo largo de la historia, sin pretender “modernizar” el pensamiento jurídico, haciendo caso omiso del enfoque interdisciplinario, desoyendo las voces de las mentes más brillantes de todos los tiempos que nos precedieron -evidentemente, sin descuidar la realidad que nos toca vivir-; postulando, de esa manera un pensar jurídico “moderno”, encasillado en compartimentos estancos, hiper-dogmático y carente de profundidad. Una estructura lógica y rígida, con vanas ínfulas de autosuficiencia, que funciona a veces como un verdadero lecho de procusto, que en vez de “acompañar” e “influir” el devenir histórico desde su función de mecanismo de control social; a veces opta por “confrontarlo” e “impugnarlo”, desde sus afirmaciones presentadas como “sacras” e “incuestionables”.

la reconstrucción de los hechos llevada a cabo por la corte en lo criminal; juntamente con los señalamientos efectuados por el Juez **Kelly**, en cuanto a que *“un acusado no puede ser condenado como responsable de homicidio en segundo grado según la teoría de la ayuda y la incitación si dicho acusado no tuvo la intención de llevar a cabo el acto que terminó causando la muerte”* y la crítica esbozada por **Wilkins** cuando expresa: *“..Esta decisión determina como cómplice a quién tiene la voluntad de participar en grupo de una conducta criminal, aun hasta el límite del capricho o antojo de sus consortes delictivo...El hecho del por qué las naturales y probables consecuencias se produjeron en la realidad del caso concreto resulta irrelevante (continuar golpeando o disparo de arma de fuego)..”*; **no son observaciones caprichosas, infundadas o fuera del esquema de la teoría de “las naturales y probables consecuencias”**, sino que responden a una visión integral y sistemática que se realiza del mismo y que es, sostenemos, la fórmula hermenéutica correcta.

Este planteo integral y sistemático enmarca a este criterio “pronóstico”, como ya lo dijéramos y posición a la que adherimos con toda nuestra convicción, dentro del universo jurídico en su totalidad en el cual: **a)** no se puede hacer uso de la pena, sin la idea adecuada de retribución, **b)** no se puede apelar válidamente a la noción de retribución soslayando el soporte lógico de la proporcionalidad y, **c)** no existe proporcionalidad si no reina el adecuado equilibrio entre “actus reus”, “mens rea”, analizados como elementos constitutivos del concepto de acción, reprochabilidad y la consecuencia de la pena establecida por la ley.

He aquí, estimo, la piedra angular del “**Derecho**” como fenómeno humano, que debe ser la guía de toda legítima construcción teórica e interpretación de la misma, a la luz del principio de la razón.

Que, si bien puede ser discutible -porque esto responde a cuestiones de política criminal- si, en el proceso de determinación y de atribución de la responsabilidad penal, se utilizará un criterio de análisis “ex post facto”, que

tiene como máximo exponente al “but for test” o, en su lugar, uno “pronóstico” o “ex ante” como “la teoría de las consecuencias naturales y probables”, en los que el modelo estadístico del “hombre razonable” tiene carta de ciudadanía indiscutida como parámetro principal de clasificación del aspecto subjetivo del encartado; **aquello de lo que jamás podrá prescindirse** en un análisis jurídico válidamente derivado, es del elemento causalidad.

Sin causalidad, como venimos diciendo, no existe resultado en el mundo de los hechos y sin resultado no existen ni reprochabilidad ni retribución; como así tampoco, el aspecto subjetivo del acusado no puede quedar subordinado a un criterio meramente estadístico, aplicado de modo irrazonable, prescindiendo completamente del desarrollo histórico de los hechos.

Respecto del caso “Robinson”, desde el punto de vista del aspecto subjetivo, analizado por separado, hemos visto que la teoría usada por la Suprema Corte de Michigan se vale del modelo abstracto y estadístico conocido como “hombre razonable” que establece que las consecuencias naturales y probables son todas aquellas que este “hombre razonable” podría haberse representado antes de emprender su accionar delictivo.

Que, continúa el desarrollo del voto mayoritario afirmándose que dentro de las consecuencias naturales y probables del asalto agravado con intención de producir daño corporal se encuentra la “*posibilidad*” de terminar dando muerte a la víctima y que, por lo tanto, este resultado es también atribuible a Robinson.

Conviene recordar que el modelo a utilizar por la teoría de las naturales y probables consecuencias es el de “hombre razonable”, no el de “hombre omnisciente” o el de “*hombre hiper-previsor*”- esto último sería absurdo y por ende ilegítimo-.

El “hombre hiper-previsor”, probablemente se habría tomado bastante tiempo para calcular todas las consecuencias -no sólo **probables**, sino también **posibles**- de sus actos y entre sus eventuales acciones previas se habría encontrado, quizás -como decimos aquí en argentina- el “palpado de armas” o

“cacheo” que este habría realizado a su cómplice -Pannell-, para saber si éste llevaba entre sus pertenencias algún arma oculta, antes de dirigirse a la casa de Thomas a darle la paliza.

Este hombre “hiper-previsor”, seguramente habría analizado, a su vez, el terreno de manera tal de no encontrar, por ejemplo, ningún aparato de aire acondicionado adosado a algún edificio, que hubiese podido, por ejemplo, caer fortuitamente sobre la cabeza del infortunado Thomas, causándole graves heridas y aun la muerte y, de seguro, habría sido capaz de desarrollar otro tipo de conductas hiper previsoras que ni me atrevo en este momento a imaginar siquiera, previo a entregarse al curso de la acción delictiva. Todas estas son consecuencias “posibles” que no escaparían al análisis del hombre “hiper-previsor”.

El conocimiento acerca de si Pannell tenía un arma oculta en el momento del hecho o no, estimo que es un elemento determinante para establecer el curso de acción que habría tomado Robinson a los efectos de evitar, en caso de así quererlo, la posibilidad de que éste fuera más allá de lo convenido y causara la muerte de la víctima.

No se puede hablar válidamente, estimo, de “intención” o “mens rea”, si el sujeto no tiene conocimiento, en el momento previo del hecho, de los medios con que cuenta para arribar al resultado “deseado” o “previsto” y de cómo habrán de ser usados estos medios y en qué intensidad; como así también, en el momento mismo del hecho, qué medios se están usando y en qué intensidad -se está usando arma de fuego, por ejemplo, o golpes de puño en contra del agredido; se le está dando de bofetadas en la cara o de puntapiés en la cabeza cuando ya se encuentra la víctima aparentemente en estado de inconsciencia-. Sin estos elementos, considero que no se puede hablar de previsión o intención válidamente en un esquema jurídico.

Posiblemente, en fundamento de mis afirmaciones, si Robinson hubiese sabido que Pannell se encontraba armado habría tomado un curso de acción

completamente distinto del que tomó, por ejemplo, podría no haber, directamente, acompañado a Pannell, o podría no haber dejado a su consorte de causa solo y enfurecido con Thomas -como dice el voto mayoritario-, sino que habría tratado de retirar a su “socio”, una vez cumplido el fin criminoso convenido de la golpiza, junto con él de la escena del delito; en vez de retirarse al vehículo, sabiendo que su compañero tenía un arma en su poder y que, enfurecido como estaba, podía llegar a usarla.

No existen, de acuerdo a los votos disidentes, constancias en la causa que Robinson hubiese visto el revólver o que Pannell le hubiese dicho a éste que contaba con un arma; entonces, la única forma en que el primero podría haber dado con dicho hallazgo habría sido la de practicar el “cacheo” previo sobre su cómplice, actitud que es más propia, según nos parece, del “hombre hiper-previsor” que del “hombre razonable”, que es la base del elemento subjetivo de este modelo.

Cambiando de ángulo y enfocándonos ahora nuevamente desde el punto de vista de la causa, dijimos arriba que la adecuada interpretación de la fórmula “naturales y probables” implicaba, a diferencia de lo que señalaba Norrie, una relación de complementariedad entre aspecto subjetivo y causalidad; que es una conclusión que permite la coexistencia y funcionalidad de ambos términos en el esquema jurídico.

Aplicando esta hermenéutica y en concordancia con lo que referimos arriba, la muerte de Thomas a consecuencia de la paliza era un resultado considerado “probable” o “representable” inicialmente en la mente de Robinson, pero la muerte del primero a causa de un disparo de Pannell es una consecuencia sólo “posible” de la secuencia de los hechos acordados que no necesariamente es “representable” en la conciencia inicial del cómplice delictivo -atento el desconocimiento de la presencia del arma de fuego-.

Esta consecuencia, tampoco es “natural”, debido a que se produjo, no por los golpes propinados, sino que, como ya sabemos, por el disparo efectuado

por Pannell -broken chain of causation-; por lo que, insistimos, en que la teoría ha sido aplicada indebidamente por la Corte en el caso concreto.

Esto refuerza aun más la tesis de que las “consecuencias naturales y probables” es un engranaje destinado a operar en una estructura mayor y más compleja que es el ordenamiento jurídico y que, por ende, no es derogatoria ni excluye los principios lógicos de hermenéutica y de apreciación de la responsabilidad incluidos en este sistema superior.

Desde este otro aspecto, podemos decir que si, por ejemplo, Robinson se hubiese retirado como lo hizo y Pannell hubiese seguido golpeando a su víctima hasta la muerte, podría haberse aplicado válidamente la “*teoría de las consecuencias naturales y probables*” y condenado al primero como autor de homicidio en segundo grado; atento a que “el hombre razonable” podría haber previsto que si Pannell continuaba golpeando a Thomas, se podría haber llegado a producir el desenlace mortal, a causa del grave daño corporal infligido por la paliza, consecuencia que sí resulta representable en la mente de este “modelo estadístico” y, por ende, “querida” o “aceptada”.

A este tipo de conclusiones inadecuadas que arribó la Corte de Michigan en este caso se puede llegar, como referimos, cuando se utilizan los modelos teóricos como dogmas, se los interpreta y aplica en modo separado del conjunto, como si éstos no formaran parte de una estructura superior, se desprecia el curso de los hechos y, a fin de cuentas, se concluye por tratar de adaptar la “realidad” al “modelo teórico”, en vez de proceder a la inversa, esto es adaptar el “modelo” a la “realidad” que es lo metodológicamente correcto.

De este modo se desconoce el “cuadro” básico, constituido por pensamiento-volición, causa, reprochabilidad y retribución, al cual hemos venido haciendo referencia a lo largo de este escrito.

De lo que venimos diciendo y ahora analizando el fallo a la luz de los elementos reprochabilidad y retributivo que constituyen fundamentos de legitimidad de cualquier esquema jurídico de una nación que, en la actualidad,

pretenda llamarse civilizada; decimos no se debe jamás, en el momento de atribuir la responsabilidad penal, prescindir de las constancias probatorias de la causa y aplicar una regla abstracta y estadística, ignorando en modo grosero y arbitrario la rotura de la cadena de causalidad a través del “novus actus” o “intervening cause”, sobre todo, cuando está acreditado que fueron las consecuencias de ese “novus actus”, imprevisible para el “hombre razonable” y no el resultado de la acción común del imputado, lo que terminó ocasionando la muerte de la víctima. Este es el acto dispositivo al que alude, con toda claridad, Sean Wilkins.

Si este método incorrecto de aplicación de la ley llegara a darse, como ocurrió en este fallo, se estaría privando al Derecho de la idea de “retribución proporcionada”, y lo que es aun más grave, del principio signficante de la justicia, transformando al ordenamiento jurídico en un mero instrumento de dominación, más que herramienta de control social. Por esto decimos que, cuando al Derecho se lo priva del fundamento insustituible de la justicia, el mismo deviene psicótico.

Para sumar otro argumento de peso a esta posición que venimos sosteniendo, me hago eco, a su vez, de las afirmaciones de los juristas italianos Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, quienes refieren que el principio de retribución se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con el fin de “readaptación social de la pena”. Al respecto dicen: *“La misma función reeducativa de la pena..postula que el hecho atribuido sea psíquicamente reportable, al menos en la forma de la culpa, al sujeto a reeducar: de otra forma (es decir en ausencia de un ligamen psíquico), ningún reproche podría ser dirigido al agente y, por lo tanto, no tendría ningún sentido infligir una pena reeducativa por un hecho que no puede constituir objeto de desaprobación.”*²⁷

Dejando ya de lado el caso “Robinson” y pensando ahora en la posibilidad de “importación” y aplicación de los criterios pronósticos en un

27 FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo: “Diritto Penale, Parte Generale”; III edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2002, P. 578.-

sistema “continental”, adhiero en parte, a los fundamentos esgrimidos por la Corte de Casación Italiana en el “caso Mannino”²⁸, a los fines de excluir su aplicación en el análisis de los hechos, en cuanto a que “*amplían de modo indebido el umbral de la punibilidad*”.

Considero, más bien, que esta “ampliación indebida” no es una consecuencia necesaria de la aplicación de estos criterios; pero que, como estamos viendo en este caso, si en los pueblos cuyas tradiciones y contextos los avalan, que, por ende, se encuentran más aptos para interpretarlos y “usarlos” convenientemente, porque son producto de su devenir cultural, los criterios “pronósticos” presentan este tipo de problemas; no me atrevo siquiera a suponer las nocivas consecuencias a las que se podría arribar de la mala adaptación o inconveniente utilización de los mismos en un contexto “continental” distinto, como resulta ser el argentino, siendo que no responden, al menos por el momento, ni a su ideario jurídico actual, ni al devenir histórico de sus tradiciones, eminentemente romanistas y “subjetivistas”.

Insisto en el hecho que no es una mera conjetura el pensar que en momentos de “revolución científica” de la dogmática penal argentina, se intente, por parte de algunos juristas, “importar” este tipo de “criterios pronósticos” a nuestro esquema penal de neto corte “continental”.

Este tipo de “importaciones”, como dijimos, ya se trató llevar a cabo en Italia -sistema también de neto corte latino, romanista y continental- en su momento, iniciativa que ha sido detenida, afortunadamente, por la Corte de Casación de dicho país, al menos hasta el presente.

Lo antedicho nos abre la puerta finalmente para pasar a la tercera parte de este trabajo, esto es al análisis del Derecho Penal Argentino en lo referente al exceso en la participación criminal o también llamado en la doctrina “exceso del autor”.

28 PERETTI AVILA, Diego A. : Op. Cit.

III. EXCESO DE LA PARTICIPACION CRIMINAL O “EXCESO DEL AUTOR” EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO:

En el Código Penal de nuestro país, a diferencia de la legislación aplicable al caso que comentamos, existe un artículo que fija, teniendo en cuenta los dos elementos esenciales de la exigencia retributiva, los límites a la responsabilidad del partícipe criminal.

A. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

En relación con el análisis histórico y tomando como punto de partida los antecedentes del Derecho Penal Argentino a partir de la sanción de la Constitución Nacional (1853) y la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina (1859) -luego del Pacto de San José de Flores-, decimos que este principio ha sido reconocido de manera prácticamente unánime en los diversos proyectos de código penal anteriores que son los antecedentes de nuestra ley vigente.

Estamos en condiciones de afirmar que desde los albores del derecho patrio ha sido reconocido el axioma según el cual el partícipe no responde, en principio, por el exceso del autor, esto es más allá de las consecuencias del hecho respecto del cual éste hubiere querido cooperar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Comenzaremos por desarrollar la secuencia histórica a partir del “Proyecto Tejedor”, por ser la primera manifiesta intención de codificación penal en la República Argentina.

Como dijimos, en el caso del “**Proyecto Tejedor**”²⁹, uno de los

²⁹ Proyecto Tejedor (1866-1868): Elaborado por el Dr. Carlos Tejedor, catedrático de la Universidad de Bs. As., a encargo del Poder Ejecutivo Nacional, de fuerte inspiración germánica, notablemente influenciado por el ideario de Von Feuerbach -autor del código de Baviera de 1813-. El proyecto Tejedor, si bien no llegó a cristalizarse como Código Penal Nacional, en su momento, fue adoptado por ocho provincias argentinas,

antecedentes más importante de nuestra legislación penal, se podía leer en su artículo 9, perteneciente a la Parte Primera -“Disposiciones Generales”-, Título 5º -“De los Cómplices”-, lo siguiente: “Si el acusado de complicidad pretende no haber querido cooperar sino á un *crimen menos grave que el cometido por el autor principal, no le será admitido este medio de defensa, á menos que pruebe haber sólo prometido un concurso al autor principal para un crimen de una gravedad inferior á la del cometido, en cuyo caso la pena deberá ser aplicada solamente al cómplice en razón del crimen a que tenía intención de prestar ayuda*”³⁰.

Como vemos, se encontraba contemplada la posibilidad del exceso del autor, pero correspondía al cómplice la carga de la prueba de su intención de haber querido participar en un crimen menor.

El **Proyecto de 1881** -que corriendo la misma suerte que su predecesor, tampoco fue sancionado como Código Penal- de los Dres. Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, en su Título Cuarto - “Cómplices”-; de la Sección Primera - “Delitos y personas responsables”-; del Libro Primero - “Disposiciones Generales”- es el único caso que no contempló en modo expreso el exceso del autor en la participación criminal.

No ocurre lo mismo con el **Código Penal de 1886** que, al igual que el “Proyecto Tejedor”, en su artículo 38 disponía: “*Si el acusado de complicidad prueba no haber querido cooperar sino á un crimen menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del crimen á que tenía intención de prestar ayuda*”³¹ -como vemos, seguía pesando sobre el partícipe la carga probatoria acerca de la intención de participar en un delito menor-.

El proyecto de **Código Penal de 1891**, de los Dres. Norberto Piñero; Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo, ya asemejándose más a la redacción

entre ellas Bs. As. Y resultó ser la base del Código Penal Argentino sancionado en el año 1886.

30 Cita extraída de FIERRO, GUILLERMO J.: “Teoría de la Participación Criminal”, Ediar, Bs. As., 1964, pág. 401.-

31 FIERRO, GUILLERMO J.: Op. Cit., pág. 418.-

actual, en su artículo 74 disponía: *“Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda.”*³².

La **Ley 4189** -Modificatoria del Código Penal-, promulgada el 22/08/1903, en su artículo 4, apartado “b”, consagraba: *“ Si de las circunstancias particulares de la causa resulta que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor principal, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho a que tuvo intención de prestar ayuda. Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinara conforme a los preceptos de este artículo y de la tentativa ”*³³.

En el **Proyecto de Código Penal de 1904**, se puede leer, en su artículo 52 una redacción casi idéntica a la correspondiente a la Ley 4189, solamente cambia al final cuando sustituye la frase “..y de la tentativa”, por la de “ y a los del título de la tentativa”³⁴, pero su sentido es el mismo.

El **Código Penal de 1922 -Ley 11.719-** en su artículo 47, reproduce de forma completa y textual el contenido del artículo 52 del Proyecto de 1904.

El **Proyecto de los Dres. Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gomez** de 1936, impregnado ideológicamente por la filosofía positivista reinante en ese momento en el país, cambió la redacción y en su artículo 79, expresaba: *“La sanción para el partícipe que no hubiere querido concurrir sino a un delito menor que el que se cometió, será la que corresponda al delito en que quiso participar..La sanción para el partícipe que quiso concurrir a un delito mayor que el que se cometió, será la que corresponda a este delito, pudiendo aumentarse hasta una tercera parte del máximum de duración establecida para*

32 FIERRO, GUILLERMO J.: Op. Cit., pág. 423.-

33 FIERRO, GUILLERMO J. : Ibidem, págs. 425-426.

34 FIERRO, GUILLERMO J. Ibidem; pág. 428.-

*ella, sin que con el aumento, pueda exceder de veinticinco años*³⁵.

El **Proyecto de Código Penal elaborado por el Dr. José Peco**, en 1941, exigía, a diferencia de los anteriores, un elemento integrante de imprevisibilidad del resultado, que no disponían sus predecesores; es por esto, que en su artículo 22 se puede leer: *“Si el partícipe quiso concurrir a un delito distinto, de menor gravedad que el cometido, se le aplicará la sanción según el designio, siempre que no hubiere podido prever el resultado.”*³⁶.

El **Proyecto de 1951**, en su artículo 45 rezaba: *“Sólo se responderá por el hecho en que se hubiere querido participar y no por el delito más grave, consumado o tentado, que resultare de la conducta de otro de los partícipes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12”*³⁷.

El **Anteproyecto de 1960**, elaborado por el ilustre Dr. Sebastián Soler, en su artículo 30 expresaba: *“ Si un partícipe no quiso contribuir sino a un hecho menos grave que el cometido, la pena será aplicada solamente en razón del hecho al que entendía contribuir.”*³⁸.

Como podemos ver, de acuerdo a los antecedentes históricos citados, en el Derecho Penal Argentino, a excepción del Proyecto de 1881, siempre se contempló el exceso del autor en la participación criminal.

Esto se hizo en marcos un poco más “restrictivos”, por así decirlo como fueron el “Proyecto Tejedor” o el “Código Penal de 1886” en los que se hacía pesar sobre el partícipe la carga probatoria de haber tenido intención de concurrir en la producción de un delito menor o, así también, en el caso del “Proyecto Peco” que agregaba, además un parámetro de previsibilidad³⁹.

Lo que no se puede cuestionar es que, como dijimos, en nuestro sistema jurídico, el cómplice, en casi todos los casos, sólo responde en función del

35 FIERRO, GUILLERMO J. Ibidem; pág. 437.

36 FIERRO, GUILLERMO J. Ibidem; pág. 440.-

37 FIERRO, GUILLERMO J. Ibidem; pág.444.-

38 FIERRO, GUILLERMO J. Ibidem; pág. 448.-

39 Parámetro que en cierto modo remite a modelos ideales como el que venimos analizando como el “hombre razonable” y que nos lleva, estimo en modo necesario, en el momento de analizar la responsabilidad a remitirnos a un criterio “ex ante” o “pronóstico”.

hecho criminoso en el que entendía participar, es decir, en la medida de su representación.

En la actualidad, el **Código Penal vigente**, en su artículo 47, primer párrafo, consagra la siguiente fórmula: *“Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena sera aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.”*.

B. ANALISIS DOCTRINARIO:

Desde el punto de vista del análisis doctrinario de la figura del exceso del autor coincidimos con el Dr. Jorge De La Rúa, quién refiere: *“..La norma en estudio tensiona indiscutiblemente los desarrollos generales de la culpabilidad en la participación , aunque la doctrina se ocupe de ello prevalecientemente en relación al art. 48..”*⁴⁰, como así también compartimos su punto de vista en cuanto a los sujetos que son alcanzados por la normativa comentada, posición que el autor desarrolla con la claridad meridiana a la que nos tiene acostumbrados de la siguiente forma: *“..La regla aparenta limitarse a los “cooperadores”, pero se extiende a todo caso de participación siempre que se trate de partícipes que no sean autores principales o consumidores, es decir que puede ocurrir en la complicidad, instigación y coautoría, en tanto puede haber dominio mental sobre el hecho distinto al del autor principal..”*⁴¹.

Por su parte, y en asonancia con las transcriptas opiniones del Dr. De la Rúa, el eximio maestro cordobés, Dr. Ricardo Nuñez, entiende, respecto del artículo 47 del C.P. que -según la postura que defiende el autor- la complicidad es accesoria por regla y que esta norma fija una limitación subjetiva a la hipótesis participativa.

40 DE LA RUA, Jorge: “ Código Penal Argentino” -Parte General-, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1997, pág. 884.

41 DE LA RUA, Jorge: Op. Cit., pág. 844.-

Expresa con toda sencillez el gran jurista “*..Aunque la regla limitativa sólo se refiere a la complicidad por cooperación, también rige respecto de la complicidad por auxilio y por ayuda prometida, porque, salvo los casos de responsabilidad por resultados preterintencionales u objetivos, nadie responde más allá de su culpabilidad. Además, tratándose de una regla favorable al reo, nada impide su extensión.*”⁴².

El Dr. Ricardo Nuñez incluye, cuando se expide acerca de las limitaciones subjetivas a la participación, -al igual que su colega, el inagotable Sebastián Soler⁴³- las hipótesis del dolo indirecto y eventual⁴⁴, respectivamente, en el universo regido por la norma que comentamos, al respecto nos dice: “*..La regla es que el que no comete el hecho (tentado o consumado), sea coautor, instigador o cómplice, participa en el hecho del autor material en la medida en que lo quiso (art. 47). Pero la medida de lo que el partícipe quiso no está dada sólo por su dolo directo o indirecto, sino, también, por su dolo eventual, vale decir, por lo que eventualmente quiso al utilizar a sabiendas medios o proponerse fines peligrosos o susceptibles de implicar la alteración de las modalidades del hecho o de producir la alteración de su gravedad. Al supeditar la ley ese querer a lo que resultare “de las circunstancias particulares de la causa” (art. 47), no ha querido poner a cargo del interesado la prueba de la limitación de su participación, sino que, precisamente, ha preceptuado la regla correcta de que la existencia de todos los extremos de la criminalidad debe surgir de la “causa”, en virtud de pruebas aportadas a ella de oficio o por las partes.*”⁴⁵.

Algunos autores han utilizado la hipótesis del artículo 47 del C.P. para reafirmar la naturaleza exclusivamente dolosa de la participación criminal,

42 NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, editora Marcos Lerner, 3ª edición -4ª reimpresión-, 1987, Cba., pág. 301. En este punto, se impone resaltar el notable parecido existente entre las opiniones del maestro cordobés y las de Larry. M. Lawrence, citadas más arriba; a pesar que se refieren a sistemas jurídicos que se nutren, en principio, de fuentes diversas.-

43 SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, ed. TEA, Bs. As., 1963, T. II, par. 57, IX.

44 En igual sentido ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” -Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, Tomo IV, pág. 370.-

45 NUÑEZ, Ricardo C. : “Derecho Penal Argentino” -Parte General-, ed. Bibliog. Omega, Bs. As., 2ª edición, 1965, T. II., págs. 304-305.-

alegándose desde la opinión de algunos altos exponentes de la doctrina nacional, que no existe participación criminal si no se encuentra la finalidad y que esta norma es una prueba de la intención del Legislador.

El gran Eugenio Zaffaroni, al comentar la figura del exceso del “socius criminis” refiere: “..*Resulta claro que cuando el autor actúa excediendo lo querido por él, es decir, en la medida de su dolo, tal como lo proclama expresamente para el cómplice el art. 47, lo que no hay razón para negar en el caso del instigador. La regla del art. 47 está reducida al cómplice porque es una supervivencia del art. 80 del código de Baviera, que fue el art. 56 del código Tejedor y 38 del código de 1886, no mencionándose la instigación, porque en todos esos textos se la consideraba una forma de autoría. De cualquier modo es obvio que en aquellos códigos cada autor respondía según su dolo, lo que se extendía con esta regla al cómplice, es decir, a todos los que intervengan en el delito. La aplicación extensiva del art. 47 al instigador no hace otra cosa que consagrar el mismo principio.*”⁴⁶.

El Dr. Jorge De La Rúa, al respecto nos dice: “..*El art. 47 debe ser interpretado en el ámbito de la participación, como presupuesto subjetivo de ella en orden a una acción colectiva. Dicho en otros términos, no hay participación sino en la medida en que se conoce el carácter común del hecho, lo que no significa dolo...En suma, para responder como partícipe el sujeto debe saber que aporta a un hecho común, y responde, como partícipe, en la medida del aporte que entendió prestar. No es una recepción de la acción final, pues se trata de modalidades de responsabilidad: o responde como partícipe, o responderá individualmente en su caso.*”⁴⁷.

Personalmente estimo, siempre respetando la opinión de prestigiosos autores en contrario, que el artículo 47 es otro obstáculo para la aplicación del a todas luces inconstitucional principio de raigambre medieval “versari in re illicita” en asuntos de participación criminal y que la participación, así como se

46 ZAFFARONI, Eugenio: Op. Cit., pág. 370.-

47 DE LA RUA, Jorge: Op. Cit., págs. 845 y 846.-

encuentra contemplada en nuestro derecho requiere al menos del dolo eventual como exigencia subjetiva para su configuración; sin embargo adhiero a las consideraciones del Dr. De La Rúa en cuanto a que esta incorporación sólo y por sí misma no implica necesariamente la recepción por parte del Código Penal Argentino de la teoría de la acción final.

Los motivos que sostienen esta adhesión se fundan en el hecho que, aunque coincido con la tesis que postula que en el sistema jurídico argentino no existe la participación culposa en delitos dolosos, como así tampoco la participación en delitos culposos; a tal punto que en otro trabajo he llegado a exponer un entinema, a través del cual, tomando como punto de partida de los principios de: a) numerus clausus; b) relación jerárquica entre autoría y participación desde el punto de vista del hecho; c) alcance de la ley represiva -legitimidad de la retribución- y d) utilización del principio “a fortiori razione” en sentido negativo; deviene lógica la conclusión -para agregar un argumento más a la discusión- que la “participación culposa” no existe en nuestro Derecho ante la ausencia de una norma positiva expresa que así lo disponga -como sí ocurre en el esquema penal italiano, objeto de ese trabajo-⁴⁸.

Asimismo, y se deriva de lo que venimos afirmando, no comparto en lo absoluto la afirmación de parte de la doctrina que propugna que la participación dolosa sea la única hipótesis plausible de legitimidad en cualquier ordenamiento jurídico.

Otro tema interesante de abordar que tiene total relación con la figura del exceso del autor es el tema de la “teoría de la accesoriedad” y los límites subjetivos de la participación, que, como referimos, se encuentran fuertemente emparentados entre sí.

Al respecto, el Dr. Edgardo Donna, al analizar este fenómeno, señala: *“..de la accesoriedad de la participación se sigue que la responsabilidad penal del inductor no puede llegar tan lejos como alcance la acción típica del autor*

48 PERETTI AVILA, Diego Alejandro: La Participación Criminal en el Derecho Italiano”, 2010, publicado en <http://www.scribd.com/doc/43798128/LA-Participacion-Criminal-En-el-Derecho-Italiano>, págs. 33/35.

principal. Por ende, la responsabilidad del inductor está limitada a un máximo vinculatorio.. nuevamente rige el principio por el cual al autor, o el inductor en este caso, sólo se lo puede hacer responsable por su propio dolo..”⁴⁹.

Como bien dijimos arriba, cuando hacíamos referencia a los conceptos de Von Ihering, compartimos la posición del ilustre Doctor alemán en cuanto a la unión indisoluble, en el plano ontológico y conceptual de “intención” y “causa”, que se da en el universo de los hechos humanos “***natura non imperatur nisi parendo***”.

Estimamos que es en debido al “cuadro metodológico-valorativo” al que hicimos referencia arriba y no al principio de accesoriedad, que podría considerarse un derivado de éste, que se sostiene, no sólo el art. 47 de nuestro Código Penal, sino que lo hace toda la teoría general “del exceso del autor” de los diversos países que incluyen a ésta en sus respectivos ordenamientos.

Del modo que ya expresamos antes, este principio de unión indisoluble de “pensamiento-volición” y “acción” que es una suerte de “contra-cara” del de la “retribución-reprochabilidad”, en el caso de las normas penales y sancionatorias, nos enseña que cuando no existe comunidad de “pensamiento-intención” y/o el elemento causal se ve alterado o interrumpido, a través de una acción autónoma del o de los restantes participantes en la producción del resultado típico, el elemento “retribución-reprochabilidad” deviene modificado y es por esto que no alcanzan los efectos sancionatorios de la norma penal al partícipe que fue “seccionado” del universo esencial de la acción originaria, sino en la medida de su “subjetividad”⁵⁰, no a causa de la accesoriedad -o no- de su conducta respecto de la del autor.

El error más común de considerar la única forma de participación a aquella que se lleva a cabo a través del dolo -directo, indirecto o eventual-

49 DONNA, Edgardo Alberto: “La Autoría y la Participación Criminal”, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1998, pág. 85. Esta postura no sólo es sostenida por Donna sino que es defendida por la doctrina mayoritaria de nuestro país.

50 Que, en caso de participación en el Derecho Argentino se identifica con el dolo, pero que podría tratarse perfectamente de la culpa, si así fuese previsto expresamente.

surge , en la mayoría de los casos, de la base de considerar como principio de razón indiscutible a la teoría de la accesoriedad del concurso criminal.

La teoría de la accesoriedad, si bien me considero partidario de la misma, ha sido discutida con argumentos muy válidos y hasta descartada por la opinión que prevalece en la doctrina y jurisprudencia de otros países, como por ejemplo Italia, en donde, en la actualidad, se acoge mayoritariamente la tesis de la “plurisubjetividad eventual” en los casos de participación delictiva -fattispecie plurisoggetiva eventuale-⁵¹.

Dijimos anteriormente que el partícipe en los casos que contempla el art. 47 se ve “seccionado”, “cortado”, “apartado” de la parte esencial de la acción que sólo pertenece al autor de la misma, por un exceso de este último.

El exceso al que referimos en el párrafo anterior según Donna, opinión compartida por casi toda la doctrina, puede ser “cuantitativo” o “cualitativo”.

Respecto del **exceso cuantitativo** nos explica que: “..*el inductor no responde por la parte trascendente o el plus, realizada por el autor principal. Quien induce a otro a lesionar a alguien responde sólo por ello, incluso cuando el autor principal da muerte a la víctima, es que la muerte no estaba incluida en el dolo del inductor. El problema estará dado por los delitos cualificados por el resultado, pero en este punto tampoco la respuesta debe ofrecer dudas..*”⁵².

En relación con el **exceso cualitativo**, el célebre jurista señala: “..*Si el inducido comete una acción sustancialmente diferente de la prevista por el inductor, éste no debe responder por ello. Cuando A induce a B a violar a C, pero B se inclina por el hurto pues le resulta más lucrativo, está claro que el hecho efectivamente llevado a cabo nada tiene que ver con el dolo directo del*

51 PERETTI AVILA, Diego Alejandro: Op. Cit. . Debo a su vez reconocer que el entinema al cual hago mención en este trabajo, podría llegar a ser impugnado debido a que, sólo aparentemente surge que se basaría en la adhesión del autor a la “teoría de la accesoriedad limitada”; esto no es así, a pesar de mi adherencia a esta posición, el entinema parte de analizar el concepto de “acción humana con efectos jurídicos”, por lo cual estimo que puede ser aplicable tanto a la teoría de la “hipótesis plurisubjetiva eventual” o la “hipótesis plurisubjetiva diferenciada”, no dependiendo la validez del argumento de la adhesión de su autor a una teoría determinada, es por esto que sugiero al lector, en caso de encontrarse con el mismo, que su análisis se lleve a cabo desde el punto de vista sugerido y no desde el presupuesto de la accesoriedad como axioma.

52 DONNA, Edgardo Alberto: Op. Cit., págs. 85-86.-

*inductor. Ahora bien, debe entenderse esta regla dentro de discrepancias esenciales. Si sólo hay divergencias en el lugar y en el tiempo del hecho, y aun en los tipos delictivos, si ellos son equivalentes, la responsabilidad del inductor permanecerá. Si en lugar del robo se apodera de la cosa mediante extorsión, no hay duda de que es una discrepancia no esencial. Rige la regla por la cual, más amplia sea la inducción, más amplia será la responsabilidad.”*⁵³

Queda determinado por lo dicho hasta ahora que, en relación con el elemento subjetivo cuando tratamos “el exceso del autor” en el Derecho Argentino -como en el caso de la sentencia “Robinson” que comentamos y comparamos- debe resultar claramente de las constancias de la causa que el imputado ha querido o se representó y aceptó participar en un hecho -ya sea desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo- completamente distinto del perpetrado por el autor material.

Estimo que no podría concluir este sub-apartado si cometiera el pecado imperdonable de soslayar la posición del Dr. Marcelo Sancinetti -por lo abundante, jugoso y original de su análisis-; quién haciendo un análisis exhaustivo del caso “Cabezas”, desde la tesis “de la imputación subjetiva”, nos sorprende llevando a cabo un brillante estudio de los pormenores del fallo, pero a la luz de la “teoría de la imputación objetiva”, en función de los principios del artículo 47 del C.P. que ya han sido citados.

Al respecto, el Dr. Sancinetti reflexiona: “*..Los límites conceptuales entre “principio de confianza” y “prohibición de regreso” son fluidos; la dogmática actual no ha dado aún una delimitación tajante entre ellos o bien se los presenta incluso como universos secantes acaso uno como subcaso del otro, etc. Pero ya prácticamente nadie duda de su existencia como límites de imputación objetiva..La pregunta que puede hacerse el lector inmediatamente es la de qué relación tiene lo anterior con la cuestión del exceso de un ejecutor respecto de la responsabilidad del partícipe..Ciertamente, las mencionadas explicaciones*

53 DONNA, Edgardo Alberto: Op. Cit., pág. 86.-

están expresadas para delimitar los riesgos permitidos de los riesgos reprobados. Se podría decir, entonces, que en la medida en que un instigador, ya por el hecho de incitar a la comisión de un delito determinado, actúa ilícitamente, no puede invocar ningún principio de confianza ni prohibición de regreso: justamente porque él no se atiene a su rol de buen ciudadano..Mas esta sería una observación de miras cortas. No hay dudas de que el instigador, en la medida de su encargo, actúa mal, y, en esa misma medida, no lo ampara nada: Él debe responder por la creación del riesgo no permitido consistente en determinar a otro a la comisión de un delito. Pero aquella medida en que el hecho del autor principal supera el quebrantamiento de la norma del mismo instigador, es decir, el exceso, rige algo correspondiente al principio de confianza o a la prohibición de regreso..Porque el instigador tiene derecho a confiar en que el ejecutor se atenderá al pacto criminal: hasta aquí responde el instigador, más allá de eso regirá un prohibición de regresar hasta él, justamente porque el tenía derecho a confiar en que el quebrantamiento de la norma tuviera el límite pactado. Lo excedente no es obra de él; e incluso en el caso de que lo que prevea como posible no tendrá por qué hacerse cargo de esta desviación del autor principal..Esta explicación cobra más claridad si la institución del exceso es comparada con otro problema de la teoría de la imputación objetiva, propio de la realización del riesgo -mientras que los principios anteriores son propios de la falta de creación de un riesgo reprobado (atipicidad ya de la conducta en sí misma) – , que presupone una actuación reprobada en el primer actuante que conduce a la actuación también reprobada de un segundo actuante: los denominados “segundos daños”, “daños derivados” o “daños consecuenciales”..”⁵⁴.

54 SANCINETTI, Marcelo A.: “Análisis Crítico del Caso Cabezas”, editorial AD-HOC, Bs. As., 1ª edición, año 2000, 1136-1137. Estimado lector: pido disculpas desde ya por lo abultado de la cita realizada, pero esto se debe a que creí necesario reproducir la parte central del razonamiento de su autor en sus propias palabras. Esta cita es, evidentemente incompleta para reflejar todas las ideas expuestas por el Dr. Sancinetti, puesto que, como dije, se trata de una obra extensa -pero de muy interesante lectura, que invito a realizar en su plenitud a los efectos de profundizar en sus conceptos. Las conclusiones a las que arriba el jurista, como todo resultado del pensar humano, son discutibles; pero no se puede negar el talento y la rigurosidad con la que son expresadas, como, asimismo, que el nervio de la obra lleva implícito, o, más bien, es absolutamente

Por su parte el Dr. Gustavo E. Aboso, quién también hace un análisis del caso “Cabezas”, manifiesta: “..La eximente del art. 47 del Código Penal se aplica a favor de los partícipes, instigadores y cómplices primarios y secundarios que no prestaron su aquiescencia para cometer el delito más grave perpetrado por el autor. Los coautores, por ende, no pueden invocar la aplicación de esta atenuante por las mismas razones oportunamente expuestas al tratar los fundamentos de la coautoría. Así si el partícipe acordó tomar parte, por ejemplo, de una lesión corporal o de un robo y uno de los intervinientes mata en forma sorpresiva a la víctima del hecho; para el resto esa acción debe ser considerada como autoría única por el homicidio..”⁵⁵.

C. ALGUNOS EJEMPLOS DE APLICACIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL PRINCIPIO DEL ARTÍCULO 47 C.P.:

En este tercer sub-apartado lo que busco es dar una somera idea de cómo básicamente este principio es llevado a la práctica por algunos tribunales argentinos, en situaciones parecidas a la del caso “Robinson”.

La jurisprudencia acoge mayoritariamente el postulado que venimos sosteniendo acerca de que la responsabilidad del partícipe, en los casos del art. 47, puede ser limitada en función del dolo -directo, indirecto o eventual- de este último, como hemos referido precedentemente.

Esta última afirmación no necesariamente comporta que los tribunales se vean por esto enrolados en la tesis finalista: sino que esta postura es sostenida por igual también por jueces que se encuentran identificados como

compatible con la unión dialéctica de los conceptos: “pensamiento-volición” - “reprochabilidad-retribución” que hemos desarrollado a lo largo de este trabajo, que sostenemos como fundamento de la limitación subjetiva a la responsabilidad del partícipe o “exceso del autor”.-

55 ABOSO, Gustavo E. : “La Problemática del Concurso De Personas en el Delito y la Teoría del Dominio del Hecho (a propósito del denominado caso Cabezas)”; Publ: LLBA -2000-115, año 2000. Fallo comentado: Cám. Ap. y Garantías en lo Penal de Dolores 2000/02/03 – Cabezas José L. -la negrita en la cita me pertenece-.

representantes de otras escuelas penales.

El problema se plantea en el hecho que, si bien admitimos que se requiere, en principio, del dolo -directo, indirecto o eventual-, ¿cuál es la frontera del dolo o de la culpa?, o mejor dicho, ¿cuándo se puede establecer que el imputado ha querido o aceptado participar en un hecho distinto del históricamente producido?, ¿cuándo el resultado aparece sorpresivo? o ¿cuándo pudo considerar anticipadamente el desenlace diverso y aceptó tácitamente la posibilidad de producción de ese resultado dañoso distinto, despreciando la eventual lesión al bien jurídico protegido?; es decir, cuándo abandonamos los límites difusos que existen entre el mundo de la culpa con representación -puede ocurrir, pero estoy convencido que eso no va a acontecer- para trasladarnos a los dominios del dolo eventual -puede pasar y no me interesa si el hecho ocurre-.

Es este elemento subjetivo, para el cual también se usa implícitamente una suerte de necesario criterio estadístico de razonabilidad que ya nos viene legado por las vertientes nutricias de nuestra tradición romanística⁵⁶, que nos lleva en modo necesario a las previsiones llevadas a cabo por el “hombre común” o “medio”.

La cita de los casos que expongo a continuación sólo tienen la intención de mostrar, como en circunstancias, como dije, que estimo más o menos análogas a las de “Robinson”, los tribunales argentinos aportan soluciones distintas, teniendo en cuenta los interrogantes arriba expresados -cuándo termina la culpa y comienza el dolo-.

Uno de los puntos en los que basé parte de mi exposición es el del conocimiento anticipado de la portación de arma de fuego, por parte del

56 Ya el eterno PAULO nos dice “Pero la ignorancia de hecho solamente no perjudica a cada cual, si no se le objetara una suma negligencia; porque ¿Qué se dirá si en la ciudad todos supieran lo que él ignora? Y, acertadamente define Labeo, que no se ha de entender la ciencia, ni como de un hombre muy curioso, ni como la del muy negligente, sino como la del que pueda tener conocimiento inquiriéndola con diligencia” -*Sed facti ignorantiam ita demum cuique non nocet si non ei summa negligentia obiiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi, homini accipiendam verum eius, qui eam rem diligenter inquiriendo notam habere possit*-; “Cuerpo Del Derecho Civil Romano”, Tomo III, Digesto, trad. Dr. García del Corral, ediciones Kriegel-Herman y Osenbruggen, Barcelona, 1879. Dig.-Libro XXII, T. V., ap. 9.-

consorte de causa y la implicancia que esto tiene en el elemento subjetivo -el conocimiento de los medios y su idoneidad para producir un resultado- y el segundo que es la gravitación que puede tener este conocimiento en la modificación -o no- de los riesgos inicialmente asumidos al llevar a cabo la empresa delictiva..

En razón con este aspecto interno la C.S.J.B.A ha dicho: *“..Consideraciones aparte podrían efectuarse sobre la regla del art. 47 del Código Penal, norma cuya aplicación ha sido desatendida por las distintas instancias judiciales. .La solución que propongo para el caso hace innecesario formular mayores precisiones, pues más allá de que la recurrente apoya parte de su impugnación con sostén en dicha regla, cierto es también que omitió someterla a expresa discusión y aplicación con anterioridad a esta impugnación, solo habré de recordar que un cómplice responde “en razón del hecho que prometió ejecutar” y esto significa que, ausente la prueba de su intervención en un hecho más grave, sólo es reprochable en la medida de su culpabilidad y no por el exceso del autor..”*⁵⁷.

La Cámara de Apelaciones en lo Penal de la provincia de Santa Fe, Sala IV, en relación con este tema consideró: *“..Que a partir del consentimiento dado al uso de armas en la realización de un hecho pueda elaborarse la estimación de que un eventual resultado mortal era previsible y así reprochable a todos los que consintieron tal uso, es algo que podría en ciertos casos aceptarse, mas ello, siempre y cuando ese resultado se produjera en la faz ejecutiva de él o los hechos para cuya realización se había dado el acuerdo y no si el mismo ocurre al margen del mismo. Es que no sólo nuestro Código Penal excluye en su art. 47 de responsabilidad penal por aquello que configure un exceso del autor (tal el nombre generalmente utilizado en doctrina) a quienes sólo quisieron cooperar en un hecho menos grave que el finalmente cometido, sino que este principio derivado del de culpabilidad resulta aún más claro cuando sólo se quiso*

⁵⁷ C.S.J.B.A.; Partes: P., R. A.; Fecha: 27/08/2008, del voto del Dr. Kogan, Publicación: LLONLINE, Cita online: Ar/Jur/6486/2008.-

participar en un hecho y otro partícipe ejecuta otro totalmente distinto, tal como podría haber ocurrido en el supuesto que ahora tengo a estudio..”⁵⁸.

El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, por su parte, ha entendido que: “*..Respecto de las limitaciones subjetivas a la participación presuponen la no correspondencia entre "lo conocido y lo querido" por una parte, y lo realmente ocurrido, por la otra. No obstante que en las instancias finales del hecho fuera sólo uno de los cómplices quien prosiguiera la acción violenta que emprendieran juntos, y resultara una muerte, el imputado participó "en el hecho del autor material en la medida en que lo quiso (art. 47). Pero la medida de lo que el partícipe quiso no está dada sólo por su dolo directo o indirecto, sino también por su dolo eventual, vale decir, por lo que eventualmente quiso al... proponerse fines peligrosos o susceptibles de implicar la alteración de las modalidades del hecho o de producir la alteración de su gravedad".(T.S.J. Sala Penal "Bustos", S n° 29, 25/6/96, voto en minoría de la Dra. Cafure; "Acuña" S n° 76, 2/9/03, por unanimidad). 2- Bajo este marco conceptual, puede afirmarse sin hesitación alguna, que el encuadre jurídico que el Tribunal a quo efectuó de la conducta desplegada por los prevenidos Daniel Andres Vega y Eduardo Maximiliano González, resulta ajustado a derecho. En efecto, conforme los hechos acreditados por el sentenciante, los encartados Vega y Gonzalez tuvieron claramente la finalidad de atentar contra la propiedad ajena con violencia -ello, por el número de personas intervinientes y la modalidad violenta en que actuaron: agazapados detrás de un vehículo y en condiciones de nocturnidad- a los efectos de vencer todo intento de resistencia de su víctima, tomando parte en la ejecución del hecho. Si bien, fué el encartado Avila quien tenía en su poder un arma de fuego, la que esgrimió ante la presencia de la víctima efectuando el disparo que le ocasionó la muerte, Vega y González participaron en la medida que quisieron y aceptaron fines peligrosos o susceptibles de alterar las modalidades del hecho o su gravedad, tal como lo*

⁵⁸ Cám. De Apel. En lo Penal de Sta. Fe, Sala IV; Fecha 18/02/1999, del voto del Dr. Olazábal ; Partes: Castro, Miguel A.; Publicación: LL Litoral 1999-738; Cita online: AR/JUR/937/1999.

evidencia la muerte de Pereyra Piano. En este contexto de acción, los encartados Vega y Gonzalez al converger intencionalmente para perpetrar el robo junto a los otros sujetos -entre los que se encontraba Avila- resultando indiferente que desconocieran previamente la existencia del arma, toda vez que asumieron el riesgo que importaba tal empresa delictiva y, no obstante ello, prosiguieron su accionar, permaneciendo en el lugar y momento del hecho letal en recíproca colaboración...”⁵⁹.

Como vemos, las diversas soluciones se refieren a cuáles son los límites aceptados que demarcan los confines del querer humano y la previsión; lo que dará la posibilidad de solución en uno u otro sentido, lo que no puede ser discutido es la existencia de la norma penal y el fundamento subjetivo de la participación.

CONSIDERACIONES FINALES:

Luego del corto pero accidentado camino que acabamos de recorrer juntos, estimado lector, considero que este breve trabajo habrá cumplido con su finalidad si es que ha llegado a servir la visión comparativa a los efectos de encuadrar, en parte, a la participación criminal como una institución proveniente de ese fenómeno humano que es “El Derecho”.

Estoy absolutamente convencido que en el estudio del Derecho como fenómeno del hombre, es importante tener en cuenta las afirmaciones del célebre Noam Chomsky, quién cuando se refiere al lenguaje, expresa que existen las llamadas “gramáticas particulares” o “elementos léxicos básicos”; pero también y fundamentalmente, existe la llamada “gramática universal”⁶⁰.

Así entonces, considero que no se debe perder nunca de vista que, si bien

59 T.S.J. De Córdoba, Sala Penal, Sentencia Nro: 24, Fecha: 21/04/2004, Partes: Avila Antonio Maximiliano y Otros, voto de los Señores Vocales Doctores María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y Luis Enrique Rubio. Publicado en: www.justiciacordoba.gov.ar.

60 Los que hemos tenido la posibilidad de viajar, vivir y trabajar en otras culturas, distintas a las de origen, hemos podido apreciar, en modo empírico este fenómeno.

en la realidad nos encontramos con los diferentes “derechos” que corresponden a los ordenamientos jurídicos locales de los diversos países; existe también el “Derecho”, que es este fenómeno humano, tan emparentado con la necesidad gregaria de nuestra especie, el lenguaje y la cultura; que termina siendo la base necesaria y constante relacional de los distintos ordenamientos particulares y derivados.

Tal es así, que los cuestionamientos que llevan a cabo Wilkins, Cavanagh y Kelly de la decisión mayoritaria en el caso “Robinson” que omite analizar la teoría de las “consecuencias naturales y probables” como sistema complementario del aspecto subjetivo y de la ley de la causalidad, así como los argumentos jurídicos en los que éstos apoyan sus convicciones, no resultan ajenos a ningún abogado o estudiante de este hemisferio del planeta; a pesar del hecho que estos cuestionamientos se dan en el marco de un “derecho” que se basa en “elementos básicos distintivos” diferentes a algunos de los principios que informan y sostienen nuestro “derecho local”.

Nuestra teoría continental del “exceso del autor”, por ende, tampoco resultaría ajena o indescifrable para cualquier abogado perteneciente al sistema del Common Law, si esta fuera analizada a la luz de los principios del “Derecho Universal”, como venimos refiriendo.

Uno de esos principios universales es el de la “retribución”, emparentado en modo necesario con el de “reprochabilidad” -las longitudes de estos dos criterios sí varían de cultura en cultura, a veces en poco, a veces en mayor grado-. La condición de base jurídica fundamental del principio “reprochabilidad-retribución”, me atrevo a decir que es autoevidente e indiscutible, tanto en el Common Law, como en los sistemas continentales.

A lo largo de este trabajo, a su vez, he intentado demostrar que los principios referidos en el párrafo anterior forman parte del fundamento originario del “cuadro” jurídico metodológico-valorativo, el cual consta de: a) pensamiento-volición, b) causa, c) reprochabilidad y, d) retribución; que sirve

como elemento guía para interpretar y aplicar la ley; por ser primigenio y universal, y ser, en el caso que nos ocupa, el verdadero fundamento de la teoría del “exceso del autor” en cualquier derecho posible.

El fundamento, insisto, no podrían ser ni la “accesoriedad”, ni la “plurisubjetividad”, como así tampoco ningún postulado teórico de los llamados “derivados” del mismo.

Decir lo contrario sería afirmar, por ejemplo, que en el Derecho Penal Italiano, el artículo 116 del C.P. -segundo párrafo-⁶¹ que consagra la figura de “exceso del autor”, atento a que su doctrina dominante no acoge la teoría de la “accesoriedad”, sino que se inclina mayoritariamente por la de la “hipótesis plurisubjetiva”; la institución carece de fundamentos o, mejor dicho, los tribunales la aplican basándose en principios “equivocados” o aceptando “inconscientemente” la teoría de la accesoriedad de la participación, aunque la niegan.

Cuál sería la legitimidad, pregunto, desde nuestra posición de defensores de la “teoría de la accesoriedad”, para cuestionar la validez o invalidez de los fundamentos aceptados por otros “derechos” de una institución como el “exceso del autor”, y viceversa. Máxime cuando partimos de un principio derivado como es el de la “teoría de la accesoriedad” o el de la “hipótesis plurisubjetiva”, en su caso, me parece que caeríamos en un reduccionismo absurdo, carente de relativismo cultural y, por ende, intolerante.

Como dijimos anteriormente, creemos haber postulado a lo largo de este trabajo un principio, que, aunque suene redundante, es originario y fundamental – al menos válido para el derecho de los pueblos llamados “occidentales”- y que sirve para la institución de la participación criminal y su derivado como es el “exceso del autor”, “límite subjetivo de la participación”, “exceso de la

61 Art. 116 C.P.R.I.: *“En caso de que el delito cometido fuere diverso del querido por alguno de los partícipes, también éste responderá, si el evento fuere la consecuencia de su acción u omisión.*

Si el delito cometido, fuere más grave del querido, la pena será disminuida en relación a quién hubiere querido el delito menos grave”. Cita extraída y traducida de: MARINO, Raffaele – PETRUCCI, Rossana: “CODICE PENALE” - e leggi complementari-, ed. Minor, XXII edizione, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, Casalnuovo (NA), Italia, 2010, pag. 114.-

participación” o como se le quiera llamar por parte de la doctrina.

Este “cuadro” es válido, al menos, para toda la “cultura jurídica occidental”; pero el alcance y los límites del mismo, sobre todo en su aspecto “reprochabilidad”, habrá de depender de las tradiciones, principios socialmente aceptados y demás esquemas axiológico-culturales-constitutivos de las diferentes “sociedades” que componen dicho universo.

Estos últimos elementos históricos y culturales son los que hacen difícil y, a veces imposible a corto y mediano plazo, la adaptación de teorías vigentes en un “derecho extranjero” al “derecho local”; pero es la base “universal” que también hemos referido, la que nos permite comprenderlas y llevar a adelante su análisis crítico.

Una vez realizada esa operación y luego de un estudio comparativo integral del esquema al que se quiere “adaptar” esa doctrina, se podrá llegar a la conclusión de si esta es o no “inadaptable” al ordenamiento local.

En la actualidad, por razones que, mayoritariamente, no he expuesto en este trabajo, puesto que, de hacerse lo transformarían en sobreabundante, excediendo la finalidad del mismo; estimo que la teoría de las “naturales y probables consecuencias” no resulta “adaptable”, como dije, al menos a corto y mediano plazo, al sistema jurídico argentino y que su inserción en el mismo traería más problemas que soluciones o respuestas.

Estas son algunas de las conclusiones a las que he arribado a lo largo del desarrollo de esta investigación sin embargo, estimado lector, la parte más importante de esta obra considero que no son mis deducciones, sino más bien aquellas que, de la lectura de estas líneas usted pueda extraer, o también las críticas que, seguramente, pueda formular a las posiciones aquí presentadas y, por sobre todas las cosas, los interrogantes que pueda Ud. llegarse a plantear a consecuencia de este camino que hemos recorrido juntos y que está llegando a su fin; conclusiones, críticas e interrogantes que de seguro habrán de superar las limitaciones de expresión y metodológicas de este espíritu inquieto, que se

decidió a llevar a cabo este humilde trabajo.

La parte más importante de la investigación, en general, más que las respuestas -que varían con el tiempo, que hoy son funcionales y, tal vez mañana, dejan de serlo- es y habrá de ser siempre la pregunta.

Parafraseando a Heidegger quién escribió que la filosofía, origen de la ciencia, surgió del proceso de parto del “asombro” del entendimiento humano que, ante la contemplación del mundo que lo rodeaba se preguntó -en griego-: Tí Estín? -¿qué es esto?-, digo que uno de los fundamentos de este simple trabajo es volverme a preguntar a mí mismo “tí estín?”.. una vez más.

Mas sepa Ud., estimado lector, que mucho más por pagado me daré, si a lo largo del transcurso de esta paupérrima producción, en vez de haber llegado a ofrecer a Ud. como corolario mis mediocres respuestas, he tenido el enorme privilegio de haberle podido transmitir, una vez más, esta pregunta.

Diego A. Peretti Ávila.-

BIBLIOGRAFIA:

- *.- ABOSO, Gustavo E. : “La Problemática del Concurso De Personas en el Delito y la Teoría del Dominio del Hecho (a propósito del denominado caso Cabezas)”; Publ: LLBA -2000-115, año 2000.-
- *.- ALBERDI, Juan Baustista: “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política Argentina”, Ediciones Libertador, Ciudad Autónoma de Bs. As., 2005.-
- *.- “CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO”, Tomo III, Digesto, trad. Dr. García del Corral, ediciones Kriegel-Herman y Osenbruggen, Barcelona, 1879. Dig.-Libro XXII, T. V.-
- *.- DE LA RUA, Jorge: “ Código Penal Argentino” -Parte General-, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1997.-
- *.- DONNA, Edgardo Alberto: “La Autoría y la Participación Criminal”, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1998.-
- *.- FIANDACA, Giovanni – MUSCO, Enzo: “Diritto Penale, Parte Generale”; III edizione, Zanichelli Editore, Bologna.-
- *.- FIERRO, Guillermo J.: “Teoría de la Participación Criminal”, Ediar, Bs. As., 1964.-
- *.- GARDNER, Thomas J. - ANDERSON, Terry M.: “Criminal Evidence” - Principle and Cases-, 7th. Edition, Wadsworth, Cengage Learning, Belmont -CA-, U.S.A., 2007.-

*.- KELSEN, HANS: “¿ Qué es justicia?”, traducción realizada por Walter Calsamiglia, Editorial Planeta- De Agostini S.A., Barcelona, 1993.-

*.- LAWRENCE, Larry M. II: “ACCOMPLICE LIABILITY: DERIVATE RESPONSIBILITY”, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 36: 1524-1540, California, 2004, publicada en: <http://llr.lls.edu/volumes/v36-issue4/documents/7accompliceliability.pdf> .-

*.- MARINO, Raffaele – PETRUCCI, Rossana: “CODICE PENALE” - e leggi complementari-, ed. Minor, XXII edizione, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, Casalnuovo (NA), Italia, 2010.-

*.- MOORE, Michael. S.: “Causing, Abeting and the Superfluity of Accomplice Liability”, publicado en: [www. Law. Berkeley. Edu/.../MMoore Causing, Aiding, andtheSuperfluityofAccompliceLiablilityGALA.pdf](http://www.law.berkeley.edu/.../MMoore_Causing_Aiding_andtheSuperfluityofAccompliceLiablilityGALA.pdf).-

*.- NORRIE, Alan: “Crime, Reason and History -A Critical Introduction to Criminal Law”; 2th Edition, Cambridge University Press, 2001, publicado en: <http://books.google.com.ar>.-

*.- NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, editora Marcos Lerner, 3ª edición -4ª reimpresión-, Cba., 1987.-

*.- NUÑEZ, Ricardo C. : “Derecho Penal Argentino” -Parte General-, ed. Bibliog. Omega, Bs. As., 2ª edición, 1965, T. II.-

*.- PERETTI AVILA, Diego A.: “La Participación Criminal en el Derecho Italiano”, 2010, publicado en <http://www.scribd.com/doc/43798128/LA-Participacion-Criminal-En-el-Derecho-Italiano.-.->

*.- SANCINETTI, Marcelo A.: “Análisis Crítico del Caso Cabezas”, editorial AD-HOC, Bs. As., 1ª edición, año 2000, T. II.-

*.- SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, ed. TEA, Bs. As., 1963, T. II.-

*.- VON IHERING, Rudolf: “El Fin en el Derecho”, Editorial Atalaya, Bs. As., 1946.-

*.- VON WRIGHT, Georg Henrik: “Sobre la libertad humana”, traducción Antonio Canales Serrano, ediciones Paidós Ibérica S.A., I.C.E. De la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2002.-

*.- WEBSTER'S NEW WORLD LAW DICTIONARY; publicada en la página de internet: <http://webcache.googleusercontent.com/search..>

*.- WILKINS, Sean: “Criminal Law- Accomplice liability- A Defendant who intends to aid, abet, counsel or procure the commission of a crime, is liable for that crime as well as the Natural and Probable Consequences of that crime. *People vs. Robinson*, 715 N. W. 2D 44 (Mich. 2006)”; publicación: www.heinonline.com. -de 85 U. Det. Mercy L. Rev 69 (2007-2008)-.-

*.- ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” -Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, Tomo IV.-