

## IMPUTACION SUBJETIVA POR DELITOS DIVERGENTES DE LOS CONCERTADOS

Cecilia Salom  
Prof. Adj. de Derecho Penal

### I.- INTRODUCCION

El art. 63 del Código Penal, inserto en el Cap. II, Título IV del Libro I, integra el elenco de disposiciones que regulan al *concurso de delincuentes*, conforme lo indica el *nomen iuris* capitular, donde se prevén las distintas modalidades de autoría y participación criminal como formas de concurrir a un delito ejecutado entre varias personas. Por consiguiente, debe entenderse que la disposición legal de referencia consagra una modalidad particularísima de codelincuencia, un supuesto de concurso anómalo, donde falta justamente el concierto previo entre los agentes, que es el componente esencial del régimen de la participación delictiva.

La norma precitada contempla una situación muy particular. Establece como categoría residual (que no encuadra en la autoría del art. 60 CP, en las hipótesis de coautoría del art. 61 CP, ni tampoco en la complicidad del art. 62 CP) la responsabilidad del *partícipe extraño* al hecho –así lo denomina el Código Penal- por aquellos delitos distintos o divergentes de los concertados. Se trata de una norma de *extensión* de responsabilidad, la cual permite –ya veremos cómo y cuándo- amplificar la imputación, atrapando a un sujeto que no ha obrado como ejecutor, ni tampoco como un inductor de ese ilícito divergente del concierto, el cual excede el previo acuerdo *sceleris*.

En efecto, precisamente falta aquí el concierto previo del partícipe extraño, que es un componente esencial en materia de concurso de personas en el delito, por cuanto aquel ni siquiera ha previsto la realización de ese ilícito divergente. Por lo tanto, el art. 63 procura resolver un problema de “*exceso en la participación*”<sup>1</sup>, pues el ejecutor material del hecho punible termina realizando, *en más o en menos, algo distinto* a cuanto había concertado previamente con los demás partícipes. Esa situación perfila entonces al *concurso impropio* de agentes.

Desde luego, el texto legal plantea problemas cuasi insalvables de interpretación y no existe ninguna solución que resulte dogmáticamente satisfactoria y exenta de reparos u objeciones. En rigor, se trata de una opción político criminal escogida por el codificador, pero sin embargo reñida con la sustentabilidad dogmática de la imputación de responsabilidad, como pretendemos señalarlo. A vía de ejemplo –según lo advertía PESCE-, la única alternativa correcta pasaría, *de lege ferenda*, por la derogación lisa y llana de este equívoco precepto penal<sup>2</sup>, porque *de lege lata* todos los caminos ensayados para explicar el

---

<sup>1</sup> Ver ENRIQUE BACIGALUPO, Derecho Penal. Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pág. 354; EDGARDO ALBERTO DONNA, La autoría y la participación criminal, Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 1998, págs. 85-86; DANTE MARCELO VEGA, El exceso en la participación criminal, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, págs. 63 y ss.

funcionamiento de la norma en cuestión exhiben algún flanco débil e incongruente, pasible de objeciones teórico-sistemáticas<sup>3</sup>.

Pese a los ingentes esfuerzos dogmáticos desplegados para tratar de explicar la modalidad de imputación subjetiva del delito divergente del concierto, creemos que el art. 63 CP consagra, por el contrario, un supuesto encubierto de mera responsabilidad objetiva por el resultado, como ha tenido que aceptarlo la doctrina italiana en relación a una norma similar, establecida en el art. 116 del *Codice Rocco*<sup>4</sup>.

Bajo la vigencia del *Codice Zanardelli*, en cambio, la doctrina más prestigiosa de la época argumentaba que si el mandatario ha cometido un delito del todo diverso de aquel que fuera concertado y “*si el delito diverso es tal que no puede ser considerado como una de las consecuencias posibles y previsibles del hecho criminoso que fuera sujeto al acuerdo, en este caso no hay razón alguna para ponerlo a cargo del mandante. Lo mismo debe decirse donde haya habido exceso en los medios*”<sup>5</sup>.

Esta responsabilidad objetiva por el reato precedente –mal disimulada incluso por nuestro art. 63 CP- es un resabio del antiguo sistema de imputación medioeval y aparenta apegarse a la llamada *imputación extraordinaria* ideada por PUFENDORF, que tiene lugar “*cuando en el momento decisivo la persona en cuestión no está en condiciones de evitar la producción del suceso o de realizar la acción en cuestión, puede reprochársele precisamente que se encuentre en esta situación de imposibilidad o de incapacidad*”<sup>6</sup>.

La cita precedente no es ociosa pues, aunque la idea deslizada nos haga pensar en una hipótesis de *actio libera in causae*, pone de manifiesto dos aspectos cruciales que caracterizan al partícipe extraño. Por una parte, éste no tiene el dominio del hecho y carece de todo poder de evitación respecto de un resultado ilícito, en cuya realización no interviene y cuya ocurrencia, por otro lado, ni siquiera ha previsto.

El fundamento real de la atribución de responsabilidad por el delito divergente del concierto está basado –para el partícipe extraño al mismo- en el añejo principio del *versare in re illicita*<sup>7</sup>, tradicionalmente empleado para fundar la responsabilidad por un resultado involuntario a título de *dolo indirecto*, cuando éste ha sobrevenido a raíz de la ejecución de una actividad ilícita<sup>8</sup>. Por cierto, también la antigua concepción del *dolus generalis*, que

---

<sup>2</sup> EDUARDO PESCE LAVAGGI, *La responsabilidad por hecho diverso del concertado. Un problema tormentoso*, en Revista de Derecho Penal Nº 17, Montevideo, 2008, pág. 152.

<sup>3</sup> De hecho, el Proyecto de reforma del Código Penal suprime esta disposición. Ver MILTON CAIROLI, Código Penal comentado, concordado y anotado, La Ley Uruguay. Montevideo, 2014, Tomo I, pág. 220; DIEGO SILVA FORNE, La reforma penal, FCU, Montevideo, 2012, pág. 76.

<sup>4</sup> ANTONIO PAGLIARO, Principi di Diritto Penale, 7ª edic., Giuffrè, Milano, 2000, pág. 522; FABRIZIO RAMACCI, Corso di Diritto Penale, 3ª edic., Giappichelli, Torino, 2005, pág. 524; GIORGIO MARINUCCI – EMILIO DOLCINI, Manuale di Diritto Penale, 2ª edic., Giuffrè, Milano, 2006, pág. 363.

<sup>5</sup> GIULIO CRIVELLARI, Il Codice Penale per il Regno d’ Italia, U.T.E.T., Torino, 1892, Tomo IV, pág. 87.

<sup>6</sup> JOACHIM HRUSCHKA, Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pág. 55.

<sup>7</sup> STEFANO CANESTRARI-LUIGI CORNACCHIA-GIULIO DE SIMONE, Manuale di Diritto Penale, Il Mulino, Bologna, 2007, pág. 744; GIUSEPPE BETTIOL, Derecho Penal. Parte General, Temis, Bogotá, 1965, pág. 527.

<sup>8</sup> JULIAN PEREDA, El “versare in re illicita”, Reus, Madrid, 1948, pág. 115.

imputa el resultado “*aunque no guarde relación alguna con lo planeado*”<sup>9</sup>, puede usarse para apuntalar la punibilidad del hecho, el cual vendría a manifestarse –según lo acota ROXIN-, como un “*suceso en dos actos*”, donde el primero de ellos fue emprendido a título de dolo directo<sup>10</sup>.

De tal suerte, los diversos planteos interpretativos que se han sucedido a lo largo del tiempo acerca del art. 63 CP no pasan de ser un intento de “*legitimación*” –una justificación sin embargo fallida- de una solución legal desafortunada, que responsabiliza por la causación ajena de un hecho a un partícipe extraño al mismo, en abierta violación al principio de culpabilidad (*nullum crimen sine culpa*).

Debe señalarse que pese a lo señalado, la disposición homóloga de la legislación italiana (el art. 116 del Código Penal), tal vez peor que la nuestra, ha logrado sortear hasta ahora con éxito el control de constitucionalidad en dicho país<sup>11</sup>.

De entre los varios cuestionamientos que amerita el art. 63 CP, el peor de ellos radica en que además de plantearnos un dilema imputativo poco menos que irresoluble, ni siquiera ha previsto una penalidad fraccionaria o atenuada para el partícipe extraño al hecho divergente del concierto con respecto a esa responsabilidad objetiva que en los hechos consagra, como se impondría racionalmente y sí lo hace la disposición italiana. Por el contrario, en nuestro sistema legal, esta posibilidad únicamente queda librada al arbitrio de la determinación judicial del grado de la pena.

Ahora bien, de las distintas interpretaciones dogmáticas formuladas para explicar la imputación subjetiva que cabe atribuirle a ese delito excedente del concierto, la solución más gravosa lo imputa a dolo directo, en tanto una postura ecléctica hace pie en la ultraintención o en el dolo eventual y, finalmente, la tesis más benigna acude a la imputación a título de culpa.

Sin desconocer tales extremos, esta breve contribución intenta demostrar como, por el contrario, en algunos supuestos de divergencia en el concierto *sceleris*, debe lisa y llanamente sostenerse la irresponsabilidad del partícipe ajeno al exceso, en aplicación de los “*los principios generales*” a los que nos remite la norma examinada.

## II.- BASES DE ANALISIS

Para clarificar el hilo de la exposición resulta indispensable sentar las bases de análisis y los puntos de partida del abordaje dogmático del texto legal.

### 1.- LA CLÁUSULA GENERAL DE DIVERGENCIA

---

<sup>9</sup> EUGENIO RAUL ZAFFARONI-ALEJANDRO ALAGIA-ALEJANDRO SLOKAR, Derecho Penal. Parte General, 2ª edic., Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 538.

<sup>10</sup> CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Civitas, Madrid, 1997, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, pág. 498.

<sup>11</sup> GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, Diritto Penale, Parte Generale, Zanichelli, Bologna, 1985, pág. 273; CANESTRARI-CORNACCHIA-DE SIMONE, ob. cit., pág. 745; SALVATORE ALEO, Diritto Penale, Parte Generale, 2ª edic., CEDAM, Padova, 2010, pág. 469.

En primer lugar, dado su emplazamiento sistemático dentro del capítulo alusivo al concurso de delincuentes, corresponde antes que nada considerar que la norma del art. 63 CP establece una *cláusula general* sobre concurso impropio (tan general como los tipos de autoría, coautoría o complicidad), aplicable a cualquier especie delictiva donde pueda llegar a verificarse una realización divergente de la planificación previa concertada por los codelincuentes. Así debe comprendérsela, necesariamente, en tanto instituto que pertenece a la Parte General del Código Penal.

Esto significa –y es importante destacarlo- que no puede pensarse el funcionamiento de esta norma de extensión de responsabilidad sólo tomando en cuenta al homicidio como supuesto divergente del concierto criminal, tal como lo ha hecho en forma invariable la doctrina y la jurisprudencia. Antes bien, dada su naturaleza de cláusula general, la disposición debería surtir efecto en relación a cualquier otro delito distinto (o sea, diferente al homicidio) en tanto éste excediere el concierto previo acordado entre los copartícipes. Ejemplificar únicamente con el delito de homicidio, como resultado divergente, es una metodología que nos induce a error, por cuanto dicho reato sí reconoce una forma típica culposa prevista por el art. 314 CP, que no se constata en la mayoría de las restantes formas o especies delictivas.

Como lo ha señalado PETITO, basta pensar en el caso de que se concierte una rapiña que termina sin embargo consumando un delito de violación, o en la hipótesis de la planificación previa de un hurto que, sin embargo, culmina en una rapiña, para excluir a la culpa y a la ultraintención como posible tipicidad subjetiva de ese reato divergente atribuido al partícipe extraño, pues ninguno de esos delitos –al igual que la gran mayoría de los hechos punibles- reconoce una fórmula culposa o ultraintencional. No sólo no resultan ontológicamente conciliables con esa tipicidad subjetiva, sino que tampoco están incluidos en el *numerus clausus* que impone el art. 19 CP para los supuestos de culpa y ultraintención<sup>12</sup>.

## 2.- LA AUSENCIA DE CONCIERTO SCCLERIS

En segundo lugar, debe partirse de la consideración de que en este esquema del concurso impropio o anómalo ha mediado entre los partícipes no sólo la simple intención de realizar el tipo que caracteriza a todo supuesto de codelinquencia punible, sino que –adicionalmente- también tuvo lugar un concierto previo entre ellos; es decir, “*la disposición previa y acordada de la realización del delito*”<sup>13</sup>, que significa normalmente que existió una *conspiración* entre ellos, ajustada a lo previsto por el art. 7 inc. 2 CP.

Vale decir, ese concierto *ex ante* precede efectiva y cronológicamente a la secuencia ejecutiva. Es sólo en el decurso de esta última, durante la fase de ejecución, cuando el autor inmediato o directo se aparta de la planificación concertada y comete otro hecho punible, distinto al planeado previamente entre y por los codelincuentes. En otros términos, el

---

<sup>12</sup> JOSE PETITO SACCO, *El art. 63 del Código Penal y el concepto de partícipe extraño al hecho. La responsabilidad por delitos distintos de los concertados*, en Revista de Derecho Penal Nº 15, 2005, pág. 256.

<sup>13</sup> GASTON CHAVEZ HONTOU, *El derecho penal desde la Constitución*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2016, pág. 716.

concierto previo concreta y colectiviza para todos los partícipes el *plan de autor*, del cual depende la ejecución del ilícito<sup>14</sup>.

La divergencia supone, por tanto, el incumplimiento del plan de autor previamente acordado, ya sea por divergencia cuantitativa o cualitativa en la realización del mismo. Un delito divergente del concierto, de la índole que fuere, es siempre un hecho no comprendido en el plan de autor inicialmente concertado.

### 3.- EXCEPCIONALIDAD DE LA PUNICIÓN

En tercer lugar, el adverbio “*sólo*”, que califica al término “*responder*” en el art. 63 inc. 1 CP implica que, como regla de principio, el partícipe extraño al hecho no debe ser imputado del evento divergente y excedente del concierto. *Prima facie*, su responsabilidad deviene excepcional, más allá del concierto, y responde, entonces, únicamente por el ilícito previamente concertado y luego efectivamente cometido. Fuera del concierto *sceleris* la irresponsabilidad penal aparenta ser el principio axial.

La doctrina más calificada hace caudal de ello. El instigador responde sólo hasta donde el hecho coincide con su dolo –enseña WELZEL-, “*no responde por el exceso del autor*”<sup>15</sup>.

Por consiguiente, la imputación de responsabilidad no debe lograrse a toda costa. Bien por el contrario, la imputación adicional al partícipe extraño del delito no concertado queda situada como una excepción a la regla. El término “*sólo responderá*” constituye, sin duda, una cláusula de salvedad para una hipótesis anómala de imputación extraordinaria.

### 4.- AJENIDAD A LA EJECUCIÓN

Debe concedérsele la razón a la tesis que ya se ha abierto camino y argumenta la existencia de una cuarta modalidad de participación criminal, dentro de nuestro derecho positivo. Efectivamente, además de las formas tradicionales (autoría, coautoría y complicidad), el art. 63 CP recepta una cuarta categoría. Consagra un concurso impropio de delinquentes, en virtud del cual el imputado habrá de responder precisamente a título de *partícipe extraño* respecto del evento excedente, según lo propuso en su momento MAGGIO<sup>16</sup> y en la actualidad es valor entendido.

Pero el partícipe de referencia reviste, de cara al hecho divergente cometido, una doble condición de *extraneus*. Es extraño en primer lugar al exceso o divergencia cualitativa, pues no ha concertado con el ejecutor dicho reato. Al mismo tiempo, también es ajeno a la fase ejecutiva en la que no aporta ninguna contribución material para la realización de ese ilícito diverso del planificado.

<sup>14</sup> HANS WELZEL, Derecho penal alemán, 2ª edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 264.

<sup>15</sup> WELZEL, ob. cit., pág. 168. Idem: HANS HEINRICH JESCHECK-THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Comares, Granada, 2002, pág. 742; JOHANNES WESSELS, Derecho Penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1980, págs. 166-167; GÜNTHER STRATENWERTH, Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, pág. 356.

<sup>16</sup> LUIS ALBERTO MAGGIO, *La extensión de responsabilidad por delitos distintos de los concertados*, en Revista de Derecho Penal Nº 7, FCU, 1986, pág. 76.

Tales extremos son los factores que conspiran en el fondo contra la subsunción típica de su conducta, porque él no ha inducido la realización del delito divergente, ni tampoco participa de su realización material, la cual le resulta desconocida al grado de que ni siquiera la ha previsto.

### 5.- LA DIVERGENCIA DEL RESULTADO

Por último, dejemos sentado que el art. 63 CP establece diversas hipótesis de divergencia entre concierto *sceleris* y resultado, porque el delito finalmente realizado por el ejecutor inmediato –y sin intervención alguna del partícipe extraño- puede ser:

- a.- Más grave que el ilícito previamente concertado (divergencia cuantitativa).
- b.- De igual gravedad, pero de distinta naturaleza (divergencia cualitativa).
- c.- De igual gravedad, pero complicado por otros delitos (divergencia cuantitativa).
- d.- De menor gravedad que el reato concertado (divergencia cuantitativa).

### III.- LA IMPUTACION SUBJETIVA

En todos los supuestos que se acaban de enunciar, el principal problema –que engloba a las cuatro hipótesis de mención- radica en la imputación subjetiva de ese hecho excedente del concierto (en más o en menos) al partícipe extraño.

Queda al margen de nuestro análisis la cuestión de la imputación objetiva, que no deja de ser relevante. En efecto, aun cuando el partícipe extraño al hecho pueda ser tomado como un inductor y en tal caso como el *creador de un riesgo jurídicamente relevante*, lo cierto es que al menos en la primera y en la cuarta hipótesis planteadas, *ese riesgo no se realiza en el resultado*.

Por el contrario, dicho resultado importa la concreción de *otro riesgo*, más grave o menos grave, pero cualitativa y cuantitativamente distinto al riesgo originario atribuible al partícipe extraño por su intervención en la fase de concertación previa.

#### 1.- LA SOLUCIÓN PROYECTADA POR EL CODIFICADOR

En la correspondiente Nota Explicativa al art. 63 CP, IRURETA GOYENA afirma haberse apartado de su modelo inspirador –el Código Penal italiano de 1931-, cuyo art. 116 consigna que *“cuando el delito resulta más grave que el concertado, el partícipe moralmente extraño al hecho, sólo tiene derecho a una atenuación, dejando de prever la concurrencia inversa”*<sup>17</sup>.

En efecto, el art. 116 del Código Penal italiano establece que *“cuando el delito cometido fuere distinto del deseado por alguno de los concurrentes, también éste será responsable, si el resultado es consecuencia de una acción u omisión suya. Si el delito*

---

<sup>17</sup> JOSE IRURETA GOYENA, Notas Explicativas del autor del Proyecto, en ADELA RETA-OFELIA GREZZI, Código Penal anotado y concordado, Fundación de Cultura Universitaria, 8ª edic., Montevideo, 2011, pág. 259.

*cometido fuere más grave que el que se pretendía, la pena será disminuida con relación al que pretendió el delito menos grave*<sup>18</sup>.

En cambio, la fórmula uruguaya contenida en el art. 63 C.P. reza:

*“Si el delito cometido fuere más grave que el concertado o de igual gravedad, pero de distinta naturaleza, o complicado por otros delitos, los partícipes extraños al hecho responderán por el delito concertado y cometido y sólo por el cometido sin concierto, en cuanto hubiere podido ser previsto de acuerdo con los principios generales.*

*Si el delito cometido fuere menos grave que el concertado, responderán sólo por el primero”.*

La diferencia entre ambos textos legales es por tanto notoria. El código italiano establece sin reservas que el partícipe extraño responde siempre por el ilícito divergente del concierto y, si éste fuese más grave, prevé para aquel una disminución o atenuación de la penalidad. Por consiguiente, la responsabilidad por el delito diverso al concertado es la regla, que no reconoce excepciones, fuera de la atenuación de la pena en los supuestos de divergencia excedente en la gravedad.

En cambio, el código patrio invierte las cosas y puede señalarse que la regla es la irresponsabilidad del partícipe extraño. La excepción queda supeditada a que el delito divergente del concierto hubiere podido ser previsto por el partícipe extraño, de acuerdo a los principios generales.

Y el codificador es explícito al señalar a la culpa como título de imputación, ejemplificando –erróneamente- que cuando dos personas aceptan de un tercero el mandato de maltratar físicamente a un sujeto y por su propia deliberación o por exceso en los golpes, en lugar de maltratarlo lo matan, *“responden de homicidio culpable, siempre que hubieran podido prever la muerte*<sup>19</sup>.

Es obvio que, si bien las Notas Explicativas poseen valor hermenéutico, éstas no pueden desvirtuar el tenor literal de la ley. Y en el caso concreto, el codificador ha incurrido en un doble error:

- a. En lugar de resolver la situación del partícipe extraño al hecho, que es la situación problemática por excelencia, emplea el plural (*“responden”, “hubieran”*), refiriéndose inequívocamente no al mandante del maltrato, sino antes bien a los ejecutores del homicidio, que dan muerte a la víctima *“por su propia deliberación”*, o bien por exceso intensivo en el modo de ejecución.
- b. Por otro lado, al atribuirles culpa penal por el resultado muerte, el codificador está olvidando el componente de *“arranque lícito”*, exigido para el obrar culposo por el

---

<sup>18</sup> SANTO FERRARI-ROBERTO e GIORGIO FERRARI, Codice Penale e Codice di Procedura Penale, Hoepli, Milano, 1985, pág. 32. Ver además ANGELO RAFFAELE LATAGLIATA, El concurso de personas en el delito, Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 198.

<sup>19</sup> IRURETA GOYENA, Notas Explicativas, loc. cit. También afirma haberse atendido a *“la doctrina de la culpa”* en el ap. XVII de la Exposición de Motivos, Código Penal cit., pág. 42.

art. 18 inc. 2º C.P., que jamás podría configurarse en un supuesto donde los autores materiales obran *ab initio* para ejecutar un maltrato físico, que es de por sí una conducta penalmente relevante.

La invocación de la culpa para este supuesto traiciona las enseñanzas del propio IRURETA GOYENA quien, bajo la vigencia del Código Penal de 1889, había argumentado que la culpa era inconciliable con la "*correitá*" cuando la participación es principal y con la "*complicitá*" cuando la participación es secundaria, porque ambas figuras reclaman un concierto intencional de los codelincuentes, incompatible con la culpa penal<sup>20</sup>.

De todas formas, es evidente que el codificador buscó consagrar una solución ecléctica e intermedia entre el sistema de sola responsabilidad atenuada imperante en el régimen italiano y el sistema de irresponsabilidad total del partícipe extraño por el evento excedente, aconsejado por la dogmática alemana. Porque en el caso alemán, la cuestión del exceso inclina a la doctrina dominante a una solución excluyente en relación al partícipe ajeno al hecho, circunscribiendo la responsabilidad penal exclusivamente a los ejecutores inmediatos. A vía de ejemplo, MEZGER manifiesta que "*se habla de un exceso cuando alguno o algunos de los co-autores hacen más que lo que corresponde a lo acordado. De dicho exceso no es responsable el que no haya consentido con él*"<sup>21</sup>.

## 2.- LA INTERPRETACIÓN DOCTRINARIA

Doctrina y jurisprudencia se han empeñado en justificar la adscripción de responsabilidad penal en este supuesto de concurso impropio, procurando vincular al partícipe ajeno al hecho con alguna modalidad de imputación subjetiva, que por lo menos tranquilice la conciencia del intérprete, simulando respetar el principio de culpabilidad.

### A.- La solución del dolo

Como el art. 63 CP subordina la punibilidad del partícipe extraño al extremo de que ese ilícito divergente "*hubiere podido ser previsto*", el baremo valorativo es ciertamente la previsibilidad objetiva del reato que sobrepaja al concierto. Ello se apoya además en el inc. 4 del art. 18 CP, incorporado por el art. 1º de la Ley Nº. 16.707, donde se establece que en ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, "*que no haya podido ser previsto por el agente*".

BAYARDO BENGOA sobrevuela elípticamente sobre el punto, pues luego de indicar que el partícipe responde "*cada vez que el mismo haya podido o debido prever la consecuencia de la acción criminal cometida por otro*", argumenta seguidamente que "*es muy claro que cuando un agente está en dolo, su responsabilidad penal debe extenderse a todas aquellas consecuencias que, acorde al acostumbrado orden de las cosas, derivan de su acción, de manera que indudablemente han sido previsibles por su intelecto*"<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> JOSE IRURETA GOYENA, El delito de homicidio, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, 1920, págs. 114-115.

<sup>21</sup> EDMUND MEZGER, Tratado de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, tomo II, ps. 307-308. Idem: REINHART MAURACH-KARL HEINZ GÖSSEL-HEINZ ZIPF, Derecho Penal. Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, Tomo 2, pág. 447; HELMUT FRISTER, Derecho Penal. Parte General, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, págs. 619-620.



Con ello, el autor se recuesta en la teoría del *dolo de consecuencias necesarias*, que no es sino un argumento propio de la teoría del *dolus generalis*.

Ahora bien, el dolo posee un elemento cognoscitivo o intelectual, el cual impone que el sujeto conozca la realización del tipo, pues sobre dicho conocimiento efectivo se apoya el componente volitivo. Quien conoce y actúa, se reputa que, entonces, quiere la realización del injusto.

Desde luego, quien se hubiere representado *ex ante* la posibilidad de realización del evento divergente y teniendo dominio del hecho, no hubiere desistido del delito concertado, por supuesto que deberá responder a título de dolo directo, en tanto previó y quiso el resultado excedente.

No obstante, la verdadera cuestión en este asunto es bien diferente a la hipótesis precedente planteada, que en nada difiere de cualquier otra actuación ejecutada a dolo directo.

#### B.- La solución *sui generis*

A su turno, CAIROLI opina que ninguna de las formas de dolo directo y eventual, ultraintención o culpa tiene como contenido la previsibilidad. En tal virtud, para resolver la imputación subjetiva del delito divergente del concierto, se contenta con referir que “*se trata de una forma sui generis de responsabilidad*”<sup>23</sup>; postura que parece adoptar alguna jurisprudencia<sup>24</sup>.

#### C.- La solución del dolo eventual

En la otra variante dogmática, se ha fundamentado que cuando el partícipe extraño se representa el resultado y de todas maneras asiente su realización, el hecho excedente debe serle imputado a título de dolo eventual. En esa línea LANGON CUÑARRO opina que “*la responsabilidad por el resultado sobrevenido sólo puede ser atribuida a los partícipes extraños a título de dolo eventual cuando ello correspondiere*”<sup>25</sup>.

La jurisprudencia también se ha inclinado, en ocasiones, a imputar al partícipe extraño todo hecho divergente del concierto a título de dolo eventual<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> FERNANDO BAYARDO BENGEOA, Derecho Penal Uruguayo, 2da. edic., Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1970, tomo III, págs. 95-96.

<sup>23</sup> MILTON CAIROLI, El derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático-penales, FCU, Montevideo, 2003, Tomo II, pág. 126.

<sup>24</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4º Turno, Sent. Nº 173/3014 de 11/8/2014 en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy>.

<sup>25</sup> MIGUEL LANGON CUÑARRO, Manual de derecho penal uruguayo, Ediciones del Foro, Montevideo, 2006, pág. 427.

<sup>26</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal, Sent. de 23/8/1963, en La Justicia Uruguaya, Tomo 48, Caso 6.130, pág. 304; Suprema Corte de Justicia, Sent. Nº 353/2003 de 24/11/2003, en La Justicia Uruguaya, Tomo 129, Caso 14.847, págs. J-257 a 260; Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º Turno, Sent. Nº 338/2014 de 12/11/2014 en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy>.

Sin embargo, esa consideración vuelve a eludir la situación urticante, centrada en la hipótesis del partícipe extraño que ni siquiera llegó a representarse el resultado divergente, aun cuando éste sí fuere previsible, porque a falta de representación, mal puede aquel llegar a consentirlo.

#### D.- La solución de la preterintencionalidad

Siempre pensando en el homicidio como supuesto divergente y ateniéndose a la exigencia de arranque lícito en la culpa penal, CAMAÑO ROSA argumentó a favor de una muerte ultraintencional, *“siempre que la muerte hubiera podido ser prevista porque el acto inicial concertado y cometido fue penalmente ilícito”*<sup>27</sup>.

En efecto, esta cuarta posición hace caudal de que se trata de un suceso en dos actos, donde concurre dolo respecto del tipo básico concertado, pero sólo culpa en el evento divergente del concierto y, por lo tanto, este último debe atribuirse a título de ultraintención<sup>28</sup>.

#### E.- La solución de la culpa

Esta fue la tesitura que pensó el codificador, quien no en balde articula a la previsibilidad –no a la representación efectiva- como soporte de la imputación subjetiva. Por esta solución se inclinó en su momento MAGGIO<sup>29</sup> y posteriormente GREZZI, aduciendo que *“la acción respecto del resultado más grave, distinto o complicado es lícita, porque en modo alguno se dirige a ese evento previsible y no previsto por imprudencia; la nota de ilicitud de la acción cumplida surgirá recién después que comience la ejecución del delito concertado y sólo respecto a él y en la medida del aporte causal”*<sup>30</sup>.

#### F.- La solución abrogatoria

Por ella sufraga PETITO, argumentando que *“acaso una solución es menos mala que la otra, pero todas son imperfectas. Y por eso –al menos así lo creemos nosotros- sólo puede concebirse, por inaplicable, una interpretación abrogatoria de la disposición”*.

Luego de remarcar que se puede descartar la responsabilidad del partícipe extraño respecto del delito excedente cuando éste no fuera previsible para aquel, concluye que *“si fuera previsible, no hay en verdad... título subjetivo con qué imputar el exceso respecto del plan original de los partícipes, que respete los principios generales del art. 18, al que implícitamente se remite el art. 63”*<sup>31</sup>.

#### G.- Nuestra opinión

##### a.- El valor de la cláusula general del art. 63 CP

---

<sup>27</sup> ANTONIO CAMAÑO ROSA, Derecho Penal. Parte General, Editorial Bibliográfica Uruguaya, Montevideo, 1957, pág. 198.

<sup>28</sup> Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3º Turno, Sents. Nº 134/1980 y 40/1995.

<sup>29</sup> MAGGIO, ob.cit., pág. 78.

<sup>30</sup> OFELIA GREZZI, *Responsabilidad por delitos distintos de los concertados*, Revista de Ciencias Penales, Nº 2, 1996, Estudios en homenaje a Adela Reta, p. 264. De la misma opinión PESCE, ob.cit., pág. 151.

<sup>31</sup> PETITO, ob. cit., pág. 257.

Difícilmente pueda encontrarse una disposición legal, nada menos que inserta dentro de la Parte General del Código Penal, que sea capaz de concitar tan variadas opiniones a propósito de la imputación subjetiva del hecho.

A nuestro modo de ver, el art. 63 CP es una estructura de imputación “*en referencia*”, que no fundamenta ninguna categoría autónoma de tipicidad subjetiva, añadible a las formas básicas del dolo, la culpa y la ultraindiferencia. Tampoco puede ser encarada como un supuesto *sui generis* de responsabilidad, que se desentiende por entero de la imputación subjetiva, porque ello equivale a objetivizar *in totum* la responsabilidad, vinculándola exclusivamente a la realización ajena de un resultado, que ha sido llevado a cabo por otro agente.

Como ya se dijo, se trata de una norma o cláusula general que orienta al juzgador sobre la posibilidad de imputar un resultado excedente, fijándole límites e indicándole la modalidad de atribución subjetiva del hecho al *extraneus*, cuando dicha imputación extraordinaria fuere legalmente posible.

Insistimos en que esta norma suministra una cláusula general, un principio regulativo rector, que debe servir como baremo de valoración para toda clase de delitos divergentes del concierto, de la índole que fueren. Circunscribir el estudio de la disposición del art. 63 CP al caso exclusivo de la ocurrencia de un homicidio no concertado supone un craso error dogmático.

#### b.- La alternativa entre punición e impunidad

Del mismo modo, insistir en el hallazgo de una imputación subjetiva viable, en todos los casos y a toda costa, vuelve a ser un desacierto técnico, porque la alternativa frente a un delito excedente del concierto oscila en verdad entre la punibilidad o bien la impunidad del partícipe extraño.

Por supuesto, ello vale también para aquellos casos en que el delito divergente del concierto fuere de menor gravedad que el ilícito previamente planificado. Efectivamente, el art. 63 inc. 2 CP prescribe que si el hecho excedente no se realiza, sino que el ejecutor inmediato consuma un delito menos grave, desviándose del plan de autor, la responsabilidad obviamente se carga sobre el delito cometido. Pero esto tampoco significa que, automáticamente, el partícipe extraño quede involucrado como responsable por ese hecho más leve no concertado, porque la imputación subjetiva es idéntica a la de aquellos otros casos de exceso intensivo.

Por lo pronto, una regla elemental del sistema de *derecho penal de acto* señala que un ilícito concertado, pero no cometido, carece de la más mínima relevancia jurídica. La ley se atiene en definitiva a la realización típica, al hecho punible acaecido, tanto en las hipótesis de exceso en más (*ad maius*), cuanto en la disminución en menos (*ad minus*) de la entidad objetiva de la conducta, comparativamente examinada en relación al plan de autor originario.

Ambas son posibilidades fácticas de divorcio entre la concertación previa y la efectiva realización ulterior del hecho. Imputar responsabilidad por un hecho más grave, concertado *ex ante* pero no cometido, supondría caer en una inadmisibles solución de *derecho penal de autor*, fundado en la nuda peligrosidad, incompatible con un Estado constitucional de derecho y que, a su vez, el propio Código Penal ha querido notoriamente evitar.

En suma: la situación del partícipe extraño no varía ni se altera cuando el hecho sobrevenido posee menor gravedad que el proyecto planificado. Aún ante la realización de un delito menos grave, para el partícipe extraño la adecuación típica continúa oscilando entre la punibilidad o directamente la impunidad de ese ilícito divergente del concierto.

El art. 63 CP se estructura en torno a la previsibilidad objetiva del delito no concertado, pero ésta no es un modelo de imputación subjetiva especial, ni tampoco un coeficiente psíquico del agente *extraneus*, sino tan sólo un baremo de valoración destinado al juez. Ello supone que cuando pueda estimarse como previsible el resultado no concertado –según el criterio de la prognosis póstuma a cargo de un observador objetivo imparcial–, cabe imputárselo incluso al partícipe extraño y ajeno a su realización material, bajo la forma de un concurso impropio.

Empero, la norma sub examine no resuelve la forma de imputación subjetiva del delito divergente del concierto, sino que únicamente impone atenerse a la posibilidad representable de su acaecimiento.

#### c.- Dolo y participación corriente

En tal virtud, ello permite apartarnos de la imputación a título de dolo directo o a título de dolo eventual, porque en el obrar doloso el sujeto siempre ha previsto y se ha representado el resultado superviniente, cuya realización quiso de modo intencional o por lo menos consintió.

Entonces, de haber mediado dolo y previsión efectiva *ex ante* de la realización del evento excedente, el partícipe extraño perderá su condición de tal, debiéndose acriminarle una coautoría por instigación (art. 61 num. 1 CP) o, en la más devaluada de las hipótesis, situar su responsabilidad en el ámbito de la complicidad (art. 62 CP).

Dicho de otro modo: la presencia y atribución del dolo reconvierte al partícipe extraño en un partícipe común o corriente (un *intraneus*), imponiéndole al intérprete desaplicar la fórmula del art. 63 CP.

Desde luego y como en cualquiera otra hipótesis penal, determinar si se verificó o no una previsión efectiva del evento divergente es una tarea de estricta incumbencia del juez.

#### d.- Culpa o impunidad

El auténtico problema y el único supuesto de aplicación del art. 63 CP se configura cuando, pese a la previsibilidad objetiva *ab initio* del hecho divergente del concierto, el juez concluya que sin embargo, atendidas las circunstancias del caso, el partícipe extraño no previó la posibilidad del hecho diverso. Vale decir, cuando pueda apreciarse o inferirse que,

debido a negligencia o imprudencia, el partícipe extraño no se representó el desarrollo desviado del plan de autor, a pesar de que esa desviación era sin embargo previsible.

Fuera de dudas, ello nos remite a la solución de la culpa preconizada por el codificador. En este supuesto, la imputación subjetiva, arraigada en la imprevisión de un evento previsible, encuadra dentro de la culpa inconsciente (culpa sin previsión), recogida en el art. 18 CP, tanto para el caso en que el sujeto lisa y llanamente dejó de prever el exceso, como cuando lo previó erróneamente como un desenlace imposible<sup>32</sup>.

No obstante, aun así, para solventar la imputación subjetiva a título de culpa inconsciente resulta imprescindible introducir dos matices.

En primer lugar, la culpa posee en nuestro derecho positivo la nota caracterizante del *arranque lícito*, puesto que deriva de la realización de “*un hecho en sí mismo jurídicamente indiferente*”, que debe entenderse como penalmente irrelevante.

Para sortear ese escollo sólo cabe apegarse a la tesis de GREZZI, que proviene de la dogmática alemana, fragmentando al hecho como “*un suceso en dos actos*” y valorando que con respecto del delito no concertado, el partícipe extraño mantiene una posición de irrelevancia penal, por cuanto en la fase previa no lo previó ni planificó (el reato divergente fue soslayado en el marco del plan de autor originario y, precisamente, no quedó incluido dentro del concierto), ni tampoco participó materialmente en la fase de ejecución, ya que ese reato excedente fue ideado, resuelto y ejecutado exclusivamente por el o los autores inmediatos del mismo, con entera prescindencia de lo convenido *ab initio* con el partícipe extraño.

En segundo término, es obvio que los delitos culposos importan un *numerus clausus* en nuestro derecho positivo, al tenor de lo previsto por el art. 19 CP.

Sin embargo, la remisión que hace el art. 63 inc. 1 a “*los principios generales*”, no puede entenderse exclusivamente vinculada al art 18 CP, sino que también debe relacionarse dicho reenvío normativo con el art. 19 CP, que consagra una cláusula restrictiva de la punibilidad en materia de culpa y de ultraintención.

En consecuencia, si el delito divergente del concierto carece de norma expresa que lo penalice a título de culpa según el art. 19 CP (pensemos por ejemplo en una rapiña, un hurto o una violación, como supuestos divergentes del concierto), no queda otro remedio que sufragar por la alternativa de la impunidad del hecho para ese partícipe extraño al delito excedente.

El proyecto de reforma del Código Penal ha suprimido la exigencia del arranque lícito en la culpa, de modo que con esa sensible modificación el primer escollo dogmático perdería su condición de tal.

---

<sup>32</sup> No adherimos a la tesis de LANGON CUÑARRO, ob.cit., pág. 241, quien interpreta que media culpa consciente cuando el agente ha previsto como imposible el hecho.

Dado que simultáneamente el proyecto también ha eliminado el actual art. 63 CP, de sancionárselo, quedaría definitivamente erradicada la figura del partícipe extraño y la responsabilidad residual que entraña esa disposición.

De tal suerte y en adelante, la cuestión del exceso divergente en la participación, en todas sus diversas modalidades, correría por cuenta de cada quien, concretando la idea de que la imputación subjetiva deberá siempre coincidir con el dolo del agente, ateniéndose estrictamente al plan de autor.

#### H.- Conclusión

En suma, en nuestra opinión el art. 63 CP constituye una cláusula general sobre concurso impropio o anómalo -aplicable por ende a cualquier tipo penal-, mediante la cual se introduce al derecho positivo una cuarta modalidad de participación criminal: la del partícipe extraño con relación al hecho excedente del concierto.

La disposición examinada regula la divergencia -cuantitativa o cualitativa, en más o en menos- entre el delito cometido y el plan de autor acordado previamente entre los codelincuentes, respecto de la cual el *extraneus* resulta ser un tercero ajeno a su ideación y ejecución, puesto que no induce ni participa en la realización material de ese ilícito.

Por tanto y como regla de principio, el art. 63 CP consagra la irresponsabilidad del partícipe extraño, quien sólo deberá responder por el reato concertado y efectivamente cometido. La única excepción a esta regla está constituida por su falta de previsión o de representación del exceso o la divergencia, la cual deberá ser valorada según los principios generales, quedando circunscripta a los supuestos de culpa expresamente admitidos en el ordenamiento positivo.

Al examinar el título de imputación subjetiva de atribución de ese delito, excedente del concierto al partícipe ajeno, el juez realiza un juicio *ex post* acerca de su previsibilidad objetiva. Si en ese marco concluye en la no previsión del hecho divergente del acuerdo criminal, determinada por negligencia o imprudencia de aquel, se asiste a un suceso en dos actos, donde el delito no acordado no fue por él previsto ni tampoco planificado y, en consecuencia, ello sitúa al *extraneus* en una posición de irrelevancia penal que permite acudir al arranque lícito de la culpa.

En tal caso, la pena a aplicar debe guardar estricta relación con la imputación subjetiva que la sustenta, porque no puede equipararse la concurrencia dolosa del autor intelectual o material del delito divergente, con la mera cooperación culpable del partícipe extraño. Tendremos entonces, respecto de un mismo hecho delictivo, una imputación dolosa junto a una imputación culpable, que configuran precisamente esta peculiar modalidad anómala de concurso, consagrada en el art. 63 CP.

Por último, fuera de los casos en que la imputación culpable es admisible, debería concluirse en la impunidad del hecho divergente del plan de autor, so riesgo de incursionar en una responsabilidad objetiva claramente improcedente.

\*\*\*\*\*