

LES FRAYDES ET PRO

Revista

Julio 2011

28

blanch



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

– Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por <i>Juana del Carpio Delgado</i>	5
– Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	29
– Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por <i>Donato Castronuovo</i>	44
– ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por <i>Andreas Hoyer</i>	56
– El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por <i>M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga</i>	67
– Los límites de la amnistía, por <i>Juan Antonio Lascuráin</i>	95
– Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por <i>Ana Elisa Liberatore S. Bechara</i>	114
– ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por <i>Adán Nieto Martín</i>	136
– Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por <i>Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro</i>	153
– La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por <i>Shizhou Wang</i>	165
– Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por <i>Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo</i>	187
– Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	197
Sistemas penales comparados: El delito de blanqueo de dinero	207
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	269
Noticias. Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal.....	293



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica^(*) ^(**)

Donato Castronuovo

Profesor Investigador de Derecho Penal
Universidad de Módena y Reggio Emilia

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

RESUMEN: El presente trabajo estudia la relevancia de los “hechos psíquicos” en el concreto ámbito del concurso de personas. Se ciñe el estudio a aquellos hechos psíquicos encuadrables en el ámbito del concurso moral analizando los diferentes problemas que se suscitan al respecto y especialmente en relación con la prueba.

PALABRAS CLAVE: Hechos psíquicos. Concurso de personas. Concurso moral.

ABSTRACT: The present article studies the relevance of «psychological facts» in the specific sphere of multiple participation. The study focuses on those psychological facts which can be accommodated within the sphere of moral participation, analysing the different problems arising in this respect, particularly regarding evidence.

KEY WORDS: Psychological facts. Multiple participation. Moral participation.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. El concurso moral como “hecho psíquico”.- 3. La causalidad psíquica: ¿un paradigma incierto pero necesario?

1. Introducción

I. La noción de «hechos psíquicos», aunque sea en el más limitado contexto del concurso de personas posee una amplitud y un peso específico respetables¹.

En ésta pueden estar incluidos contenidos muy heterogéneos.

Son o pueden ser entendidos como hechos psíquicos, por ejemplo: algunos perfiles cognitivos y volitivos del elemento subjetivo doloso o culposo de los concu-

(*) Texto revisado y con actualización de las notas, de la ponencia presentada en el congreso: *La prova dei fatti pschici*, Pisa, 9-10 mayo 2008, destinado al volumen que recoge las actas. La traducción del italiano ha sido realizada por Paz Francés Lecumberri, doctoranda en Derecho Penal en la Universidad Pública de Navarra.

(**) En esta traducción, se ha querido respetar la terminología propia del legislador italiano en materia de autoría prescindiendo del concepto de “participación” y manteniendo el de “concurso de personas” siendo el concepto que utiliza el Codice Penale Italiano recogiendo en el Capítulo III del Título las disposiciones relativas al “Concurso de personas en el delito”. El legislador italiano mantiene, por tanto, una concepción unitaria de autoría por lo que se entenderá que hay un concurso de personas en el delito cuando, por un lado, éste se cometa por una pluralidad de personas —siendo esto lo que caracteriza al concurso de personas— se lleve a cabo un hecho típico y antijurídico y, por último, exista una contribución causal entre el hecho y cada uno de los sujetos la cual será individualizada por el Juez en el caso concreto.

¹ Sobre la “variedad” y sobre el “rol fundante” del elemento subjetivo concursal, véanse las reflexiones de ARDIZZONE, *In tema di aspetto subiettivo del concorso di persone nel reato*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, RIDPP, 1995, pp. 51 y ss., en particular pp. 55-56.

rrentes; el conocimiento y voluntad de concurrir en el hecho delictivo realizado por otros. Pero es también hecho psíquico, en una acepción amplia, el hecho de la interacción psíquica entre el partícipe moral y el partícipe material (determinación, fortalecimiento, consejo técnico), así como el encuentro de la voluntad de los partícipes (acuerdo).

El análisis que sigue estará limitado a esta última tipología de hechos psíquicos, o a aquéllos encuadrables en la hipótesis de interacciones relevantes e identificables en el universo del concurso moral, con el intento de aportar luz a los perfiles problemáticos apreciables también en el plano de la prueba.

La elección selectiva es dictada sobre todo —a parte de por razones de síntesis— por los aspectos realmente peculiares que la prueba de los efectos psíquicos de la interacción posee en el ámbito más general de los perfiles subjetivos del fenómeno de la participación criminal.

2. El concurso moral como «hecho psíquico»

I. Como ha sido apuntado, el concurso moral presenta, entre otras, delicadísimas cuestiones de orden probatorio, referidas a la averiguación de los «fenómenos psíquicos» ligados a la interacción entre varios sujetos; es decir, no con referencia a la relación entre una conducta y un resultado (como datos externos, material y naturalísticamente apreciables sobre el plano físico, fisiológico o biológico); sino a la relación (a grandes rasgos) entre conductas de sujetos diversos, una de las cuales —aunque de por sí atípica— es considerada penalmente relevante en el momento en que se postule alguna influencia de ésta sobre el proceso de decisión del agente principal.

Los fenómenos psíquicos de los que se discute consisten en los efectos motivacionales producidos sobre la psique del concurrente por la *instigación*, relevantes —cuando ésta sea acogida por el sujeto instigado— bajo la forma de determinación o de refuerzo del propósito criminal ajeno; o en los efectos vinculados al encuentro de las voluntades que se realiza, en condiciones de «reciprocidad comunicativa», con el *acuerdo criminal*; o, también, en los efectos cognitivos, apreciables en términos de mayores conocimientos, obtenidos por el ejecutor material que

es destinatario de un *consejo o información* de orden técnico.

II. Una precisión, **aunque obvia**

Tanto el acuerdo criminal como la instigación aceptada, implican siempre «hechos psíquicos» derivados de relaciones de interacción subjetiva, incluso cuando permanecen ajenos al fenómeno concursal, porque no son seguidos de la comisión del delito: son los casos en los que el acuerdo y la instigación pueden valer como mucho como presupuesto para la aplicación de una medida de seguridad, según exige el artículo 115 de nuestro código penal.

Ligeramente diversa, sin embargo, es la hipótesis de provocación aceptada, la cual —si concierne a un delito— también puede llevar a (conllevar) los efectos del art- 115 c.p., pero no implica la producción de un hecho psíquico posterior respecto a la mera no aceptación (en el sentido de que se puede de todos modos prescindir del proceso motivacional que ha llevado al instigado a no aceptar la instigación), consistiendo en una suerte de «tentativa de instigación psíquica».

Desde el punto de vista de la estructura fenomenológica (y de su traducción en la lógica del sistema normativo), las variables son las siguientes:

i) En la hipótesis de provocación acordada, estamos ante una interacción carente de efectos psíquicos posteriores y jurídicamente relevantes: el hecho exterior con objetivo significado instigatorio es *per se* lo que determina la posible aplicación de la medida de seguridad.

ii) En los casos de acuerdo criminal y de provocaciones aceptadas pero no seguidas de la comisión del delito, la instigación se limita a producir un resultado psíquico que se caracteriza por su influencia sobre el proceso de decisión relativo a la asunción del propósito criminal, que después no ha sido puesto en práctica².

iii) Finalmente, únicamente en los casos de interacción psíquica seguida de la comisión de un delito —aquellos en que se configura un posible concurso de personas bajo la forma de la participación moral— la estructura etiológica, como veremos, se presenta mucho más compleja, articulándose en un *doble resultado*: el efecto interno de naturaleza psíquica y el consiguiente hecho ofensivo exterior³.

2 Mas exactamente, cuando se trata de acuerdo criminal, el efecto psíquico no será naturalísticamente «único», sino más bien «unitario» desde el punto de vista de su significado (normativo) global, en función del carácter de necesaria reciprocidad del encuentro de la voluntad de varios sujetos que es típico del acuerdo mismo.

3 Véase *infra*, § 2.V.

III. La evocada delicadeza de las cuestiones que el tema conlleva, especialmente puesto en términos de averiguación de estos hechos de interacción psíquica, ha crecido desde una consideración pragmática, traída de la realidad práctica.

El concurso moral es, de hecho, una categoría tan huida cuanto dotada de tendencia expansiva, mostrándose propenso a «canibalizar» las formas de participación «atípica» —y los respectivos mecanismos de imputación— en varias constelaciones de casos que presentan caracteres (si bien entre ellos heterogéneos) de interacción.

La presencia inactiva en el lugar del delito y la connivencia mediante «adhesión moral»⁴; las contribuciones no necesarias, inútiles o contraproducentes⁵; algunas formas de «participación del *extraneus*» en asociación criminosa⁶; la responsabilidad de los jefes o dirigentes de organizaciones criminales por los delitos de mera actividad⁷: todas éstas —aquí apenas mencionadas— son hipótesis en las que, injustamente o con razón, la categoría del concurso moral ha terminado a veces por jugar un rol decisivo, cuando no exclusivo, en la eventual afirmación de la responsabilidad con referencia a la realización de contribuciones atípicas.

IV. Como es notorio, en la elaboración jurisprudencial y doctrinal, se tiende, prevalentemente a reconducir el concurso moral al paradigma causal, a través del argumento de la denominada *causalidad psíquica o psicológica*.

Un fenómeno, sin embargo, el de la causalidad o interacción psíquica, que, aunque a menudo circunscrito a la participación moral, se entiende no limitado al contexto del concurso de personas, asumiendo importancia decisiva también para las cuestiones surgidas en torno a los *condicionamientos psíquicos*⁸; o como requisito central de varios tipos penales, fundados sobre el elemento de la *instigación*, de la *determinación*, de la *inducción* o, eventualmente, también de la *constricción* o de la *amenaza* (así, por ejemplo, la instigación a delinquir, la instigación al suicidio, el fraude, el engaño de incapaces, la concusión, la extorsión, la violencia privada, etc.); o, por último como momento motivacional que fundamenta el efecto eximente vinculado a la *coacción moral* (art. 54, apartado 3, c.p.) y la atenuación o exclusión de la pena en las diversas figuras reconducibles a la *provocación* (art. 61, n. 2; art. 599, apartado 2, c.p.)⁹.

4 Véanse, por ejemplo, las referencias jurisprudenciales referidas por: ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, 3ª ed., Milano 2005, p. 172; COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, Napoli 2008, pp. 20-32, distinguiendo, más analíticamente, las hipótesis (analizadas en sentido crítico) de mera presencia, de adhesión evidente, de adhesión implícita, de promesa de silencio (cfr. también *ibidem*, pp. 255-258).

5 Sobre las condiciones de «convertibilidad» de la contribución material inútil o dañosa en una hipótesis de participación moral, véase, en síntesis: FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Bologna 2007, p. 463; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Padova 2008, p. 510.

6 El concurso externo como forma de participación moral resulta, como se sabe, más fácilmente admisible, por la doctrina y por la jurisprudencia, que la de tipo material. Piénsese en el ejemplo tomado de ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 186) de el jefe de la mafia «en descanso», ajeno al pacto, que induce al hijo a asumir un rol directivo en el seno de una asociación criminal. No obstante, como la controvertida evolución jurisprudencial de la figura del concurso externo ha demostrado, las superposiciones entre participaciones materiales y morales pueden generar una notable confusión: como parece evidente, por ejemplo, en el caso en que se considera que la conducta del *extraneus* «determine en los exponentes del pacto la conciencia de poder contar con seguridad con el aporte de un sujeto (...) cualificado, (...)», con la consecuencia de que «un efecto así constituye, *per se* un indiscutible refuerzo de la estructura asociativa» (así, SESIÓN UNIDA DE CASACIÓN, audiencia del 30 de octubre de 2002, depósito del 21 de mayo de 2003, n. 22327, CARNEVALE, en *Cassazione Penale*, 2003, pp. 3276 y ss., especialmente p. 3297). Sobre el punto, también para referencias actualizadas, véase COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 39-54.

7 Véase, una vez más, la exposición de ROMANO, GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 198-201 (en particular, n.m. 136); así como las referencias desarrolladas en PAPA, *Concorso di persone nel reato*, en GIUNTA (coordinador), *Dizionario sistematico di Diritto penale*, Milano, 2008, pp. 316 y ss.

8 Con referencia a los condicionantes psíquicos (y a la tutela de la persona), extensamente en: USAI, *Profillo penali dei nuovi condizionamenti psichici. Riflessioni sui problemi penali posti dalla fenomenologia dei nuovi movimenti religiosi*, Milano 1996; y CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, en CANESTRARI, FORNASARI (coordinadores), *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, Bologna 2001, pp. 187 y ss.

9 En la misma latitud de la noción de causalidad psíquica en el derecho penal —además de, más en general, para una consideración actualizada de las cuestiones por ésta implicadas— véanse los siguientes artículos de: CORNACCHIA, *Il problema Della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 198-223; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, en *Indice Penale*, 2004, pp. 815 y ss. (en particular pp. 818-820); y RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Torino 2007, *passim* (en particular pp. 8 y ss., 38 y ss., 42 y ss.).

V. De otra parte, la denominación que frecuentemente se utiliza, centrada sobre la causa psíquica, podría parecer confusa.

Lo que caracteriza como «hecho psíquico» al fenómeno en examen no depende de la naturaleza del comportamiento individualizado como antecedente de una determinada conducta típica, sino del tipo de resultado fruto de la interacción entre al menos dos sujetos: el *resultado psíquico*, o sea, la consecuencia intermedia -de naturaleza psicológica- consistente en la decisión por parte del sujeto A, de comportarse de una determinada manera, como consecuencia del influjo ejercitado por la conducta mantenida por el sujeto B¹⁰.

En definitiva, la denominada causalidad psíquica evoca una relación de estructura compleja (es decir, de varios «términos»), y puede ser esquemáticamente representada como sigue: una conducta de valor *comunicativo* mantenida por B (por ejemplo: la incitación a golpear a un sujeto, o el consejo sobre cómo introducirse en un sistema informático, o la entrega de un objeto escaso¹¹) adopta importancia en el proceso de decisión (de por sí apreciable en la medida de resultado psíquico intermedio) que llevará a A a la realización de una conducta ejecutiva (respectivamente: pegar un puñetazo, introducirse en un sistema informático siguiendo la secuencia sugerida, o forzar una puerta con el auxilio del objeto de difícil adquisición proporcionado por B).

Obviamente, una estructura compleja de varios términos se encuentra fácilmente también en las hipótesis de la denominada causalidad material, al menos todas

las veces en que sea heurísticamente apropiada una explicación de la relación causal mediante la identificación de resultados intermedios o sub-resultados.

La particularidad del fenómeno aquí estudiado viene dada, entonces:

i) por la necesaria presencia de un resultado intermedio;

ii) y, sobre todo, por la naturaleza de tal resultado intermedio: al referirse al proceso motivacional que está en la base de una futura conducta de un sujeto, se tratará de un resultado psíquico (o interno)¹².

Pero claro, —también argumentando sobre la base de la regla contenida en el art. 115 c.p.— no será nunca suficiente la producción de un mero efecto intermedio de naturaleza psíquica, requiriéndose la necesaria verificación del *resultado final*: el momento terminal de la secuencia causal en cuestión estará siempre representado por el *hecho ofensivo* realizado por el sujeto A (al menos en la forma mínima de la tentativa del delito)¹³.

3. La causalidad psíquica: ¿un paradigma incierto pero necesario?

I. Hechas estas precisiones de orden más general, volvamos al problema central de las hipótesis de interacciones psicológicas relevantes en el concurso de personas o sea en el contexto en el que la categoría de la causalidad psíquica ha conocido el mayor desarrollo argumentativo¹⁴.

10 Cfr. CORNACCHIA, *Il problema Della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., p. 199: "más que de causa, se debería hablar del resultado psíquico de una conducta" (cfr., además, *ibidem*, p. 222).

11 Obviamente —sin poder aquí profundizar mínimamente— en el ámbito interpersonal un valor "comunicativo" dotado de sentido bien puede serle reconocido también a conductas o comportamientos *diversos* de aquellos consistentes en la manifestación de expresiones lingüísticas: por ejemplo, en consideración del contexto concreto en que se presentan, también la actitud, la gestualidad, la entrega de un objeto o el cumplimiento de cualquier conducta por parte de un sujeto podrían asumir significado comunicativo *lato sensu* instigatorio, allí donde produzcan efectos psíquicos correspondientes sobre otro agente.

12 En general sobre la noción de "sub-resultado" o "resultado intermedio", en relación con un "resultado final primario", v., a propósito de la explicación causal: STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, (Milano, 1975), reimpresión integrada, Milano, 1990, pp. 268 y ss.; y, con referencia a la estructura preventiva de las reglas cautelares: FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1991, pp. 488 y ss. En nuestro contexto de discurso, una descripción de la participación moral como fenómeno articulado en el *mencionado doble pasaje etiológico* se encuentra muy claramente, entre otros, en SEMINARA, *Riflessioni sulla condotta istigatoria come forma di partecipazione al reato*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, pp. 1126 y ss., dando relevo a la «serie continua» (entre «dos resultados», es decir, aquello consistente «en la causación del propósito criminal en cabeza del sujeto instigado» y aquel consistente «en la ejecución que sea conseguida por parte del instigado mismo»). Sobre este "doble resultado", se pueden ver, también, entre otros: MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano 2006, p. 359; PAPA, *Concorso di persone nel reato*, en GIUNTA (coordinador), *Dizionario*, cit., p. 315.

13 Pone decididamente el acento sobre el hecho lesivo, como segundo término de la relación causal típica de la participación moral DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale* RIDPP, 1984, p. 224 s., subrayando la necesidad de que la conducta instigatoria posea "un ligamen etiológico con el hecho lesivo, en vez de únicamente con la esfera psíquica" del ejecutor (cursivas en el original).

14 A pesar de que no faltan reconstrucciones más generales o relativas a sectores diversos al de la participación también en la elaboración doctrinal y jurisprudencial alemana el problema de la *Psychische Kausalität* parece tratarse principalmente con referencia a las

Según el modelo de la causalidad psíquica, serían considerados «relevantes» exclusivamente aquellas contribuciones morales acaecidas sólo en la fase de ideación o, según otra versión, también durante la fase ejecutiva) sin las cuales el hecho típico, realizado por el autor principal, no se habría verificado.

Se discute, después, si se trata de un modelo de causalidad realmente fundado sobre el criterio de la *condicio sine qua non*¹⁵ o sobre un criterio que si bien es

causal, no es necesariamente condicional¹⁶. No obstante, como es sabido, se trata de distinciones y disputas concernientes al plano más general de los criterios de tipificación de la contribución «atípica» en el concurso de personas, sea material o moral¹⁷.

De cualquier manera, según los sustentadores de la causalidad psicológica, para obviar los problemas de *prueba diabólica*, para llegar a la comprobación de los efectos de la interacción psíquica sobre el plano moti-

figuras de participación, y en particular de la instigación (§ 26 StGB: Anstiftung) y de la complicidad (§ 27 StGB: Beihilfe). De todos modos, sobre la causalidad psíquica más en general, véanse con diferentes planteamientos: ENGISCH, *Das Probleme der psychischen Kausalität beim Betrug*, en FS H. von Weber, Bonn 1963, pp. 247 y ss.; KAHRS, *Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*, Hamburg 1968, pp. 22 y ss.; SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt a.M., 1972, pp. 183 y ss.; BERNSMANN, *Zum Verhältnis von Wissenschaftstheorie und Recht*, en ARSP, 1982, pp. 536 y ss.; KORIATH, *Kausalität: Bedingungstheorie und psychische Kausalität*, Göttingen 1988, *passim*; KAHL, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei den unechten Unterlassungsdelikte. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff*, Berlin 1990, pp. 39 y ss.; OTTO, *Die objektive Zurechnung eines Erfolgs im Strafrecht*, en Jura, 1992, pp. 90 y ss.; DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin 1996, pp. 29 y ss.; JESCHECK, WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlin 1996, p. 694; OSNABRÜGGE, *Die Beihilfe und ihr Erfolg. Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, Berlin 2002, pp. 159 y ss.; PUPPE, *Vorbemerkungen zu § 13*, en KINDHÄUSER, NEUMANN, PÄFFGEN (coordinadores), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, I, 2ª ed., Baden-Baden 2005, n.m. 125 y ss., pp. 363 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., München 2006, § 11, n.m. 31 s., pp. 364 y ss. (la causalidad psíquica en general); ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München 2003, § 26, n.m. 197 y ss., pp. 198 y ss. (causalidad psíquica y *Beihilfe*); LENCKNER, EISELE, *Vorbemerkungen zu den §§ 13 ff.*, en SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München 2006, n.m. 75, p. 184; CRAMER, HEINE, § 27, en SCHÖNKE, SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27ª ed., München 2006, n.m. 12, pp. 554 y ss. Reseñas sobre la literatura alemana en cuestión, cuidadas y puestas al día, se pueden encontrar en las contribuciones de CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 199 y ss.; RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., pp. 821 y ss.; 834 y ss. Para la literatura de lengua inglesa es obligatorio hacer referencia, al menos, al celebre estudio de H.L.A. Hart e T. Honoré: HART, HONORÉ, *Causation in the Law*, (1959), 2ª ed., Oxford 1985, pp. 51 y ss.

15 Se trata de la opinión tradicionalmente dominante en la doctrina y, al menos en las declaraciones de principio, en la jurisprudencia. Para una argumentada reproposición, en la literatura reciente, ROMANO, GRASSI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 169 y ss (causalidad en la participación moral) pp. 163 y ss. (causalidad en la participación material); cfr., además, ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3ª ed., Milano 2004, p. 367 (causalidad psíquica en general). La necesidad de remitir a un «modelo nomológico-deductivo» —aún no escondiendo la dificultad del paradigma condicional en los contextos de interacción psíquica— es reafirmada, por ejemplo, también por MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, en RONCO (dir.), *Commentario sistematico al Codice Penale*, Vol. 2, tomo II, *Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena. Forme di manifestazione e concorso di reati*, Bologna 2007, p. 128. Para la literatura anterior, es necesario mencionar al menos a STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, cit., pp. 102-107: «también para los denominados influjos psíquicos [...] sigue siendo válida la afirmación de que un antecedente es causal sólo si es condición *sine qua non*, y que el condicionamiento no puede ser verificado sin la ayuda de generalizaciones adecuadas». Según el insigne autor (*ibidem*, pp. 313 y ss.) —que sobre este punto reenviaba al pensamiento del filósofo de la ciencia Ernest Nagel (NAGEL, *The Structure of Science: Problems in the Logic of the Scientific Explanation*, Indianapolis, Cambridge 1961, pp. 473 y ss.)— tales generalizaciones tienen carácter probabilístico, fundándose sobre leyes estadísticas: «afirmarán, por ejemplo, que la mayor parte de los hombres, o que un importante porcentaje de ellos, se comporta, en determinadas circunstancias, de un determinado modo». Cfr., entre otros: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, cit., pp. 502 y ss.; PULITANO, *Diritto penale*, 2ª ed., Torino 2007, pp. 466 y ss.

16 Así, por ejemplo, últimamente, RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 14 y ss., 21, quien distingue entre *determinación* e *instigación-refuerzo*. Según la autora, únicamente respecto a la determinación se daría la posibilidad de individualizar un nexo causal efectivo de naturaleza condicional, basado sobre leyes “sociales” de cobertura: la referencia llevaría al comportamiento “normalmente” idóneo para incidir sobre la capacidad de determinación ajena, condicionándola. En cambio, por lo que respecta a la instigación-reforzamiento, en cuanto conducta accesoria, ésta podría ser casual, pero no condicional respecto a la verificación del resultado-delito: se deberá comprobar, entonces, que la incitación, el consejo o la promesa de ayuda han tenido una efectiva incidencia sobre las concretas modalidades de realización del delito.

17 Síntesis eficaces y actualizadas de este problema “neurálgico” de teoría del concurso de personas en: AMATI, voz *Concorso di persone nel reato*, en *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano 2006, pp. 1177 y ss.; MORMANDO, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 120 y ss.; MUSCO, *Art. 110*, en CRESPI, FORTI, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, 5ª ed., Padova 2008, pp. 417 y ss.; PAPA, *Art. 110*, en PADOVANI (coordinador), *Codice penale*, I, 4ª ed., Milano 2007, pp. 755 y ss.; *Id.*, *Concorso di persone nel reato*, en GIUNTA (coordinador), *Dizionario*, cit., pp. 311 y ss. Para un estudio monográfico actualizado, véase COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., *passim*.

vacional, sería necesario aplicar los criterios de generalización nomológica o las máximas de la experiencia, postulando así la posibilidad de descubrimiento de las «regularidades» y de definir tales fenómenos de acuerdo a los «hechos repetibles», y, por tanto, procesalmente, hechos pertenecientes a la «lógica de los hechos probables».

II. Según otras opiniones, en cambio, la utilización del modelo condicional o en todo caso causal (en absoluto inmune a perfiles altamente problemáticos ya en el terreno del concurso material), también para explicar la participación moral, termina por reducirse a una «ficción jurídica», puesto que impone postular (¡y por tanto comprobar!) una suerte de *condición psíquica* o cuanto menos un antecedente etiológico influyente sobre el proceso motivacional del partícipe.

La crítica al dogma causal se desarrolla según los ahora ya habituales argumentos. El paradigma nomológico de tipo causal-condicional —más allá de sus dificultades epistemológicas, denunciadas ya en el plano de la física o de la biología o de la fisionomía— no estaría en condiciones de explicar la etiología de las consecuencias de las conductas instigatorias, o en todo caso de conductas capaces de generar procesos de interacción psíquica que desembocan en efectos de determinación o refuerzo del propósito de realizar un hecho delictivo.

En cuanto procesos psicológicos que se desarrollan completamente *en el interior* del sujeto instigado, y en cuanto *irrepetibles*, o sea, no necesariamente reducibles a secuencias dotadas de regularidad, tales mecanismos parecen indemostrables, no susceptibles por tanto ni de una averiguación científica ni de una prueba procesal¹⁸.

18 Cfr., Para referencias, de nuevo, CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Bologna 2007, pp. 720 y ss. En sentido contrario a la utilización del concepto de causalidad psíquica, o en todo caso a la extensión del paradigma causal a las hipótesis del concurso moral (al menos como *paradigma único*), en la literatura reciente, entre otros: SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, Padova 2000, pp. 138 y ss., 141 y ss., 193 y ss. Quien coloca junto al nivel de la imputación causal el “riesgo jurídicamente tolerado en la comunicación”, recavando los límites de relevancia penal de la instigación del principio de autoresponsabilidad); CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 199 y ss. (quien sintetiza los argumentos contrarios a la asimilación entre causa material y causa psíquica reclamando los caracteres de la *irrepetibilidad e interinidad* de los fenómenos psíquicos y de la no predeterminabilidad de las acciones humanas: *ibidem*, pp. 200 y ss.); DE FRANCESCO G. A., *Concorso di persone nel reato*, en AAVV, *Introduzione al sistema penale, II*, Torino 2001, pp. 335 y ss.; DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, p. 679; EAD., *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino 2003, pp. 303-306; PADOVANI: *La concezione finalistica dell'azione e la teoria del concorso di persone nel reato*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, p. 405 («la causalidad “psíquica” es en realidad hija de una psicología indeterminada de la que ya ha pasado el tiempo, si es que alguna vez lo ha habido, y que sobrevive solamente en las páginas de algún manual penal o de alguna sentencia proclive a motivar recurriendo a *tópoi* conceptuales gastados y extravagantes»); RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., pp. 815 y ss., en particular pp. 834 y ss., 843 y ss. Este último autor —afirmada la irreductibilidad de las relaciones psíquicas interpersonales al paradigma de la descripción mediante “leyes”— propone el abandono de la causalidad psíquica y una reconstrucción de la figura del concurso moral sobre la base de un acercamiento “funcional” y *ex ante*, que (declaradamente) considera necesarios (y suficientes) los mismos requisitos de punibilidad de la tentativa: la intencionalidad, la idoneidad y la univocidad (*ibidem*, pp. 845 y ss). De modo que la coparticipación psíquica postularía, «sobre el plano subjetivo, la intencionalidad de la ofensa consumada por el autor material» (*ibidem*, p. 849); «sobre el plano objetivo», no sólo la congruencia y proporción entre el mensaje comunicado al ejecutor y la ofensa (*ibidem*, p. 846), sino también «la dirección no equivoca de los actos atípicos respecto a aquéllos ejecutivos, en el sentido de que los primeros deben presentarse funcionalmente como medios respecto de los segundos» (*ibidem*, p. 849). En perspectiva de reforma, véanse, por el contrario, las observaciones de DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, en *ID.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, pp. 333 y ss., el cual —considerando un «falso dilema» el del mantenimiento del unitario paradigma causal o su integral abandono— propone establecer junto al paradigma principal de tipo etiológico (entendido como causalidad respecto al resultado o a la consumación y no únicamente respecto a la ejecución o realización), algunas soluciones diferenciadas —válidas en particular para la facilitación y la instigación— que recurran a la «tipificación legal» de «singulares formas de participación mediante conductas no causales respecto al resultado». Según el autor, la «razón sustancial» de la relevancia de las contribuciones psíquicas «no consiste en el tener efectivamente una eficacia sobre el delito cometido, ni en el ser conductas de adhesión, sino en una efectiva incidencia del acto sobre *la decisión* que ha hecho posible la actividad ejecutiva y el resultado [...], o bien su incidencia sobre aspectos significativos de la organización general del delito [...]. Se trata [...] de reconocer lúcidamente que determinadas aportaciones, pero sólo esas, son relevantes incluso prescindiendo de la prueba de su incidencia sobre la fase ejecutiva o sobre la consumación: son formas típicas de participación»: en resumen, se trataría de «excepciones» respecto al paradigma etiológico, que serían sin embargo tipificadas por el legislador (*ibide*), pp. 336 y ss.). La solicitud de tipificación no puede sino ser compartida. Se puede sólo observar —pero se trata de una circunstancia obvia— que el problema de la comprobación de una interacción (*ergo* de una causalidad) psíquica, aunque en parte desdramatizado, se volvería a presentar, también en presencia de la mejor técnica de tipificación de las hipótesis de concurso moral: sería necesario en todo caso verificar la incidencia efectiva del comportamiento

Una dificultad posterior —esta vez de orden, por decirlo así, «normativo»— atañería, ahora, al hecho que la así llamada causalidad psíquica viene referida, por lo general, a la hipótesis de interacción entre sujetos «autoresponsables»: se supone que el comportamiento del instigador desarrolla sus influjos condicionando la decisión tomada por un autor capaz de comprender el significado del propio proceder y al que será reconducible, materialmente, la sucesiva conducta¹⁹.

III. Sin embargo, no obstante éste «déficit epistemológico» (y, en parte, como se acaba de apuntar, también «normativo»), la fórmula de la causalidad psíquica es decir, la explicación de las interacciones psíquicas mediante extensión del modelo causal— obtiene un cierto éxito jurisprudencial y doctrinal.

Seguramente, sea un éxito del dogma causal²⁰; y, quizás, también un legado del ontologismo metafísico de sello aristotélico, fundado sobre el concepto de *causa eficiente*²¹.

Por otro lado, un peso no desdeñable en esta —a veces problemática o poco convincente— adhesión al dogma causal podría ser el argumento pragmático orientado a las consecuencias en el plano aplicativo, donde, por razones garantistas, la disponibilidad de modelos explicativos separados del paradigma etiológico parece poco tranquilizadora²².

Pero también al querer asumir sobre el tema de las interacciones psíquicas una posición «posibilista» en orden a la posibilidad de identificar un estatuto causal —quizás fundado más sobre generalizaciones probabilísticas del sentido común que sobre (por lo demás inaccesibles) criterios de probabilidad científica— no puede dejar de evidenciarse la elevada tasa de incertidumbre de toda esta operación²³.

Por último, tampoco las soluciones orientadas a sustituir el paradigma causal, recurriendo a mecanismos de pronóstico de la imputación basados en la idoneidad o peligrosidad *ex ante* de la contribución (material y moral)²⁴, consiguen librarse —¿y cómo podrían?— de

de un sujeto sobre el *resultado interno* consistente en la “decisión” que está en la base de una futura actividad ejecutiva llevada a cabo por otro sujeto. Lo que representa precisamente, como se ha visto, el modo correcto de describir la estructura del fenómeno de la interacción psíquica en el concurso de personas, que permanece centrado sobre la identificación de un doble resultado: un resultado interior influyente sobre el proceso motivacional del sujeto instigado, seguido del resultado ofensivo puesto en práctica por este último (cfr. *Supra*, § 2. V). Si se introdujese una tipificación expresa de las conductas de instigación, estos dos resultados deberían ser de todas formas verificados, incluso cuando se decidiese prescindir de un ligamen condicional entre ellos.

19 Cfr. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 7 y ss.; DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., p. 304. Sobre este punto, más ampliamente SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità*, cit., 138 y ss., 193 y ss. (y *passim*).

20 Para una crítica decidida al dogma causal, DE FRANCESCO G.A., *Concorso di persone nel reato*, cit., p. 330, quien indica como “equivocación de fondo” en que se incurre en la teoría del concurso de personas el obstinarse en reproducir en formas diversas las categorías estructurales propias del delito monosubjetivo: en particular, “el esquema conceptual y el “arquetipo” original puesto en la base de la categoría lógica de la “causalidad””. Cfr. También ID., *Sul concorso di persone nel reato*, en *Studium iuris*, 1998, pp. 732 y ss. Véase, además, CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, pp. 6 y ss. (y *passim*).

21 Así CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 720 y ss. Véase también CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., pp. 205, 211, 220 y ss.

22 Sin embargo, en un sentido crítico sobre este punto metodológico, RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., pp. 831 y ss., quien observa cómo el rechazo a las minoritarias reconstrucciones contrarias a la causalidad psíquica se ha concentrado especialmente sobre el aspecto de las aparentes «consecuencias operativas», «como si fuese posible discutir sobre la validez de cualquier tesis científica prescindiendo de su valor epistemológico y de su no contradicción sobre el plano lógico» (cfr. también *ibidem*, pp. 843 y ss., donde se mantiene, por el contrario, que es el instituto de la causalidad psíquica el que obra en modo no garantista). La cuestión evocada por el autor es, como se ve, de orden general y de relevancia metodológica, y no puede ser aquí abordada. Sin embargo, sin obviamente poder nunca prescindir del intrínseco valor lógico-epistemológico de las tesis elaboradas, aquellas que nos ocupan, en cuanto *jurídicas*, son peculiares también por el contexto discursivo en que se colocan, y obedecen al menos a un vínculo ulterior: aquél, por así decir, deontológico. En el fondo, la prevaloración de las posibles consecuencias aplicativas de una tesis (en todo caso) interpretativa, como la jurídica, es funcional a un control preventivo sobre su efectiva compatibilidad con el *sistema* normativo de referencia considerado en conjunto, fundado sobre reglas y principios.

23 Véase, por ejemplo, la advertencia de INSOLERA, voz *Concorso di persone nel reato*, en *DDP*, vol. de actualización, Torino 2000, p. 71: «¡cuánto arbitrio se deja al juez en la extrapolación de las constantes motivaciones de la acción humana! Una operación con seguridad lógicamente no imposible, pero tan incierta y, por tanto, tan lejana de la función de garantía expresada por el concepto mismo de tipicidad».

24 Para una reseña razonada de las «soluciones non causali» propuestas en la literatura italiana, cfr., recientemente, COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 87 y ss; RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 28 y ss.

la lógica común «etiológica» que liga, inseparablemente, los conceptos de causa y de peligro²⁵.

Si así es, al menos de *lege lata*, el paradigma causal se muestra, al mismo tiempo: débil pero necesario; ineludible, si bien incierto.

Una solución satisfactoria parece, entonces, realmente inalcanzable: de un lado, están las dificultades lógicas y epistemológicas que rodean la *causalidad* (*efectiva o potencial*), especialmente si es aplicada a los fenómenos psíquicos, donde se muestra empresa ardua la individualización de regularidades y generalizaciones; del otro, sin embargo, persisten dificultades de individualizar un *modelo alternativo*²⁶ que explique la eventual relevancia penal de los fenómenos de interacción psíquica de manera lógica y normativamente satisfactoria, así como compatible con los principios garantistas.

La puesta en juego es bastante alta, y está representada por el riesgo de intolerables violaciones de los principios de taxatividad-determinación y de personalidad: la incertidumbre y la plasticidad que caracterizan los paradigmas de imputación del concurso (*tout court* y en particular de aquel) moral, hacen que sea posible una aplicación muy amplia, siempre que el comportamiento —incluso sólo pasivo— de un sujeto se preste a ser interpretado como dotado de sentido comunicativo respecto de la realización del delito, quizás privilegiando argumentos que desde siempre han sido «resbaladizos», como aquéllos de tipo subjetivista y sintomático.

IV. Una posición escéptica frente al problema en examen depende, en sustancia, de la improbable solución del dilema ahora evocado, es decir: dificultad epistemológica e incertidumbre lógica *versus* exigencias garantistas.

Soluciones improbables al menos en relación al dato normativo actual, deducible de la consolidada interpretación de los arts. 110 y ss. del código.

En una perspectiva de reforma, por el contrario, será indispensable buscar —para las hipótesis de participación atípica aquí discutidas— soluciones diferenciadas respecto al dogma causal interpretado según el modelo de la *condicio sine qua non*, privilegiando la elección de criterios de imputación que, en vía de «excepción», prescindan del paradigma etiológico-condicional, mediante la *tipificación* de conductas «instigadoras» relevantes a título de concurso de personas en el delito²⁷. Una elección que podrá disminuir la carga problemática de la averiguación de las interacciones psíquicas, incluso como ya se ha apuntado, sólo en parte, siguiere siendo de todas formas imprescindible la referencia a un efecto psíquico incidente sobre la resolución del autor de comportarse de manera ilícita²⁸.

V. De frente a tales aporías conceptuales —considerando que de todas formas, la reconstrucción más difundida está orientada a argumentar mediante el *topos* de la causalidad psíquica, entendida como modelo de explicación del concurso moral— tal vez se pueda intentar obtener, por lo menos, una conclusión «mínima» desde el punto de vista de la averiguación.

En las constelaciones de casos en que se plantean cuestiones de concurso moral, se tratará —sin considerar hipótesis límite— de una prueba necesaria y estructuralmente indiciaria, incluso cuando se funde, al menos en vía de principio, en criterios generalizadores como los de la condición conforme a leyes científicas o a máximas de la experiencia²⁹.

25 Lo recuerda, de manera efectiva, DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 334: «Causalidad e idoneidad (o peligrosidad *ex ante*) son categorías genéticamente inseparables pertenecientes a las misma cepa. [...] La idoneidad es causalidad en potencia» (cursivas originales).

26 Se entiende: un modelo *realmente alternativo* respecto al causal, ya que, como se ha dicho, también las soluciones fundadas sobre paradigmas de idoneidad *ex ante* conservan una necesaria estructura etiológica (sin embargo potencial).

27 En este sentido, como se ha visto precedentemente (nota 18), las propuestas de *lege ferenda* formuladas por DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., pp. 333 y ss. Sobre la cuestión de la tipificación de las conductas de participación moral véase también RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 77 y ss.

28 Cfr. *supra*, en la parte final de la nota 18.

29 Cfr. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., pp. 304 y ss.: «En primer lugar, la verificabilidad empírica de las leyes es, en relación a los mecanismos psíquicos, inferior que en otros lugares. Lo que de por sí invalida la tasa de científicidad de la ley, rebajándola a criterio meramente indiciario. En segundo lugar, el recurso a asunciones tácitas debe ser abundante, y por tanto capaz de desvalorizar posteriormente la bondad del método lógico, oscureciendo la posibilidad misma de aclarar el fenómeno *en particular* del condicionamiento psicológico. [...] Si así es, en estas aplicaciones, el recurso a la (así llamada) ley parece agotar todo el juicio», dada la imposibilidad de recuperar el momento *ex post*. La autora mantiene que, también quien «siente apego al paradigma causal, termina en verdad por replegarse sobre esquemas de valoración *ex ante* [...] y, en la dificultad de operar una comprobación del caso particular, insiste sobre la utilidad de indicios meramente indiciarios, como el estado de incapacidad o de particular inadaptación del instigado (el que carecería de la normal *autorresponsabilidad*) o, por el contrario, la utilización de medios cualificados (amenazas, promesas), por parte del instigador» (cursivas también en el original).

Todo lo anterior, como se ha dicho, sin considerar las hipótesis límite.

Un caso límite, en el que la averiguación de la denominada causalidad psíquica podrá ser más fácil y menos mediatizada por argumentaciones indiciarias, podría atañer a las hipótesis de «mandato criminoso»: por ejemplo, el efecto de determinación al homicidio surgido en el asesino profesional (únicamente) después de la correspondiente solicitud efectuada por el mandante.

O bien, un caso límite, en el mismo sentido, podría concernir algunas hipótesis de «consejo técnico»: por ejemplo, cuando la comunicación de una información, que de otra forma no sería conocida por el autor, se revele indispensable para la ejecución del hecho o para la realización de éste de acuerdo a particulares modalidades³⁰.

En cambio, es claro que los casos más difíciles, también desde el punto de vista de la comprobación de la relevancia causal, serán representados por aquellos en que se discuta del eventual efecto de «refuerzo» de un propósito criminal cuyo proceso decisional estuviese ya *in itinere*³¹. Aquí, la necesidad del recurso al pro-

cedimiento de averiguación indirecta se revela de por sí necesario, justamente para evitar que ésta se forje en una *diabolica probatio*³².

Más allá de las declaraciones de principio, una averiguación indiciaria caracteriza el *modo de proceder* real del juicio sobre estas hipótesis, sea que se estime que el juez se mueva como un psicólogo, o de todas formas busque y encuentre una «regularidad» idónea en el plano de las generalizaciones causales para explicar el comportamiento de un autor como efecto de interacciones psíquicas³³; sea que se considere que, tratándose de indagar sobre una realidad interior y entonces no directamente observable, individual y no general, para evitar el caer en el mero «parafraseo» de tales perfiles motivacionales, se debe prescindir de la búsqueda de parámetros nomológicos o de regularidad etiológica, privilegiando, en cambio, la individualización de los datos exteriores, observables, apropiados y significativos, para valorar de acuerdo a «indicadores externos»³⁴.

El juicio sobre los efectos motivacionales de las interacciones psíquicas tiende, de hecho, a asumir la forma

30 En algunas de estas hipótesis, por otro lado, el consejo técnico podría describirse de forma no demasiado diferente a una contribución material, sobre todo porque el autor tiene ya decidido el actuar y falta, por eso, un efecto psíquico de refuerzo, dándose, por el contrario, solo un efecto de «crecimiento cognitivo» (por la posible asimilación entre consejo técnico y suministro de un instrumento, cfr. COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 253-255). No obstante, para que pueda hablarse de hecho psíquico causalmente relevante, será necesario siempre individualizar un *efecto cognitivo* del denominado. consejo técnico y su desempeño concreto en la relación o en la organización del delito.

31 Cfr., sobre este extremo, las consideraciones de DONINI, *La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui*, cit., pp. 221 y ss., en particular p. 224 (donde se distinguen netamente «los influjos psicológicos bien objetivables en formas definidas, como el consejo técnico», de aquellos, bastante menos acogidos, de «mero "refuerzo"»).

32 Los casos en los que se discute un eventual refuerzo, por lo demás, se muestran por de pronto difíciles por la ambigüedad y pluralidad de los posibles encuadramientos. Considérese el siguiente caso: A, una suerte de ideólogo nihilista, «externo» respecto a un grupo revolucionario, sugiere a B jefe de la célula de conspiradores, afligido por la dificultad de tenerla unida que induzca a los miembros del grupo a asesinar a uno de ellos (uno cualquiera), con el pretexto de que está a punto de traicionarlos. Sucesivamente B y otros miembros del grupo matan a C. B, de cualquier manera, sospechaba ya desde hacía tiempo de C, y albergaba el propósito de matarlo, simplemente no siendo claro cuándo se haya determinado a ello. Este caso es tomado, naturalmente, de F.M. DOSTOEVSKIJ, *I demoni*, 1871-1872, consultado en la trad. it. publicada por Oscar Mondadori, Milano s.d., p. 395: se hace referencia, en particular, al pasaje en que Stavroghin sugiere a Verchovenskij: «inducid a cuatro miembros del grupo a matar al quinto, con el pretexto de que éste os denuncia e inmediatamente los atáis a todos con la sangre esparcida, como en un nudo». Los desarrollos sucesivos conducen al asesinato de Sciatov —ya sospechoso de traición— por parte de Verchovenskij y otros miembros del grupo. Un caso como éste se presta a lecturas y encuadres diferentes desde el punto de vista de las interacciones psíquicas: se puede vislumbrar una suerte de consejo técnico consistente en una instigación a instigar un homicidio (además de, eventualmente, una instigación a cometerlo junto a los otros); o también, con referencia al sujeto A, *un concorso exteroa bajo la forma de la participación moral, en un delito asociativo*, si se otorga valor a la circunstancia de que el mismo A es externo al grupo y que su «consejo técnico» interviene en una fase de «fibrilación» de la asociación criminal dirigida por B, estando dirigido a sugerir un modo para volver a unir el grupo; o, aún, dando valor al tradicional argumento del *omnimodo facturus*, se podría concluir valorando tal consejo como penalmente irrelevante, en caso de que se considere probado que éste no haya influido sobre la decisión de asesinar a C.

33 Ciertamente queda un problema general y no desdeñable: aquel de la difícil compatibilidad entre los instrumentos del proceso penal y la averiguación de los estados psíquicos. Cfr., una vez más RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., pp. 841 y ss., el cual observa: «por un lado, el reenvío a leyes de tipo psicológico requeriría la utilización de específicas competencias científicas, de las que el juez no está profesionalmente dotado; por otro lado, [...] en el juicio está prohibida la pericia para establecer las cualidades psíquicas del imputado [en este caso, por lo tanto, del concurrente moral] independientes de causas psicológicas».

34 Cfr. pero con referencia, más en general, a la averiguación del dolo, HASSEMER, *Kenzeichen des Vorsatzes*, en *GS Armin Kaufmann*, Köln 1989, pp. 289 y ss., disponible en la trad. it. (de Canestrari): *Caratteristiche del dolo*, en *Indice Penale*, 1991, pp. 481 y ss., en

y el contenido prevalentes de una *averiguación lógico-fáctica* (además de, como ahora diremos, normativa)³⁵, más bien que etiológico-condicional en sentido estricto, tratándose de una valoración (fáctica y social), expresada en términos de razonable certeza, fundada en gran parte sobre elementos indiciarios e indirectos, incluso cuando se han desgranado argumentos nomológicos o experienciales.

En otros términos, la impresión es que en todas las hipótesis más controvertidas de interacciones psíquicas en las que se remite al paradigma causal, bien sea que se asuma (determinación) o no (refuerzo) su naturaleza condicional la comprobación del nexo psicológico está destinada a fundarse prevalentemente, cuando no exclusivamente, sobre la «probabilidad lógica», o, más allá de las declaraciones de principio, a revelarse inevitablemente desequilibrada en la vertiente de la *comprobación fáctica*. Por su parte, la referencia a una probabilidad fundada sobre regularidades obtenidas de la experiencia o, a veces, sobre un criterio nomológico de cobertura (en realidad, como habitualmente se admite, basado en valoraciones «sociológicas»), desarrolla un rol poco más que argumentativo, en virtud de la extrema dificultad explicativa de los fenómenos de interacción psíquica.

Finalmente, resultarán decisivos «indicios exteriores» de los cuales deducir, mediante apreciación fundada en regularidades de tipo socio-experiencial, que, con razonable certeza (probabilidad lógica), existe una relación penalmente relevante entre la conducta de un sujeto, valorada en el plano comunicativo, y el proceso motivacional de otro sujeto que desemboca en la decisión de realizar un hecho típico.

Si este es el esquema reconstructivo de la tipificación del concurso moral, incluso cuando se remite a mecanismos causales o deductivos, es necesario admitir que el respeto a los principios garantísticos (entre otros del principio de personalidad) no se asegura sólo por esto. Todo depende de cómo sea aplicado este esquema.

Por otro lado, junto a las carencias de tipificación y de culpabilidad, del concurso de personas en el código Rocco, tomada en su conjunto se pone en dramático conflicto en primer lugar con el principio de *responsabilidad por el hecho propio*³⁶. Un conflicto —obviamente— que se acentúa con referencia a las hipótesis de la imputación de un hecho a un sujeto diverso del partícipe material, según la figura del concurso moral³⁷.

Dicho lo anterior, y tratando de esquematizar las secuencias de la averiguación de los efectos de la interac-

particular pp. 496 y ss.: «Las doctrinas tradicionales del dolo no hacen otra cosa que parafrasear en varios modos el dolo, esto es, girar en torno a sus objetivos sin entenderlo». Considero que lo mismo pueda decirse con referencia a los efectos motivacionales de las interacciones psicológicas de las que se discute en el concurso moral, bajo la consolidada (tanto en Italia como en la literatura alemana) etiqueta de la «causalidad psíquica». (v. *supra*, nota 14). De nuevo Hassemmer indica: «el dolo», pero, más general, cualquier «hecho psíquico», «se sustrae a la mirada del observador y por eso no puede ser considerado ni descrito. Por tanto la doctrina debe acercarse a este objeto suyo de manera diversa, esto es mediata». Efectivamente, se trata de «una “disposición”, un estado “interior” no directamente observable. Las disposiciones pueden hacerse operativas únicamente a través de los indicadores, es decir, ser interpretadas a través de los datos», que —en cuanto “observables”, “completos” y “relevantes”— permitan la indispensable «deducción desde el exterior», o sea «mediante indicadores» (ibidem, pp. 496 y ss.). Véase, en la literatura alemana precedente, también KRAUSS, *Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht*, en *FS Bruns*, Köln etc. 1978, pp. 11 y ss., en particular p. 27 (el cual, a propósito de las diferentes teorías sobre la distinción entre dolo y culpa, observaba como es decisiva «la individualización de indicios objetivos condicionados por la situación, socialmente relevantes»: por tanto y esto parece reconducirse también terminológicamente a nuestro tema de los *hechos psíquicos* «el problema de la delimitación de dolo y culpa es un problema de valoración social de un determinado estado de cosas psicológico [psychologische Sachverhalt], objetivamente manifestado en una conducta»). Una referencia a los criterios de averiguación de los datos psicológicos, y en particular del dolo, para la prueba del efecto de determinación o reforzamiento del propósito criminal ajeno se encuentra también en nuestra literatura: cfr., por todos, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 509 y 510 en relación a las pp. 313 y ss. Sobre la posibilidad de utilizar las “leyes científicas de probabilidad” en el campo de la interacción psíquica, véase, RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, cit., pp. 73 y ss.

35 En efecto, normalmente se termina por argumentar mediante la referencia a la potencial motivabilidad (más que a la concreta motivación o reacción psíquica) del sujeto frente a ciertos estímulos vinculados a conductas ajenas dotadas de significado “comunicativo”.

36 En último término sobre esta relación entre el concurso de personas y el principio de responsabilidad por hecho propio —privilegiando, pues, los conexos problemas de imputación y de individualización de los sujetos— se fundamenta la original reconstrucción propuesta por CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., *passim* (y, en particular, de manera programática, pp.17 y ss.).

37 Mas general, cfr., DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., p. 317: «Ya la esencia del concurso de personas está en potencial contraste con aquel principio [...]. El posible contraste con la prohibición de responsabilidad por el hecho ajeno se acentúa si la disciplina se conforma con aportes insignificantes y centra toda su atención en la importancia sintomática de la voluntad de delinquir, en los acuerdos criminales o en las contribuciones preliminares a fases organizativas».

ción psíquica entre varios sujetos, nos parece posible identificar dos vías consecutivas:

i) *la búsqueda de (pretendidas) regularidades o generalizaciones nomológicas o esperenciales*: En realidad, la individualización del paradigma general de referencia será normalmente conducida no mediante un método condicional-deductivo, sino normativo (se hace referencia a la normal «reactividad» y motivabilidad) —delante a ciertos estímulos— de una determinada clase de sujetos colocada en un cierto contexto³⁸;

ii) *la comprobación del caso concreto*: la averiguación se reducirá, en concreto, a una comprobación probabilística, por la cual, mediante una inferencia empírica, se afirmará o se negará que el estímulo comunicativo haya influido en el proceso de motivación del agente. Tal evaluación será llevada a cabo sobre la base de datos de hecho (por ejemplo, la relación consecucional cronológica y lógica entre el estímulo y la reacción, la correspondencia de las modalidades ejecutivas, las declaraciones del destinatario del estímulo, etc.), que funcionen como «indicadores» externos de los motivos.

Se puede también hacer referencia a una causalidad psíquica, pero en los movimientos lógicos de la averiguación concreta del esquema nomológico-condicional resulta aplicado de manera cuanto menos incompleta o incongruente: como se ha visto las generalizaciones no son (o no son solamente) de tipo nomológico, sino (también) normativo; parece por otra parte dificultoso aplicar la fórmula contra fáctica de la eliminación mental³⁹. La averiguación fáctica está destinada a jugar un rol prevalente, que podrá ser expresado en términos probabilísticos (normalmente lejos de parámetros de certeza) y (con referencia al primer término de la secuencia causal: el resultado psíquico) se asemejará mucho al elemento subjetivo del delito, concretándose mediante la valoración de «indicadores» externos de los cuales obtener los efectos de la interacción psíquica sobre el concreto proceso motivacional.

VI. Por otra parte, que se trate de una averiguación incoherente, podría, de por sí, no resultar particularmente preocupante.

No es así, si se valoran las posibilidades resultantes de tal tipología de averiguación en una óptica «orientada a las consecuencias». En tal perspectiva de análisis, se muestran poco tranquilizadores los efectos de la debilidad estructural e intrínseca de la averiguación de las interacciones psíquicas, una vez puesta en relación con algunas posibles distorsiones de la praxis. De hecho, como se ha anticipado, en muchos casos jurisprudenciales, la participación psíquica (con los problemas conexos de averiguación antes evocados), en la argumentación que conduce a afirmar la responsabilidad a título de concurso asume un rol decisivo, desempeñando (por decirlo así) una función supletoria y auxiliar, puesto que permite «recuperar» la relevancia concursal de actitudes carentes de significado etiológico en el plano material.

A menudo, cuando no sea posible probar una contribución material en la concreta dinámica causal, ocurre que la jurisprudencia afirma de todas formas la responsabilidad a título de concurso, replegándose, de manera oblicua, sobre el *topos* argumentativo del concurso moral, bajo la forma del refuerzo psíquico causado a la concreta realización del delito, no necesariamente a través de una conducta, sino mediante una mera *actitud*, o por la sola *presencia*, o por vía de la *posición* o del *rol* de un sujeto, o por una precedente manifestación de intenciones⁴⁰.

La casuística es tan variada como conocida: va de la mera presencia en el lugar del hecho criminal, a la actitud de complacencia o de adhesión moral respecto al delito, a las varias hipótesis reconducibles a la —demasiado etérea— noción de connivencia, consistentes en una presencia pasiva o indiferente a la perpetración del *actio sceleris*; o bien a las hipótesis de participación (moral) en los delitos cometidos por los otros sujetos que forman parte de una organización compleja, cuando se valore, en ausencia de una contribución material,

38 En general, sobre la distinción entre motivaciones psíquico-fácticas (proceso motivacional del autor como conjunto de datos psíquicos efectivos) y motivación normativo-hipotética (motivabilidad de un agente-modelo), véase VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, pp. 14 y ss.

39 Cfr. CORNACCHIA, *Il problema della c.d. causalità psichica rispetto ai condizionamenti mentali*, cit., p. 218.

40 Así, por ejemplo, RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, cit., pp. 817 y ss. Sobre la tendencia expansiva de las formas de participación moral, cuando son utilizadas «para “cubrir” la ausencia o la difícil demostrabilidad del ligamen etiológico por conductas de tipo material», véanse entre otros: MUSCO, *Art. 110*, cit., pp. 419 y ss. (del cual ha sido extraída la cita realizada); COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, cit., pp. 16 y ss., 265 y ss.; PAPA, *Concorso di persone nel reato*, cit., pp. 313, 314 y ss.; y además DONINI, *Il concorso di persone nel Progetto Grosso*, cit., pp. 335 y ss.: «el empleo indirecto de la causalidad psíquica “de refuerzo”, parece una mera construcción auxiliar, un tributo que se paga a las tradicionales concepciones monocausales del acto de participación y comporta la consecuencia negativa de habituar a un empleo extensivo de la causalidad psíquica, lo cual disimula o en todo caso favorece un planteamiento subjetivista, en el sentido de que la voluntad de concurrir compensa el aporte efectivo a la realización».

la mera posición o exclusivamente el rol revestido por el sujeto en el interior de la misma organización baste pensar en la responsabilidad del dirigente o administrador en relación con los delitos cometidos por otros en el ámbito de la política de empresa; o del jefe de una organización criminal por los delitos de mera actividad realizados en particular por los asociados).

VII. En definitiva, el efecto sinérgico entre las dificultades probatorias del concurso moral y las prestaciones represivas que tal forma de participación ofrece en términos de extensión de la incriminación (a sujetos respecto a los cuales no se logra probar una contribución material), demuestra toda la importancia de circundar tales verificaciones de particulares cautelas.

El respeto, no solamente formal, al principio de *personalidad* de la responsabilidad penal (en particu-

lar en su contenido «mínimo» de responsabilidad por el hecho propio), precisará una averiguación rigurosa sobre la explicación de los efectos de determinación o refuerzo (o, en el caso del denominado consejo técnico, de los efectos cognitivos que hayan influido sobre la sucesiva realización del hecho), para poder afirmar una responsabilidad a título de concurso del sujeto que haya realizado una contribución atípica, consistente en una supuesta interacción psíquica.

Un juicio que —en la actual situación normativa— deberá, por supuesto, privilegiar la valoración social y lógica de los datos exteriores expresivos de estados psíquicos, referibles a la relación entre la conducta «comunicativa» de un sujeto, el proceso motivacional del autor y el hecho ofensivo sucesivamente realizado.