

Nicolás S. Cordini 

Conspiración, cómplice y responsabilidad Pinkerton: ¿dónde termina la responsabilidad penal? Un estudio sobre el sistema de responsabilidad penal estadounidense

Conspiracy, Accomplice and Pinkerton Liability: Where does criminal responsibility end? A study on the U.S. Criminal Liability System

Conspiração, cúmplice e responsabilidade Pinkerton: onde termina a responsabilidade criminal? Um estudo sobre o sistema de responsabilidade penal estadunidense

-  Investigador CONICET en el Instituto Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
 Profesor de Política Criminal, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
 Profesor de Derecho Penal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.
 ORCID: 0000-0002-3877-4517
 ncordini@fcjs.unl.edu.ar

Resumen: *La conspiración es un delito incipiente que permite el castigo de personas que acuerdan cometer un delito incluso si ellos nunca llevan adelante su plan o si son aprehendidos antes de alcanzar su objetivo. El delito de conspiración debe distinguirse claramente de la categoría ‘cómplice’. Este delito incipiente cumple una serie de funciones diversas que son satisfechas por otros dispositivos jurídicos en los sistemas legales continentales. La membresía a una conspiración genera un estándar para mantener a cada conspirador cómplice en los delitos cometidos por los otros conspiradores. La única restricción a esta prueba de complicidad es que el delito se cometa en cumplimiento del objetivo criminal de la conspiración. Dicha responsabilidad se ve amplificada más aún a partir de la doctrina Pinkerton. La superposición entre estos enfoques crea una red muy complicada de desentrañar. Por ello, en la presente investigación analizaremos la conspiración y su relación otros sistemas de responsabilidad (cómplice, responsabilidad Pinkerton) conforme al arsenal conceptual*

aportado por el common law, el objetivo principal será su análisis y crítica desde el propio sistema penal norteamericano.

Palabras clave: *common law, conspiración, complicidad, responsabilidad, Pinkerton.*

Abstract: *The conspiracy is a preparatory crime that allows the punishment of people who agree to commit a crime, even if they never carry out their plan or if they are apprehended before reaching their goal. The crime of conspiracy must be clearly distinguished from the category 'accomplice'. This inchoate crime fulfils a series of diverse functions that are satisfied by other legal devices in continental legal systems. The membership in a conspiracy creates a standard for keeping each conspirator accomplice in the crimes committed by the other conspirators. The only restriction on this accomplice test is that the crime be committed in furtherance of the criminal aim of the conspiracy. This responsibility is further amplified by the Pinkerton liability. The overlap between these approaches creates a very difficult web to unravel. Therefore, in this research, we will analyse the conspiracy and its relationship with other systems of responsibility (accomplice, Pinkerton liability) according to the conceptual arsenal provided by the common law, the main objective will be its analysis and criticism of the North American criminal system itself.*

Keywords: *common law, conspiracy, accomplice, liability, Pinkerton.*

Resumo: *A conspiração é um crime incipiente que permite punir as pessoas que concordam em cometer um crime, mesmo que nunca levem a cabo o seu plano ou sejam apreendidas antes de atingir o seu objetivo. O crime de conspiração deve ser claramente distinguido da categoria 'cúmplice'. Este crime incipiente cumpre uma série de funções diversas que são satisfeitas por outros dispositivos legais dos sistemas jurídicos continentais. A participação em uma conspiração cria um padrão para manter cada conspirador cúmplice dos crimes cometidos pelos outros conspiradores. A única restrição a esse teste de complicidade é que o crime seja cometido em cumprimento ao objetivo criminoso da conspiração. Essa responsabilidade é ampliada ainda mais pela doutrina Pinkerton. A sobreposição entre essas abordagens cria uma teia muito difícil de desvendar. Portanto, nesta pesquisa iremos analisar a conspiração e sua relação com outros sistemas de responsabilidade (cumplidade, responsabilidade Pinkerton) de acordo com o arsenal conceitual fornecido pela common law, o objetivo principal será sua análise e crítica do próprio sistema penal norte-americano.*

Palavras-chave: *common law, conspiração, cumplidade, responsabilidade, Pinkerton*

Recibido: 10/03/2021

Aceptado: 28/01/2022

Introducción

Con frecuencia los delitos ‘*conspiracy*’ (conspiración o confabulación) y ‘participación en una asociación criminal’ son tratados como delitos equivalentes provenientes de distintas culturas jurídicas, aunque, si bien comparten objetivos o finalidades similares, difieren en su contenido y alcance, por lo que no pueden ser vistos como modelos sustitutivos. Existe, por un lado, el modelo del *civil law* de la ‘participación en una asociación criminal’ (y sus infracciones conexas: dirección, administración, financiamiento, etc.), derivado del Derecho penal francés de la ‘asociación de malhechores’ (*association de malfaiteurs*) y, por otro lado, el modelo del *common law* de la ‘*conspiracy*’, cuya conducta ilícita consiste en el simple acuerdo para cometer un delito. La *conspiracy* es un ‘*inchoate crime*’ o delito incipiente, que permite el castigo de personas que acuerdan cometer un delito incluso si ellos nunca llevan adelante su plan o si son aprehendidos antes de alcanzar su objetivo. La diferencia entre uno y otro modelo no yace únicamente en el hecho de que la *conspiracy* permite el acuerdo de tan sólo dos personas mientras que la asociación criminal exija un número más elevado de partícipes (tres o más) sino, además, esta última exige un grado de organización y de estabilidad que la diferencia del mero acuerdo ocasional para cometer un delito determinado (regido por las reglas generales de la participación en el delito), mientras que el simple acuerdo de voluntades es suficiente a los fines de la *conspiracy*.

Dentro de las varias funciones que cumple la *conspiracy* está la de funcionar como dispositivo amplificador de la responsabilidad, dinamitando la distinción entre diversos grados de intervención en el delito. Resulta ilustrativo a los efectos de entender cómo opera el delito de *conspiracy* el ejemplo aportado por Katyal: imaginemos que Joe y Sandra acuerdan robar un banco. Desde el momento del acuerdo, pueden ser declarados culpables de *conspiracy* incluso si nunca cometen el robo (se llama ‘*inchoate liability*’ o ‘responsabilidad incipiente’). Incluso si el banco cierra, aún pueden ser responsables de la conspiración (la ‘imposibilidad’ o ‘*impossibility*’ no es una defensa que los conspiradores puedan alegar para evitar su responsabilidad). Joe puede ser responsable de otros delitos que Sandra comete para promover

el objetivo de la *conspiracy*, como el robo de un automóvil a los fines de cometer el atraco bancario (se llama ‘responsabilidad *Pinkerton*’, después de un caso de la Corte Suprema de los EE.UU. de 1946). No puede evadir la responsabilidad al quedarse en casa el día del robo (un conspirador tiene que dar un paso afirmativo para ‘retirarse’ del acuerdo). Si se produce el atraco bancario, tanto Joe como Sandra pueden ser acusados por el robo en el banco y por el delito de *conspiracy*, cada uno de los cuales conlleva su propio castigo (el delito de *conspiracy* no se ‘fusiona’ con el delito fin de la conspiración) (1961, p. 1309).

La Corte Suprema de los EE.UU. en *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) mostró un notable escepticismo acerca de la *conspiracy* como un delito incipiente (*inchoate crime*), al menos en el contexto internacional, y tomó nota del hecho de que muchas naciones no reconocen este delito en sus respectivas leyes penales. No obstante, sigue siendo una figura delictiva frecuentemente utilizada dado que, más de una cuarta parte de todos los enjuiciamientos penales federales y una gran cantidad de casos estatales involucran cargos por *conspiracy*. Prácticamente todos los estados federados reconocen este delito y las jurisdicciones de EE.UU. tienen el compromiso de intervenir tempranamente en actividades criminales con castigos severos para disuadir futuras conductas criminales. Desde una perspectiva *ex post facto*, el beneficio que proporciona esta figura delictiva para los fiscales es que no necesitan ofrecer ninguna prueba sobre el delito sustantivo en sí; podrían simplemente ofrecer evidencia del acuerdo conspiratorio original y limitarse a imputar sólo el delito incipiente, incluso si saben que el plan, de hecho, se realizó. Desde la perspectiva *ex ante*, la *conspiracy* proporciona una vía institucional por la cual el sistema de justicia penal puede intervenir de manera incipiente en el desarrollo de un plan criminal y detenerlo antes de que realmente suceda (Ohlin, 2007, p. 149).

Más allá de las ventajas de naturaleza preventiva que puede implicar esta figura delictiva, las críticas hacia ella son generalizadas y, en términos generales, toman dos formas. En primer término, se cuestiona la amplitud en términos de la responsabilidad penal que puede desencadenar la *conspiracy*: ¿por qué el acordar un plan criminal transforma a los conspiradores en responsables por los delitos cometidos únicamente por alguno de ellos en cumplimiento del plan delictivo? En segundo término, las disposiciones sobre la *conspiracy* otorgan demasiado poder discrecional a los fiscales (Katyal, 1961, p. 1310). En el presente trabajo nos abocaremos al análisis de las dimensiones que abarcan la primera de las críticas. A la hora de analizar un delito como es la *conspiracy*, no debemos perder de vista el contexto normativo en el cual este delito en particular se encuentra inmerso. Por ello, en la presente

investigación analizaremos la *conspiracy* y su relación con otros sistemas de responsabilidad penal a saber, la complicidad y la responsabilidad *Pinkerton*, conforme al arsenal conceptual aportado por el *common law*, el objetivo principal será su análisis y crítica desde el propio sistema penal norteamericano.

El Derecho penal anglo-americano: el rol del Código Penal Modelo

El Derecho penal angloamericano presenta rasgos marcadamente positivistas y utilitarios en torno a su finalidad. La visión positivista del Derecho penal ha estado en ascenso en el pensamiento angloamericano y ayuda a dar cuenta de una buena parte de la indiferencia teórica e incluso de la hostilidad hacia cualquier punto de vista que afirme que el Derecho penal tiene su propia estructura inherente; el Derecho penal es una creación de la voluntad legislativa. En la tradición legal alemana, por el contrario, el supuesto rector siempre ha sido que el Derecho penal tiene su propia estructura inmanente, independiente de las definiciones legales, y la tarea de la teoría es explicar y refinar los principios implícitos de esta estructura (Welzel, 1964; Schünemann, 1984; Kaufmann, 1985; Frisch, 1996).

Podríamos pensar una mayor sistematicidad en el Derecho penal norteamericano a partir del aparato conceptual generado por el Código Penal Modelo (*Model of Penal Code* - MPC)¹, aunque su función contrasta con las proposiciones conceptuales elaboradas en la búsqueda alemana de una estructura inmanente de los delitos. El propósito de la teoría alemana no ha sido, primariamente, facilitar la labor legislativa, sino entender el Derecho penal como un cuerpo recibido de conceptos y prácticas interrelacionados. La función primordial de la dogmática-jurídico penal alemana ha sido desarrollar lo que se conoce como teoría del delito (*Verbrechenslehre*), una teoría sobre la naturaleza de los delitos penales abstraída de las particularidades de la legislación. La función del MPC ha sido, por el contrario, codificar el Derecho penal del *common law*. Las ideas y conceptos generados por la dogmática jurídico-penal alemana son a menudo ajenos al oído anglosajón; algunos de ellos se resisten a la traducción al inglés. Otros, como ‘tentativa’ (*attempt*), ‘cómplice’ (*accomplice*), entre otros, tienen un significado sistémico diferente en uno y otro sistema.

Hay una diferencia fundamental en la actitud hacia la legislación en las dos culturas jurídicas. El MPC ha sido redactado como si los autores fuesen relativamente libres de restricciones históricas. De hecho, los redactores se han apartado de soluciones jurídicas aportadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. (como veremos, en el caso de la doctrina *Pirkenton* o en la regla de la fusión de de-

litos). No obstante estas licencias, en el entorno positivista que prevalece en las jurisdicciones angloamericanas, el Derecho penal se ha vuelto relativamente más dependiente de la acción de las legislaturas y de los tribunales. Estos factores inhiben la investigación académica sobre la naturaleza del Derecho penal y alienta a las legislaturas a rehacer el Derecho penal de acuerdo con su voluntad (Fletcher, 2000, p. 408)².

¿Qué es la *conspiracy*?

La *conspiracy* es el delito de organización característico del *common law*. Si observamos la definición de conspiración en el *Oxford English Dictionary*, encontramos que ‘conspirar’ significa, literalmente, ‘respirar juntos’. El prefijo ‘con’ significa juntos y ‘spire’ viene del latín *spiro, spirare*, cuyo significado soplar, o de modo figurado, respirar; y, por extensión, significa ‘acordar, armonizar, acordar, combinar o unir en un propósito, tramar actos dolosos en secreto’. Esta figura delictiva puede ser definida como un acuerdo entre dos o más personas para cometer un delito y, a veces, más ampliamente, como un acuerdo cometer cualquier acto ilícito. Entre los diversos sistemas jurídicos que componen el *common law* existen variantes de esta figura en torno a los elementos necesarios para su configuración. Frecuentemente se dice que lo esencial del delito yace en el mero acuerdo y con su sólo perfeccionamiento el hecho es punible. Una definición más estrecha del delito exige un acto manifiesto (*overt act*) en cumplimiento del acuerdo (Fletcher, 2000, pp. 218-219).

El colectivo criminal en el modelo de *conspiracy* está constituido al menos por dos personas no exentas (*non-exempted*) que alcanzan el acuerdo para cometer un delito (Maljevic, 2011). Considerando el hecho que el delito de *conspiracy* en sí mismo está basado en un acuerdo, resulta comprensible que el mínimo número de personas suficiente y requerido para los cargos de *conspiracy* sea de dos. Para configurarse, la *conspiracy* requiere de ciertos actos y además de un cierto estado mental. Para que se perfeccione este delito en cuestión, debe haber: (1) un acuerdo entre dos o más personas, que constituye el acto (*actus reus*)³; y (2) una intención para alcanzar un cierto objetivo (*mens rea*)⁴, que, según la definición del *common law*, es cometer un acto ilegal o un acto legal por medios ilegales. El acuerdo es la ‘esencia’ o ‘*quid*’ del delito de conspiración (People v. Gem Hang, 1955). No es necesario demostrar que el acuerdo haya sido explícito dado que el mismo puede inferirse de los hechos y circunstancias del caso (American Tobacco Co. v. United States, 1946). La mayoría de las disposiciones sobre la *conspiracy* han sido ampliamente restringidas, exigiendo, usualmente, para su punición la presencia de un acto manifiesto (*overt act*) (Amenge Okoth, 2014, p. 25), pero, como veremos *infra*, en realidad se trata

requisito probatorio en lugar de ser otro elemento constitutivo del delito (LaFave, 2010, p. 657). En resumen, en los EE.UU., de acuerdo con el Código Penal Federal, y tal como sucede en gran parte de las jurisdicciones, la *conspiracy* cuenta con tres elementos: a) un acuerdo para llevar adelante un delito (*actus reus*), b) con la intención de realizar el objeto del acuerdo (*mens rea*) y c) la comisión de un acto por uno o más miembros de la conspiración dirigido hacia la realización del objeto de la conspiración (*overt act*) (elemento de prueba).

En lo referente al objeto de la *conspiracy*, los distintos sistemas legales que componen el *common law* difieren, aunque existe una tendencia a reducirlo al acuerdo para cometer delitos (*criminal offences*). En el Derecho inglés⁵, conviven dos tipos de conspiraciones, la *statutory conspiracy*⁶, o sea la tipificada por la ley de 1977, y las conspiraciones del *common law*, ejemplos de esta última son las conspiraciones para defraudar, para corromper la moral pública o ultrajar la decencia pública (Clarkson, *et al.*, 2007, p. 519). Sólo pueden ser objeto de la *statutory conspiracy*, delitos penales (*criminal offences*), dejando atrás la jurisprudencia que avalaba la existencia del delito de conspiración incluso cuando su objeto no fuera ilícito, sino simplemente inmoral.

En el caso del Derecho penal de los EE.UU. la cuestión se torna más dificultosa. Si bien han heredado el delito *de conspiracy* por su pertenencia al sistema del *common law*, el hecho de que haya tantos Derechos penales como estados federados existen, torna arduamente dificultoso el análisis de esta figura delictiva. El delito federal de *conspiracy* ha sido promulgado por ley conocida como *General Criminal Conspiracy Statute* (18 U.S.C., § 371) que considera delictiva la conspiración de cometer cualquier delito contra los EE.UU. o defraudar a los EE.UU. El MPC, por su parte, restringe el ámbito de aplicación de la *conspiracy* a acuerdos cuya finalidad sea cometer delitos.

Perfeccionamiento de la *conspiracy*: ¿mero acuerdo o exigencia de un acto manifiesto?

En referencia al momento en el cual la *conspiracy* puede ser imputada difieren el Derecho penal inglés y el de los EE.UU. En el primer caso la *conspiracy* se configura una vez que el acuerdo ha sido realizado y no es necesario probar ningún acto manifiesto como elemento del delito. Se sostiene que la exigencia de un acto manifiesto en cumplimiento del fin delictivo frustra el propósito preventivo del deli-

to de *conspiracy* al tener que esperar hasta que el mismo se perfeccione para que se puedan imputar los cargos por el delito en cuestión (Jefferson, 2013, p. 407).

En el caso del Derecho penal de los EE.UU. la cuestión varía en función de los diversos estados federados, no obstante, en su mayoría, se exige el requisito de un acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo para que el delito de *conspiracy* pueda ser imputado. Una porción significativa del MPC ha sido adoptada por varios estados federados como instrumento interpretativo y para zanjar vacíos legales. En lo que respecta al delito aquí tratado, en su § 5.03 establece: “**Acto manifiesto.** *Ninguna persona puede ser condenada por conspiración para cometer un delito (...) a menos que un acto manifiesto en cumplimiento de tal conspiración es alegado y probado haber sido realizado por él o por la persona con quien conspiró*”. Dado que el artículo antes mencionado no tiene vigencia, en el Derecho penal de los EE.UU. la regla sigue siendo que un hecho es punible como conspiración incluso cuando no haya sido realizado ningún acto más allá del mero acuerdo, puesto que no existe ley que establezca lo contrario (Thompson v. State, 1895; Garland v. State, 1910); aunque, en la actualidad la mayoría de las legislaciones de los estados exigen la prueba de un acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo o específicas finalidades conspiracionales⁷.

Ha sido objeto de discusión si el acto manifiesto constituye un elemento objetivo de la *conspiracy* o es un mero elemento probatorio de la existencia del acuerdo. La conspiración siempre se ha considerado un delito separado y distinto del delito fin porque implica un complot deliberado para subvertir las leyes, y se caracteriza por el secreto, lo que dificulta su detección. Es la naturaleza de este acto manifiesto y su relación con el crimen de *conspiracy* lo que causa, en gran parte, la confusión que enturbia el claro flujo de lógica a lo largo de las decisiones sobre conspiración. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por considerarlo un elemento probatorio. Su propósito es permitirse un *locus poenitentiae*, y demostrar que la conspiración ha pasado de las palabras y está en marcha cuando se realiza el acto⁸. Es la conspiración y no el acto manifiesto lo que se castiga (Sneed v. United States, 1924). El delito de *conspiracy* no consiste tanto en la conspiración como en los actos realizados para realizar el objeto de la misma, sino tan sólo en la conspiración (United States v. Britton, 1883).

El acto manifiesto es, en cierto sentido, un hecho independiente de la mera conspiración, siendo un acto tendiente a lograr el objeto de la misma; puede ser el acto de cualquiera de los conspiradores, y no necesita ser en sí un delito, sino que es su-

ficiente con que sea un comportamiento en cumplimiento del acuerdo criminal alcanzado (*Braverman v. United States*, 1942) por sólo uno de los conspiradores (*Blumenthal v. United States*, 1947). Para poder condenar por *conspiracy*, el acto manifiesto no tiene que ser ilegal, ni necesita ser un elemento del delito sustantivo, sólo requiere ser un paso hacia el objetivo criminal (*Yates v. United States*, 1957). Si se ha establecido el acuerdo, pero no se ha alcanzado el objetivo, prácticamente cualquier acto satisfará el requisito de ‘acto manifiesto’. Un acto manifiesto puede ser la acción más leve por parte de un conspirador (*State v. Stewart*, Minn. 2002), y no importa cuán alejado pueda estar el acto de lograr su objetivo (*State v. Miller*, Utah 1984). En algunos estados federados se exige, sin embargo, que el acto manifiesto sea ‘un paso sustancial’ en la comisión del delito acordado (LaFave, 2010, p. 665). En el nivel federal, por su parte, el acto manifiesto es específicamente exigido por la Ley General de Conspiración (*General Criminal Conspiracy Statute*) (U.S.C. 18 § 371)⁹, aunque algunas conspiraciones específicas, como conspiraciones relacionadas con delitos de tráfico de estupefacientes, no requieren ningún acto manifiesto (21 U.S.C. § 846). La Corte Suprema de los EE.UU., por su parte, considera al acto manifiesto simplemente como una evidencia del delito, su función en un enjuiciamiento de *conspiracy* es simplemente manifestar “que la *conspiracy* está en funcionamiento”, y que no es un mero esquema mental de los autores (*Yates v. United States*, 1957).

La *conspiracy*: el adelantamiento de etapas punitivas

La *conspiracy* es un delito incipiente (*inchoate crime*)¹⁰, que permite el castigo de las personas que aceptan cometer un delito, incluso si nunca llevan a cabo su plan o son aprehendidos antes de lograr su objetivo.

El Derecho penal del *common law* contiene una serie de delitos diseñados principalmente para permitir una intervención anticipada, posibilitando a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley intervenir antes de que se cometa un daño grave al permitir el arresto y la condena por actos dirigidos hacia la comisión de un delito sustantivo o preparatorios de él. La tentativa (*attempt*), la *conspiracy* y la sollicitación (*solicitation*) pertenecen a esta categoría. Aunque la tentativa nunca da como resultado el delito penal consumado, la conspiración puede dar lugar a delitos consumados separados del delito fin (delito sustantivo). La esencia de cada uno de estos tipos delictivos es que la responsabilidad se atribuye a las actividades que no llegan a la comisión de otro delito. Dado que los delitos incipientes refieren a un delito sustantivo, el delito imputado en la acusación es, con la excepción de la conspiración del *common law*, el delito incipiente en referencia al delito sustantivo pertinente. Por lo tan-

to, uno es acusado por ‘tentativa de robo’ o ‘conspiración para asesinar’ en lugar de simplemente por un ‘tentativa’ o una ‘conspiración’ (Willson, 2017, p. 510).

La *conspiracy*, a diferencia de la tentativa (*attempt*)¹¹, se define en términos del acuerdo; y *la conspiracy*, en contraste con la tentativa, se adelanta aún más hacia las conductas preparatorias (LeFave, 2010, p. 676)¹². De hecho, casi la única justificación ofrecida por los redactores del MPC para mantener esta figura delictiva fue la necesidad de castigar a los grupos que participan en una conducta preparatoria que no puede ser alcanzados por las reglas de la tentativa (Johnson, 1973, p. 1137).

Una de las limitaciones tradicionales más importantes sobre la tentativa ha sido la doctrina de la proximidad, que requiere ir más allá de la ‘mera preparación’ y acercarse al éxito para ser culpable de intentar cometer un delito. La doctrina de la proximidad parece haberse originado en 1855 en el famoso caso inglés de *Regina v. John Eagleton*. Los códigos modernos mantienen el requisito de que el autor vaya más allá de la mera ideación o planificación de un delito antes de que pueda ser condenado por tentativa; debe participar en una conducta que sea un paso suficientemente sustancial hacia la finalización del delito para indicar su firme intención criminal e identificarlo como un sujeto que probablemente habría completado el crimen si su plan no hubiera sido frustrado. Por lo tanto, aunque las formulaciones modernas sobre la tentativa retienen la conducta como un elemento de la tentativa, la relegan a un papel menor y probatorio: las acciones del imputado deben confirmar su intención de cometer un acto criminal. Por ejemplo, el MPC impone responsabilidad por tentativa a cualquiera que, actuando con el elemento subjetivo requerido por la definición de un delito en particular, cometa deliberadamente un "paso sustancial en un curso de conducta planeado para culminar en la comisión del delito" (§ 5.01.1.c). El término crucial ‘paso sustancial’ (*substantial step*) se define negativamente: un paso no es sustancial "a menos que corrobore fuertemente el propósito criminal del autor" (§ 5.01.2)¹³.

En el contexto de una regla sobre la tentativa dominada por el enfoque de proximidad, un delito incipiente e independiente de *conspiracy* tenía sentido. Sin embargo, según las secciones sobre conspiración del MPC, el acto de acuerdo es la conducta prohibida, ya sea que corrobore o no la existencia de un propósito criminal. Al justificar esta regla *per se*, el MPC se basó en gran medida en el argumento de que el acto de acordar es un paso tan decisivo y concreto hacia la comisión de un delito que siempre debe considerarse como ‘paso sustancial’ (Johnson, 1973, pp. 1162-1163).

Según los redactores MPC, uno puede ser responsable de acordar con otro que debería cometer un delito en particular, aunque este acuerdo podría ser insuficiente para establecer la complicidad en el delito consumado. Además, ninguno de los códigos cambiaría la regla establecida de que el acuerdo puede ser tácito o implícito, así como expreso, y que puede probarse mediante evidencia circunstancial. En resumen, el término ‘acuerdo’ puede connotar cualquier cosa, desde el compromiso firme de participar en actividades delictivas hasta la aprobación a regañadientes de un complot criminal para ser llevado a cabo completamente por otros. Para mayor seguridad, el MPC también requiere que se celebre el acuerdo con el propósito de promover o facilitar el delito, pero la existencia de ese propósito no necesita ser justificada por ninguna conducta más allá del acuerdo expreso o implícito y el desempeño, en algunos casos, de tan sólo un acto manifiesto por cualquiera de las partes en él. En resumen, en la medida en que la conspiración no agrega nada a las disposiciones sobre la tentativa, sólo añade una responsabilidad penal demasiado amplia. Es por ello que, el uso de un delito de conspiración como un delito independiente para castigar los delitos incipientes resulta innecesario (Johnson, 1973, pp. 1163-1164)¹⁴.

Responsabilidad por conspiración y doble imputación

Si bien la *conspiracy* en tanto delito incipiente supone el adelantamiento de las etapas punitivas, posibilitando la sanción de acciones que, incluso, no podrían ser consideradas actos de tentativas; de llevarse a cabo el plan delictivo acordado en la conspiración, es posible sancionar tanto por el delito incipiente como por el delito sustantivo.

Aunque el aspecto incipiente de la conspiración es importante, la razón principal para el uso de esta figura penal tiene que ver con el peligro grupal que se combate al punir este delito. El argumento de que las actividades grupales son mucho más peligrosas para la sociedad que las actividades delictivas individuales, al aumentar las posibilidades de concreción del delito sustantivo, ha encontrado repetida expresión en la jurisprudencia (Marcus, 1977, p. 932). La premisa tradicional para condenar a un acusado tanto de conspiración como por el delito fin (sustentivo) es que el acuerdo para cometer el delito, en sí mismo, constituye un peligro significativo para la sociedad.

Ante la posibilidad de una doble punición por un mismo hecho, en la medida que la *conspiracy* es la fase preparatoria del delito sustantivo, los defensores de la doble punición argumentan que la esencia para punir ambas conductas de manera independiente se basa en un diverso juicio de reproche, en un caso está dado por el

acuerdo ilegal (*conspiracy*) y en el otro, el propio del delito sustantivo, cada uno de los cuales se castiga por separado. Ambos delitos pueden ser imputados y el alegato de doble incriminación (*plea of double jeopardy*) no se aplica en este supuesto. La fundamentación para permitir sentencias acumulativas se expresó en *Callanan v. United States* (1961, p. 587):

La distinción entre un delito sustantivo y una conspiración para cometerlo es un postulado de nuestra ley. Ha sido durante mucho tiempo reconocido por el Tribunal que la comisión del sustantivo delito y una conspiración para cometerlo son delitos separados.

Este principio establecido se deriva de la razón de los aspectos de los acontecimientos que se relacionan con la conducta social reprochable: el acuerdo criminal colectivo (asociación en el crimen) presenta una mayor amenaza potencial para la población que los delitos individuales. La acción concertada, al mismo tiempo, aumenta la probabilidad de que el objeto criminal se logre con éxito y disminuye la probabilidad de que las personas involucradas se aparten de su camino hacia la criminalidad. La asociación grupal con fines delictivos a menudo, si no normalmente, hace posible el logro de fines más complejos que los que un criminal podría lograr individualmente. El peligro de un grupo de conspiradores tampoco se limita al fin particular hacia el cual se ha embarcado. La combinación de delitos hace más probable que la comisión de delitos no relacionados con el propósito original para el cual se genera una conspiración no se limite al delito sustantivo que es el objetivo inmediato de la empresa¹⁵.

La sociedad no debería temer al acuerdo *per se*, sino a la probabilidad de que resulte en un delito consumado o tentativo. Si el grupo ha intentado o consumado el delito objeto de la conspiración, se destruye la base para el enjuiciamiento y castigo por el mero acuerdo, dado que se puede castigar a los conspiradores por la tentativa o por el delito consumado. Además, según Marcus, aunque hubiera alguna justificación teórica para el punto de vista de la doble acusación, hay poca justificación práctica; en realidad, nadie es condenado tanto por la conspiración como por el delito fin (1977, pp. 937-938).

Por su parte, los redactores del MPC también rechazaron el razonamiento de *Callanan v. United States*, sosteniendo que:

Quando una conspiración se declara criminal porque su objeto es un delito, no tiene sentido decir que la asociación preliminar es más peligrosa que la consumación prohibida; la medida de su peligro es el riesgo de tal culminación. Por otro lado, la asociación puede tener, y con frecuencia tiene, objetivos criminales que trascienden cualquier delito en particular que se haya cometido para alcanzar sus objetivos. Por lo tanto, las sentencias acumulativas por conspiración y delitos sustantivos deben estar permitidas (MPC Commentaries, 1985, § 5.03, p. 390)¹⁶.

El MPC así lo proporciona (§ 1.07.1.b)¹⁷, pero esta opinión se ha seguido sólo en una minoría de las recodificaciones modernas. La mayoría de las jurisdicciones, por su parte, ha regulado la *conspiracy* con disposiciones de sanciones expresas, pero estas disposiciones varían considerablemente de un estado a otro. Algunos códigos estipulan que la conspiración es un delito menor (*misdemeanour*) independientemente de su objetivo, otros que la pena máxima permitida es siempre la misma independientemente del objetivo, otros que la pena máxima permitida es la del delito sustantivo objeto de la conspiración¹⁸, y algunos otros proporcionan máximos diferentes dependiendo de si el objetivo fue un delito grave (*felony*) o un delito menor (LaFave, 2010, p. 698)¹⁹.

Responsabilidad por el hecho ajeno (*vicarious liability*) y la doctrina *Pirkenton*

La doctrina de la responsabilidad por el hecho ajeno o responsabilidad indirecta se origina en la regla del *common law* de responsabilidad del superior, conforme a la cual el empleador es responsable indirectamente de los daños cometidos por su dependiente en el curso de su empleo. La regla requiere que el dependiente cometa realmente un ilícito civil (*tort*); la mera causación de un daño no es suficiente. Esta regla de responsabilidad extracontractual del superior proporciona las ideas claves en la doctrina del Derecho penal de responsabilidad por el hecho ajeno, éstas son: (1) debe haberse cometido un delito; (2) debe haber un tipo particular de relación entre el autor y la parte responsable (es decir, relación de empleo, una conspiración criminal, etc.); y (3) el acto criminal debe darse dentro de los límites de esa relación.

Un examen sobre el problema de la responsabilidad penal indirecta revela dos tendencias en conflicto. La primera se basa en el principio de la causación, tal como se formuló en el siglo XVI en *Regina v. Saunders* y reafirmado en el siglo XVIII en *Rex v. Huggins*, consagrado por siglos de práctica. La segunda tendencia se basa en la doctrina de la responsabilidad del superior de los siglos XVIII y XIX, tal como se desarrolla en el derecho de daños, bajo la cual el superior es responsable de los actos de sus dependientes, incluso si no están autorizados, siempre que los dependientes actúen en el curso del negocio y dentro del alcance del empleo. Se trata, pues, de una responsabilidad mucho más amplia (Sayre, 1930, p. 702). Antes del caso *Pinkerton v. United States* (1946), no se planteaba la responsabilidad indirecta en el ámbito del Derecho penal por lo que el nuevo tipo de responsabilidad surgido de dicho caso ha confundido a los penalistas.

Antes de este caso ‘bisagra’ la regla era la posición plasmada en el caso *United States v. Sall* (1940), según la cual la participación en una conspiración no era en sí misma suficiente para sostener una condena por el delito sustantivo a pesar de que se cometió en cumplimiento la conspiración; y que, además de la *conspiracy*, era necesaria la prueba de algún tipo participación directa del acusado en la comisión del delito sustantivo u otra evidencia de la cual se pueda inferir la participación en el mismo.

Según la doctrina *Pinkerton*, por el contrario, las acciones de un conspirador pueden ser atribuidas a todos los miembros de la conspiración, responsabilizándolos penalmente por los delitos sustantivos (Ohlin, 2007, p. 147), siempre que para el conspirador el delito sustantivo haya sido razonablemente previsible y que el mismo haya sido cometido en cumplimiento de la conspiración (Kurt, 2008, p. 286)²⁰.

La justificación de la doctrina *Pinkerton* yace en fundamentos utilitarios (preventivos), consistente en afirmar que a partir de la extensión de la responsabilidad -atribuyéndose la responsabilidad en calidad de autores de todo delito cometido en el marco de la conspiración- se disuade del delito. Además, para defender esta nueva doctrina, se arguye que un conspirador asume el riesgo de la ampliación de la responsabilidad cuando conspira con otros. Si los potenciales delincuentes tienen un adecuado conocimiento previo de la ley penal, asumen el riesgo de ser penalmente responsables por las acciones de sus co-conspiradores, incluso cuando esas acciones caen fuera del alcance del acuerdo penal. La base para esta suposición de riesgo es en gran medida utilitaria. Esta responsabilidad extendida cumple una función de prevención destinada a disuadir el comportamiento delictivo y proporciona mayores

incentivos para que los potenciales delincuentes informen sobre sus cómplices. La principal defensa para evitar la extensión de la responsabilidad penal sería la prueba de que no está dentro del alcance de la conspiración, un concepto tan flexible que ofrece poca protección, dado que, debido a la naturaleza secreta de las conspiraciones criminales, las pruebas explícitas de su existencia y alcance generalmente no se pueden obtener (YLJ, 1947, p. 377). El principal problema que genera este tipo de justificación preventiva, es la falsa suposición que el criminal conoce de *ex ante* los alcances de la responsabilidad; el criminal no toma en consideración a la hora de planificar su plan delictivo, la virtual responsabilidad que le puede alcanzar en caso de ser aprehendido. Por el contrario, el criminal parte de la hipótesis del supuesto éxito de su plan delictivo. Por otro lado, no es el posible monto de pena lo que inhibe al agente a actuar de manera ilícita, sino la posibilidad o no de ser aprehendido.

United States v. Pinkerton es uno de los casos más conocidos en el Derecho penal norteamericano; según la doctrina *Pinkerton*, un acusado por conspiración puede ser considerado responsable de cualquier delito sustantivo cometido por sus co-conspiradores que fueron (1) razonablemente previsibles para el acusado y (2) cumplidos en cumplimiento del acuerdo ilegal (*conspiracy*). De hecho, el caso está tan relacionado con esta regla que la mayoría de los tribunales se refieren a la responsabilidad indirecta por los actos de los conspiradores como "responsabilidad *Pinkerton*" (Kurt, 2008, p. 592). En cierto modo, la doctrina *Pinkerton* contiene realmente dos reglas en una sola. La primera regla permite la responsabilidad indirecta por los delitos de los conspiradores que caen dentro del alcance del plan criminal. La segunda regla, más extensa, se aplica en los casos en que las acciones de un co-conspirador quedan fuera del alcance del acuerdo penal, pero de todos modos se atribuyen al acusado porque eran 'razonablemente previsibles'. El nombre '*Pinkerton*' también suele asociarse a esta última regla, más controvertida por cierto, porque fue en este caso donde la Corte Suprema utilizó el concepto 'previsibilidad razonable' ('*reasonable foreseeability*'), concepto más próximo al campo del ilícito civil que al del Derecho penal, pero a partir de entonces, también, firmemente arraigado en esta última disciplina (Ohlin, 2007, p. 152).

Conforme a los hechos, los hermanos Walter y Daniel Pinkerton vivían a doscientos metros uno del otro en la granja de Daniel, donde estaban involucrados en un negocio de venta ilegal de whisky, producto del cual cada uno fue condenado varias veces por violar las leyes estatales contra la venta de licores. Aunque la evidencia presentada en el juicio *Pinkerton v. United States* demostró la existencia de una *conspiracy*, no hubo evidencia para conectar a Daniel con ninguna acción empre-

dida en relación a los delitos fiscales. Sin embargo, el jurado recibió instrucciones de que si encontraban a los acusados como miembros de una *conspiracy* podrían, sólo sobre esa base, condenar a los acusados de cualquier delito sustantivo cometido en cumplimiento de la conspiración. El Tribunal no "vio razón alguna; por la que los mismos u otros actos en apoyo de la conspiración ... no deberían ser atribuibles a los demás con el fin de responsabilizarlos por los delitos sustantivos. Ambos hermanos fueron acusados y condenados por conspiración para evadir el pago de impuestos sobre el whisky, así como por varios delitos sustantivos de evasión fiscal" (p. 647). Sin embargo, "no había evidencia que demostrara que Daniel participó directamente en la comisión de los delitos sustantivos" (p. 645) o que incluso si sabía de su comisión; los delitos sustantivos habían sido cometidos únicamente por Walter, por lo que Daniel apeló sus condenas por los delitos sustantivos basándose en un caso de 1940 del Tercer Circuito, que sostenía que un acusado sólo podía ser condenado por un delito cometido por su co-conspirador si en ellos había participado directamente o lo había ayudado o incitado²¹.

El juez Douglas, en sustento de la posición mayoritaria de la Corte Suprema de los EE.UU. en el caso *Pinkerton*, rechazó el argumento de Daniel en una breve discusión de dos párrafos. Basó su análisis casi por completo en la regla que, en una conspiración criminal, "un acto manifiesto de un compañero puede ser el acto de todos sin ningún nuevo acuerdo específicamente dirigido a ese acto" (p. 647). De acuerdo con la regla del acto manifiesto, establecida antes de *Pinkerton*, el acto del conspirador A se puede usar para satisfacer el elemento del acto manifiesto de un cargo por *conspiracy* contra el conspirador B (el otro elemento, por supuesto, es que el acusado ingresó intencionalmente en el acuerdo penal). "El principio rector es el mismo", razonó Douglas, "cuando el delito sustantivo es cometido por uno de los conspiradores para promover el proyecto ilegal" (p. 647). Concluyó que,

el elemento del acto manifiesto puede ser suministrado por el acto de un conspirador, no vemos por qué los mismos actos u otros en apoyo de la conspiración tampoco son atribuibles a los demás con el fin de responsabilizarlos por el delito sustantivo (p. 647).

En consecuencia, la Corte confirmó las condenas de Daniel por los crímenes de Walter. En el siguiente y último párrafo de la opinión, Douglas suministró el pasaje que forma la base de la famosa regla *Pinkerton*, señalando, sin más detalles que

caso diferente surgiría si el delito sustantivo cometido por uno de los conspiradores no se cometiera, de hecho, en apoyo de la conspiración, no entrara dentro del alcance del proyecto ilegal, o fuera simplemente una parte de las ramificaciones del plan que no podría preverse razonablemente como una consecuencia necesaria o natural del acuerdo ilegal (pp. 647-648).

El nuevo problema presentado por la decisión del *leading case Pinkerton* fue la condena a uno de los miembros de la *conspiracy* (Dan Pinkerton) por los delitos sustantivos basándose únicamente en la evidencia de su acuerdo previo para cometer actos similares. El dilema central es si el acusado había cometido un acto con la intención requerida para ser condenado por el delito sustantivo por el cual está acusado. Entonces, la cuestión en *Pinkerton* era simplemente cómo Daniel Pinkerton podía ser condenado por los delitos fiscales perpetrados por su hermano Walter, especialmente dado que Daniel estaba en la cárcel cuando Walter los cometió. De alguna manera, en virtud del acuerdo penal, el acto y las intenciones de uno se convierten en los actos y las intenciones del otro, y la responsabilidad puede atribuirse a todos los que se unen a la conspiración. Entonces, ¿por qué unirse a la conspiración convierte al menos, a los fines legales, los actos de otros en propios? La opinión mayoritaria del juez Douglas caracterizó la conspiración como una ‘asociación en el crimen’ (*partnership in crime*) análoga la responsabilidad civil mancomunada los socios, extendiendo la responsabilidad penal a cada conspirador por los delitos de los co-conspiradores. Pero el Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, tiene su fundamento en la culpabilidad personal e individual, cuya esencia es en el Derecho penal del *common law* es la causación, y cualquier doctrina de responsabilidad penal indirecta es repugnante a los conceptos del *common law* (YLJ, 1947, p. 734).

Resulta importante destacar la opinión minoritaria del caso *Pinkerton* encarnada en el Juez Rutledge, quien una disidencia conjunta por el juez Frankfurter, criticó duramente la opinión de la mayoría como "un precedente peligroso" (p. 648) que pareció allanar el camino para un "alcance casi ilimitado de responsabilidad indirecta por los actos de los demás que sigue una vez que se demuestra el acuerdo" (p. 650). El juez Rutledge, siguiendo el análisis del Tercer Circuito, argumentó que un enfoque tan amplio era inconsistente con el esquema legal adoptado por el Congreso porque permitía a Daniel ser condenado por "delitos sustantivos cometidos sólo

por Walter" sin ninguna "evidencia de que él aconsejó o tuvo conocimiento de esos actos o delitos particulares" (p. 651). Además de las críticas basadas en la ley vigente, Rutledge argumentó que el enfoque de la mayoría para la responsabilidad indirecta podría ser inconstitucional, afirmando que no viola la letra del derecho constitucional, fractura el espíritu" (p. 650). Por otro lado, el juez Rutledge, acertadamente identifica en el sistema federal tres clases de delitos, que no están destinados a ser idénticos y cuyas diferencias no son meramente verbales²²; ellos son: (1) comisión de delitos sustantivos; (2) ayudar, incitar o aconsejar a otro a cometer un delito; y (3) conspiración para cometer un delito. La esencia de la conspiración es el acuerdo, siendo el acto manifiesto el cumplimiento de la ejecución o ejecución parcial del esquema, como lo requiere la ley; mientras que la esencia de 'ayudar e instigar' es asesorar o ayudar conscientemente tanto como convertirse en parte del delito sustantivo en tanto autor.

Como cuestión de interpretación legal, el razonamiento de Justice Rutledge parece ser mucho más persuasivo que el de la mayoría. De hecho, la mayoría no identificó ninguna base legal para responsabilizar a los acusados por los delitos sustantivos de su co-conspirador en ausencia de pruebas que demostrasen la ayuda o instigación de los delitos sustantivos. La Corte, en su opinión mayoritaria, tampoco explicó sus razones para rechazar el análisis del Juez Rutledge y el del Tercer Circuito sobre la norma del Código Penal Federal sobre autoría y complicidad, que era la única disposición legal que determinaba la responsabilidad. Esta norma, aún vigente en la actualidad, define los casos en que una persona puede ser condenada como autora por violar el Código Penal Federal y no incluye nada relacionado con la responsabilidad *Pinkerton*. En cambio, limita la responsabilidad como autor de un delito de una persona que "ayuda, incita, aconseja, ordena, induce o procure su comisión ..." (18 U.S.C. § 2.a). Por lo tanto, la mayoría de *Pinkerton* parece haber creado un principio completamente nuevo de responsabilidad penal de la nada legal, posiblemente en violación de la prohibición contra la creación de delitos federales a partir del *common law*^{23, 24}.

Aún en la actualidad, los elementos de *Pinkerton* no se encuentran en ninguna parte del Código Penal Federal, aunque se han incorporado a las disposiciones de las (hasta ahora discrecionales) Directrices Federales de Sentencias (*U.S. Sentencing Guidelines Manual*)²⁵. Por el contrario, el delito federal de *conspiracy* especifica que el requisito de acto manifiesto se cumple cuando "una o más de esas personas realizan algún acto para lograr el objeto de la conspiración" (19 U.S.C. § 371), socavando aún más la solidez del razonamiento de la mayoría según la cual la

responsabilidad indirecta por los delitos sustantivos se justificaba como una extensión de la regla del acto manifiesto de la conspiración (Kurt, 2008, p. 596).

La atribución a todos los miembros de una *conspiracy* de los actos manifiestos de cualquier co-conspirador ha sido severamente criticada. El propósito de la regla del acto manifiesto es simplemente establecer que una conspiración ha pasado más allá de las simples palabras; que ha llegado a un punto en el que representa una amenaza lo suficientemente real para la sociedad como para que se impongan sanciones (People v. McGee, 1979, p. 58). Su función es sólo evitar que las personas sean procesadas por hacer meras afirmaciones de las que no tenían intención de llevarlas a cabo. El acto manifiesto que, puede ser puramente inocente y legal en sí mismo, ni siquiera es un elemento esencial de la conspiración y sólo constituye un elemento de prueba, se independizó, en el caso *Pinkerton*, por completo de la conspiración (Recent Decisions, 1947, p. 277)²⁶. Según el razonamiento de la mayoría, si el acto manifiesto, necesario para establecer una condena de *conspiracy* contra cualquier conspirador, puede ser suministrado por cualquier conspirador, el mismo acto también es atribuible a los otros conspiradores para responsabilizarlos por el delito sustantivo, y esto es, aparentemente, razonado a partir de la aplicación a la *conspiracy* de la regla que los cómplices son considerados por el Código Penal Federal como autores (18 U.S.C. § 2.a), pero debemos tener en cuenta que el delito sustantivo no forma parte del delito de *conspiracy*, y que una *conspiracy* en sí misma no viola la norma cuya violación constituye el objeto de la misma. Además, al aplicar un principio, extraído de la definición de cómplice, a un conspirador, estamos eliminando la distinción básica de distinción entre dos tipos de responsabilidad definidas por separado. Es cierto que, en la aplicación práctica, es difícil determinar con precisión cuándo un sujeto deja de ser un conspirador y se convierte en cómplice del delito sustantivo. Es esta dificultad de distinción es la causa subyacente de las imprecisiones que aparecen en diversas decisiones jurisprudenciales. Sin embargo, la dificultad de establecer la distinción no debería ser una excusa para ignorarla (Recent Decisions, 1947, p. 278).

En los años posteriores a *Pinkerton*, la decisión fue casi universalmente condenada por la comunidad académica (YLJ, 1947; HLR, 1957; LaFave y Scott, 1972; Schuessler, 1983); los críticos han argumentado que la justificación de *Pinkerton* representa una extensión injustificada de la doctrina civil de responsabilidad del superior a la jurisprudencia penal, violando el principio básico del Derecho penal que sostiene que las personas son responsables sólo de su propia conducta y no por la de los demás²⁷; y, aunque no existen estadísticas, la responsabilidad *Pinkerton* parece haber sido "rara-

mente utilizada hasta la década de 1970" (Kurt, 2008, p. 596). LaFave y Scott declararon que la regla de Pinkerton "nunca había ganado una amplia aceptación" (LaFave y Scott, 1972, p. 515). La regla de *Pinkerton* también fue rechazada por los redactores del MPC (Model Penal Code Commentaries, 1985, pp. 307-09).

A principios de la década de 1970, las cosas comenzaron a cambiar a medida que los fiscales comenzaron a emplear las reglas *Pinkerton* "con una frecuencia cada vez mayor, particularmente en el contexto de los enjuiciamientos por narcotráfico" (May, 1983, p. 21)²⁸. A principios de la década de 1990, las reglas de la responsabilidad *Pinkerton* habían ganado aceptación entre los tribunales. Como lo explica Marcus: prácticamente todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, un conspirador puede ser considerado responsable de los crímenes cometidos por sus co-conspiradores, siempre y cuando dichos crímenes sean en cumplimiento del acuerdo y sean razonablemente previsibles" (1992, p. 6). Por otro lado, la doctrina ha sido adoptada en los códigos penales de Texas²⁹, Iowa³⁰, Kansas³¹ y Wisconsin³², *inter alia*, y la misma continúa existiendo en el sistema federal (United States v. Buchanman, 7th Cir. 1997), aunque los tribunales "son conscientes de las posibles limitaciones del debido proceso en la doctrina *Pinkerton* en casos que involucran relaciones atenuadas entre el conspirador y el crimen sustantivo" (LaFave, 2010, p. 724)³³.

Conspiracy y complicidad

El delito de *conspiracy* debe distinguirse claramente de la categoría 'complicidad'. La *conspiracy* es un *inchoate crime*, que se consuma al celebrar un acuerdo para cometer un delito sustantivo. Sin embargo, además de esta función anticipatoria, la *conspiracy* cumple una serie de funciones diversas que son satisfechas por otros dispositivos jurídicos en los sistemas legales continentales y, en particular, en aquellos que siguen el sistema de imputación jurídico-penal denominado teoría del delito. Al funcionar como un cargo adicional en las acusaciones contra aquellos que cometen delitos en forma conjunta, proporciona un medio para agravar el castigo por la perpetración grupal. Más significativamente, la membresía a una *conspiracy* genera un estándar para mantener a cada conspirador cómplice en los delitos cometidos por los otros conspiradores. La única restricción a esta prueba de complicidad es que el delito se cometa en cumplimiento del objetivo criminal de la *conspiracy*. El punto importante sobre esta conexión entre *conspiracy* y complicidad es que la membresía conspirativa no funciona como una categoría de responsabilidad accesoria sino como una prueba de lo que significa ser un coautor (Fletcher, 2000, p. 647).

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha establecido que un acusado por el delito de *conspiracy* puede ser responsable de cada uno de los cargos por delitos sustantivos bajo tres teorías diferentes: (1) comisión real del delito; participación en el crimen como ayudante o cómplice o bien, (3) responsabilidad bajo la teoría de *Pinkerton*³⁴.

La superposición entre estos enfoques crea una red muy complicada de desenmarañar. La comisión directa del delito no presenta mayores dificultades. Sin embargo, si el simple cómplice y la responsabilidad como conspirador no fueran suficientes, la doctrina de *Pinkerton* dificulta aún más la posibilidad de zanjar las diferencias. En *United States v. Bates* (1944), con anterioridad a *Pinkerton*, la Corte Suprema de los EE.UU. había fijado que "...un hallazgo culpabilidad por conspiración no implica ningún delito sustantivo...". Por lo tanto, pruebas separadas y distintas más allá de la necesaria para condenar por conspiración debían de ser necesaria para condenar por los delitos sustantivos involucrados en cualquier conspiración.

Si queremos intentar fijar las diferencias entre los distintos tipos de responsabilidad, en primer lugar debemos determinar cómo se diferencian autoría y participación. En el campo de los delitos graves (*felonies*), el *common law* dividió a los sujetos intervinientes en principales y accesorios. Según el análisis antiguo, sólo el autor real de la acción criminal era el autor o principal, los otros sujetos culpables se llamaron accesorios y para distinguirlos con referencia al tiempo y al lugar se dividieron en tres clases: (1) accesorios antes de hecho, (2) accesorios en el hecho y (3) accesorios después del hecho. En un momento relativamente temprano, la parte que originalmente se consideraba un accesorio en el hecho, dejó de ser clasificada en el grupo accesorio y fue etiquetada como autor. Para distinguirlo del autor real del delito, se lo llamó autor en segundo grado. A partir de entonces, en los casos de delitos graves hubo dos tipos de autores, de primer y de segundo grado, y dos tipos de accesorios o partícipes, antes del hecho y después del hecho (Blackstone, 1753, *34; Perkins, 1941, p. 581). Tal como se aplica a los casos de homicidio, la clasificación de las partes en el delito fue resumida de esta forma por la Corte Suprema de Carolina del Norte en *State v. Powel* (1914):

“Las partes en un homicidio son: (1) autores en primer grado, son aquellos cuyos actos u omisiones ilegales causan la muerte de la víctima, sin intervención de ningún agente responsable; (2) autores de segundo grado, son aquellos que están presentes de manera real o constructiva en la escena del crimen³⁵, ayudando y colaborando (*aiding and abetting*) en el mismo, pero no causando di-

rectamente la muerte; (3) accesorios antes del hecho, son aquellos que han conspirado con el autor real para cometer el homicidio, o algún otro acto ilegal que naturalmente resultaría en un homicidio, o que lo hayan procurado, instigado, alentado o aconsejado que lo cometa, pero que no estaban presentes ni constructivamente cuando se cometió; y (4) accesorios después del hecho, siendo aquellos que, después de la comisión del homicidio, a sabiendas ayudan a escapar de una de sus partes” (p. 138).

Es necesario realizar algunas salvedades. En primer lugar, un autor en primer grado puede definirse simplemente como autor (LaFave, 2010, p. 701). Quien utiliza un intermediario para cometer un delito no suele ser autor en primer grado. Sin embargo, lo es cuando el delito se comete mediante el uso de un agente inocente o irresponsable (Morrisey v. State, Del. 1993; State v. Williams, Md. 2007). En tal caso, el intermediario se considera un mero instrumento y el autor de origen es el autor en primer grado, siendo responsable de los actos u omisiones de la persona inocente o irresponsable, y la responsabilidad del autor se determina sobre la base de la conducta del instrumento y de su propio estado mental (LaFave, 2010, p. 702)³⁶. En segundo lugar, los conceptos ‘ayudante y cómplice’ (*aider and abettor*), se usan por lo general como sinónimos y de manera conjunta. Sin embargo, la palabra ‘*abet*’ incluye el elemento de ayuda, o el de mandar, aconsejar o alentar el crimen sin asistencia real, más el elemento adicional de *mens rea*. Dicho de otro modo, alguien que está presente (de manera real o constructiva) puede ayudar sin colaborar, cuando actúa inocentemente, o incitar sin ayuda, como simplemente alentando al autor (Perkins, 1941, p. 584). Por último, la categoría accesorios o partícipes después del hecho ha sido abandonada³⁷, ya no se la considera un modo de participación en el delito sino un delito independiente (obstrucción de justicia; asistir, ayudar o albergar a un delincuente, según el caso).

Existe cierta autoridad para usar la categoría ‘cómplice’ (*accomplice*) para incluir todos los autores y todos los partícipes, pero el uso preferido es incluir todos los autores y partícipes antes del hecho y durante el hecho, pero no a los accesorios después del hecho. Mediante esta categoría se abarca a todos los autores, cómplices e instigadores. Ésta ha sido la vía que siguió el MPC³⁸ y el Código Penal Federal³⁹ y ha promovido que, en buena parte de las jurisdicciones se abandonen las categorías antes aludidas, desembocando en un concepto único de autor. En otras palabras, el Derecho penal norteamericano está comprometido con el principio de que los autores y partícipes deben ser castigados por igual, pues “todos los cómplices son ‘culpables’ como si fueran autores” (Fletcher, 2000, p. 651).

En segundo lugar, resulta de primordial interés la distinción entre conspirador y cómplice o colaborador. Colabora en un delito cualquier persona que "ayude, incite, aconseje, ordene, induzca o procure" la comisión de un delito por parte de otro, y es punible como autor, es decir, como si hubiera cometido el delito él mismo (Doyle, 2020, p. 2). Por otro lado, si acuerda con otro cometer un delito y se ejecuta un acto manifiesto, son responsables como conspiradores y si el co-conspirador comete el delito acordado, son igualmente punibles por dicho delito sustantivo. El tribunal del Quinto Circuito ha establecido que "La evidencia que respalda una condena de conspiración es generalmente suficiente para apoyar una condena de ayuda y colaboración" (*United States v. Martinez*, 5th Cir. 2018)⁴⁰. Sin embargo, los dos delitos son claramente distintos, como ha señalado el Noveno Circuito en *United States v. Hernandez-Orellana*: la diferencia entre los elementos clásicos del *common law* de la complicidad y una conspiración criminal, subrayando esta distinción material, aunque a primera vista los dos parecen similares. Ayudar y colaborar en la comisión de un delito específico incluye cuatro elementos: (1) que el acusado tenía la intención específica de facilitar la comisión de un delito por otro, (2) que el acusado tenía la intención requerida para cometer el delito sustantivo subyacente, (3) que el acusado ayudó o participó en la comisión del delito sustantivo subyacente, y (4) que el autor cometió el delito subyacente (2008: pp. 1006-1007). La clásica conspiración criminal, por el contrario, tal como está estipulada en el Código Penal Federal (18 U.C.S. § 371) es más amplia. El gobierno sólo tiene que probar "(1) un acuerdo para participar en actividades delictivas, (2) uno o más actos manifiestos ejecutados para implementar el acuerdo, y (3) la intención necesaria para cometer el delito sustantivo". De hecho, una conspiración para cometer delitos de tráfico de estupefacientes incluso ni siquiera requiere la comisión de un acto manifiesto en cumplimiento de la conspiración (p. 1007).

La conspiración para cometer un delito y colaborar en la comisión de un delito son delitos distintos, constituyendo sistemas de responsabilidad diferenciados. Esto es así incluso cuando la comisión del delito sustantivo figure como el acto manifiesto de la acusación por conspiración. El primer elemento esencial de una conspiración criminal es un acuerdo para violar la ley (*United States v. Frazier*, 1989, p. 884)⁴¹. La esencia de la *conspiracy* es el acuerdo y, por lo tanto, los conspiradores pueden ser castigados incluso cuando no se logre el propósito criminal. Lo que distingue al cómplice del conspirador es que la responsabilidad de aquel depende de la ejecución de un delito sustantivo, mientras que la responsabilidad del conspirador comienza desde el momento que él entra en un acuerdo ilegal. Los términos cómplice y autor son, por lo tanto, meramente descriptivos del papel desempeñado por las

partes en un delito, mientras que el término conspiración describe un delito en sí. Un cómplice siempre será imputable como conspirador (pues toda complicidad implica un acuerdo criminal), aunque no todos los conspiradores lo serán como cómplices. Este hecho es significativo por dos razones. Desde el punto de vista de la discreción fiscal, significa que siempre que se logre el propósito de una conspiración, un conspirador individual puede ser acusado de dos delitos; un delito sustantivo, basado en su papel como cómplice de un delito consumado, y una conspiración en virtud de su entrada en un acuerdo ilegal. Desde un punto de vista probatorio, significa que al establecer la responsabilidad de un individuo por la comisión de un delito, el órgano acusador puede, de hecho, considerar la membresía de un individuo en una conspiración para determinar si ese individuo es cómplice. En otras palabras, la responsabilidad por la comisión de un delito sustantivo no se deriva de la membresía en una conspiración, sino que la evidencia de la membresía en una conspiración puede establecer el papel de un conspirador como cómplice (May, 1983, p. 32).

A primera vista, *Pinkerton* parece ser una responsabilidad por conspiración. Mirando más de cerca, es importante entenderla en la distinción existente entre un acto manifiesto y el delito sustantivo. *Pinkerton* posibilita imputar a los co-conspiradores los delitos sustantivos cometidos en el marco del proyecto ilegal, a partir de la atribución a todos los co-conspiradores el acto manifiesto de uno de ellos. A menudo, el delito sustantivo es el acto manifiesto, pero no siempre. Estaba bien establecido que un co-conspirador es responsable de los actos manifiesto de su co-conspirador, pero, ¿podría un co-conspirador ser culpable de un delito sustantivo cometido únicamente por su co-conspirador? Justamente *Pinkerton* posibilitó que un co-conspirador pueda ser condenado por delitos sustantivos cometidos por su co-conspirador siempre que sea razonablemente previsible que el delito sustantivo esté dentro del alcance del proyecto ilegal, aunque en los hechos no lo esté.

La mayoría de las reglas estatales sobre responsabilidad como cómplice requieren más que la mera membresía en la conspiración, sin embargo, unos pocos incluyen específicamente la conspiración como base para la responsabilidad como cómplice⁴², y el lenguaje en estos estatutos ha sido invocado por los tribunales al rechazar la conclusión de que la complicidad es coextensiva con la conspiración⁴³.

Conclusiones

La *conspiracy* es un delito incipiente que funciona no sólo como un dispositivo anticipatorio que permite sancionar hechos antes de la ejecución de la finalidad delictiva sino que, también, de manera simultánea, como un dispositivo amplificador de la responsabilidad penal. De manera apropiada el juez Jackson, en su opinión frecuentemente citada en el caso *Krulewitch v. United States*, se refirió a la *conspiracy* como un "delito elástico, extenso y generalizado, tan vago que casi desafía la definición al igual que el camaleón porque adquiere una coloración especial de cada uno de los muchos delitos independientes en los que puede superponerse" (1949, p. 446). Este delito tiene como finalidad facilitar la imposición de penas a los miembros de grupos criminales que planean actividades prohibidas; en la medida en que logre este fin, aumenta inevitablemente la probabilidad de que las personas sean castigadas por lo que dicen en lugar de por lo que hacen, o por el mero hecho de asociarse con otros que son encontrados culpables por otros delitos.

Si bien la *conspiracy*, en tanto *inchoate crime*, se consuma con el mero acuerdo, requiriéndose el acto manifiesto únicamente a los fines probatorios, en la práctica, dada la naturaleza secreta de las conspiraciones criminales, pruebas explícitas de su existencia y alcance generalmente no se pueden obtener independientemente de la tentativa o consumación del delito fin (delito sustantivo). Esta situación ha llevado a parte de la doctrina (Johnson, 1973; Marcus, 1977) a bregar por la innecesariedad de esta figura penal, pues su funcionalidad queda absorbida por el *inchoate crime* de la tentativa (*attempt*).

La *conspiracy* no es sólo un delito incipiente y sustantivo en sí mismo, sino también el hecho desencadenante para invocar varias reglas procesales y sustantivas independientes. Cuando exista evidencia de una *conspiracy*, el acusado puede ser juzgado conjuntamente con sus compañeros criminales y posiblemente con muchas otras personas a las que nunca ha conocido o visto y los hechos de otros presuntos miembros de la conspiración pueden ser utilizados para probar su culpabilidad. Además, un acusado que sea declarado culpable de conspiración está sujeto a un castigo aumentado y también puede ser declarado culpable de cualquier delito cometido en cumplimiento de la conspiración, ya sea que haya sabido o no sobre el delito (Johnson, 1973, pp. 1139-1140).

Una de las características fundamentales de la *conspiracy*, a diferencia del modelo de la participación en una asociación criminal, es innecesaria de que el acuerdo trascienda de la (posible) comisión de un sólo delito. La ausencia del elemento de permanencia torna difícil, cuando no imposible, distinguir al conspirador del cómplice, pues toda complicidad supone un acuerdo criminal, esto es, acordar la colaboración en un delito de otro. A ello se le suma que, según lo ha fijado la jurisprudencia, la prueba de existencia de una conspiración implica, al mismo tiempo, prueba de un acto de colaboración en el delito sustantivo, tornándolo cómplice del mismo. Esta dificultad en distinguir conspirador de cómplice se ha trasladado a ciertas legislaciones que han renunciado a dicha distinción, considerando a la *conspiracy* un modo de colaboración en el delito sustantivo.

La *conspiracy* como dispositivo amplificador de la responsabilidad penal se ha visto fortalecido con creces a partir de la doctrina *Pinkerton*, introduciendo al ámbito penal la teoría de la responsabilidad indirecta. No hay que perder de vista que la responsabilidad penal significa culpabilidad por el acto ilícito, todo acto ilícito presupone un acto en violación de la ley⁴⁴; la culpabilidad no puede, por lo tanto, separarse de la acción ilícita⁴⁵. Para cumplir con el requisito de la culpabilidad en el caso *Pinkerton*, entonces, deberíamos demostrar de alguna manera que Daniel Pinkerton cometió un acto ilícito, a pesar de que el acto por el cual fue procesado era el acto de su co-conspirador. Una vía para salvar las inconsistencias sería considerar suficiente el ‘acto’ de Daniel consistente en unirse a la conspiración o formar el acuerdo conspiratorio suficiente para cumplir con el requisito del acto requerido por el delito sustantivo (en los hechos, ejecutado únicamente por Walter). Si bien es innegable que Daniel cometió el acto conspirativo, el acto de unirse a la conspiración no es el mismo acto que el de cometer una evasión fiscal, la norma que está infringiendo es sólo aquella que prohíbe constituir acuerdos con objetivos criminales. En todo caso, este acto simplemente hace que Daniel sea culpable del delito incipiente de conspiración para cometer evasión fiscal, pero no culpable de evasión fiscal propiamente dicha. Sólo a partir de un fundamento de responsabilidad objetiva como es la responsabilidad indirecta es posible extender la responsabilidad de uno de los conspiradores hacia los otros integrantes del acuerdo conspiracional, y acudir a ese tipo de argumentación es contraria a los principios del *common law*.

En el *common law* es el principio de la causación el fundamento que permite hacer responsable como autor: (1) al autor directo, o (2) a aquel que ayuda, incita, aconseja, ordena, induce o procura la comisión del delito. El requisito de que las leyes penales se interpreten restrictivamente hace que esta categorización sea exclusi-

va y prohíbe la creación judicial de una nueva regla de responsabilidad para incluir a todos los miembros de una conspiración de la cual el autor directo era miembro (YLJ, 1947, p. 374). Sólo a partir de una interpretación extensiva, sin sustento legal, fue posible introducir al derecho penal los principios que guían la responsabilidad *Pinkerton*.

El MPC ha sido de gran influencia en los procesos de recodificación. En buena medida ha sido receptor de las críticas que ha sido posible el delito de *conspiracy*. Así, ha permitido la fusión de las penas por delitos de *conspiracy* y delito sustantivo; ha exigido un acto manifiesto para que el acuerdo criminal sea susceptible de pena y ha rechazado la responsabilidad *Pinkerton*. Sin embargo, al no gozar de *status* legal, sólo cumple una función interpretativa y orientadora de los procesos de recodificación. Por lo tanto, no ha impedido que la doctrina *Pinkerton* haya seguido siendo utilizada tanto en la jurisprudencia federal como así también haya tenido aceptación en la legislación penal de algunos estados.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2007). Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 159-183. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/jicj/mql045>
- Amenge Okoth, J. R. (2014). *The Crime of Conspiracy in International Criminal Law*, Heidelberg: Springer.
- Blackstone, W. (1753). *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 2, Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893.
- Clarkson, C. M. V., Keating, H. M., Cunningham, S. R. (2007). *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, 6ª edición, London: Sweet & Maxwell.
- Doyle, C. (2020). Accomplices, Aiding and Abetting, and the Like: An Overview of 18 U.S.C. § 2, *Congressional Research Service*, pp. 1-11. Recuperado de: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43769>
- Fletcher, G. (2000). *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press.
- Fletcher, G. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford: Oxford University Press.
- Frisch, W. (1996). Straftat und Straftatsystem, en Wolter, J., Freund G. (Eds.) *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff - Straftatzurechnung - Strafrechtzweck - Strafausschluß - Strafverzicht - Strafklagverzicht*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, pp. 135-210.
- Jefferson, M. (2013). *Criminal Law*, 11ª edición, London: Pearson.
- Johnson, P. E. (1973). *The Unnecessary Crime of Conspiracy*. *California Law Review*, Vol. 61, No. 5 (Sep., 1973), pp. 1137-1188. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/3479790>
- Katyal, N. K. (1961). Conspiracy Theory. *The Yale Law Review*, Vol. 112, pp. 1307-139. Recuperado de: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4808&context=y1j>

- Kaufmann, A. (1985). Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft, en Jescheck, H-H. et al. (Eds). *Gedächtnisschrift für Zong Uk Tjong*, Tokio: Seibundo, pp. 100-111.
- Kurt, A. (2008). Vicarious Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton. *American University Law Review*, vol. 57, pp. 585-639. Recuperado de: <http://pgil.pk/wp-content/uploads/2014/06/Vicarious-Liability-by-kreit.pdf>
- LaFave, W. R. (2010). *Criminal Law*, 5ª edición, Eagan, Minnesota: West Publishing.
- LaFave, W. R., Scott, A. W. Jr. (1972). *Handbook on Criminal Law*, Eagan, Minnesota: West Publishing.
- Manning A. (2006). A Common Law Crime Analysis of Pinkerton v. United States: Sixty Years of Impermissible Judicially-Created Criminal Liability, *Montana Law Review*, Vol. 67, pp. 89-119. Recuperado de <https://scholarship.law.umt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2338&context=mlr>
- Maljevic, A. (2011). “Participation in a Criminal Organization” and “Conspiracy”. *Different Legal Model Against Criminal Collectives*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Model Penal Code Commentaries. (1985). *Part 1, General Provisions, Sec. 30.1-5.07 I*, Philadelphia: The American Law Institute.
- Marcus, P. (1992). *Criminal Conspiracy Law: Time to Turn Back from an Ever Expanding, Ever More Troubling Area*, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 1, pp. 1-45. Recuperado de: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1549&context=wmborj>
- Marcus, P. (1977). “Conspiracy: The Criminal Agreement, in Theory and in Practice”. *The Georgetown Law Journal*, vol 65, pp. 925-969. Recuperado de: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/558>
- May, J. (1983). Pinkerton v. United States Revisited: A Defense of Accomplice Liability. *Nova Law Review*, Vol. 8, pp. 21-42. Recuperado de: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1833&context=nlr>

- Ohlin, J. D. (2007). Group Think: The Law of Conspiracy and Collective Reason. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, No. 1, pp. 147-206. Recuperado de: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/437>
- Ohlin, J. D. (2007b). Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, pp. 69-90. DOI: <http://dx.doi.org/10.1093/jicj/mql1044>
- Perkins, R. M. (1941). Parties to Crime Author(s). *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 89, No. 5, pp. 581-623. Recuperado de: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9136&context=penn_law_review
- Posner, R. A. (1985). An Economic Theory of *Criminal Law*. *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6, pp. 1193-1231. Recuperado de: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=journal_articles
- Recent Decisions (1947). *Criminal Law - Conspiracy and Substantive Offenses-Distinctions Between Conspirators and Accomplices-Conviction of Conspirators for Substantive Offenses, Although He Did Not Actually Participate in Them*, *FordhamLaw Review*, Vol. 16, pp. 275-282. Recuperado de: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol16/iss2/6>
- Robinson P., Dubber, M. (2007). The American Model Penal Code: A Brief Overview. *New Criminal LawReview*, Vol. 10, No. 3, pp. 319-341. DOI: <http://dx.doi.org/10.1525/nclr.2007.10.3.319>
- Robinson P. (1997). *Structure and Function in Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Robinson P. (1984). Imputed Criminal Liability. *Yale Law Journal*, Vol. 93, pp. 609-676. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2500452>
- Sayre, F. B. (Sr.) (1932). Mens Rea. *HarvardLaw Review*, Vol. 45, No. 6, pp. 974-1026. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/1332142>
- Sayre, F. B. (Sr.) (1930). Criminal Responsibility for the Acts of Another. *Harvard Law Review*, Vol. 43, No. 5, pp. 689-723. DOI: <http://dx.doi.org/10.2307/1330727>

- Schuessler, T. (1983). Liability for Coconspirator 's Crimes in the Wisconsin Party to a Crime Statute. *Marquette Law Review*, vol. 66, pp. 345-368. Recuperado de: <https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1972&context=mulr>
- Sayre, F. B. (Sr.) (1922). Criminal Conspiracy. *Harvard Law Review*, Vol. 35, No. 4, pp. 393-427. DOI: <https://doi.org/10.2307/1328648>
- Schünemann, B. (1984). Einführung in das strafrechtliche Systemdenken. Schünemann, B., et al. (Eds.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York: De Gruyter, pp. 1-68.
- Turner, J. W. C. (1936). The Mental Element in Crimes at Common Law. *The Cambridge Law Journal*, Vol. 6, No. 1, pp. 31-66. Recuperado de: <http://www.jstor.org/stable/4502876>
- Welzel H. (1964). *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg a. d. Lahn: Elwert.
- Weschler, H. (1962). On Culpability and Crime: The Treatment of Mens Rea in the Model Penal Code. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 339, pp. 24-41. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1034317?seq=1>
- Willson, W. (2017). *Criminal Law*, 5a edición, Harlow: Pearson.
- Yale L. J. (1947). Vicarious Liability for Criminal Offenses of Co-Conspirators. *The Yale Law Journal*, Vol. 56, No. 2 (Jan., 1947), pp. 371-378.

Sentencias Judiciales

Sentencias de tribunales norteamericanos

American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946). <https://www.jstor.org/stable/1034317?seq=1>

Bates v. United States, 323 U.S. 15 (1944).

Blumenthal v. United States, 332 U.S. 539 (1947).

Bollenbach v. United States, 326 U.S. 607 (1946).

Braverman v. United States, 317 U.S. 49 (1942).

Callanan v. United States, 364 U.S. 587 (1961).

Garland v. State, 112 Md. 83, 75. A. 631 (1910).

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, (2006).

Hyde & Schneider v. United States, 225 U.S. 347 (1912).

Krulewitch v. United States, 336 U.S. 440 (1949).

Morrisey v. State, 620 A.2d 207 (Del. 1993)

People v. Gem Hang, 131 Cal.App.2d 69 (1955).

People v. Hines, 29 N.E.2d 483 (N.Y. 1940).

People v. McGee, 49 N.Y.2d 48 (1979).

Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640 (1946).

Poliafico v. United States, 237 F.2d 97, 116 (6th Cir. 1956).

Sneed v. United States, 298 Fed. 911 (C.C.A. 5th, 1924)

State v. Miller, 677 P.2d 1129 (Utah 1984).

State v. Nevarez, 142 Idaho 616 (App.2005).

State v. Powel, 83 S.E. 310 (N.C. 1914).

State v. Stein, 94 Wash.App. 616 (1999).

- State v. Stewart, 663, N.W.2d. 281 (Minn. 2002).
- State v. Thibodeau, 353 A.2d 595 (Me.1976).
- State v. Williams, 916 A.2d 294 (Md. 2007).
- State ex rel. Woods v. Cohen, 173 Ariz. 497 (1992).
- Thompson v. State, 106. Ala. 67, 17 So. 512 (1895).
- United States v. Álvarez, 755 F.2d 830 (11th Cir.1985).
- United States v. Britton, 10S U.S. 199, 204 (1883).
- United States v. Castaneda, 9 F.3d 761 (9th Cir.1993).
- United States v. Frazier, 880 F.2d 878 (6th Cir. 1989).
- United States v. Gonzales, 121 F.3d 928 (5th Cir. 1997).
- United States v. Hernandez-Orellana, 539 F.3d 994 (9th Cir. 2008).
- United States v. Martinez, 900 F.3d 721 (5th Cir. 2018).
- United States v. Ibarra-Zelaya, 465 F.3d 596 (5th Cir. 2006).
- United States v. Raffone, 693 F2d 1343, 1346 (11th Cir. 1982).
- United States v. Rosado-Fernandez, 614 F.2d 50, 53 (5th Cir. 1980).
- United States v. Sail, 116 F. (2d) 745 (C. C. A. 3d, 1940).
- United States v. Sall, 116 F.2d 745, (3d Cir. 1940).
- United States v. Superior Growers Supply, 982 F.2d 173 (6th Cir. 1992).
- United States v. Wilner, 523 F.2d 68 (2d Cir. 1975).

Yates v. United States, 354 U.S. 298 (1957).

State v. Williams, 397 Md. 172, 916 A .2d 294 (Md. 2007).

Sentencias de tribunales ingleses

Regina v. John Eagleton 169 Eng. Rep. 826 (Crim. App. 1855).

Regina v. Saunders, 2 Plowd 473 (1573).

Regina v. Tolson, 23 Q.B.D. 168 (1889).

Rex v. Huggins. King's Bench 92 Eng. Rep. 518 (1730).

Sentencias de tribunales internacionales

Prosecutor v. Stakic, (IT-97-24-A, Sentencia de Apelaciones del TPIY, 22/03/2002).

Prosecutor v. Dusko Tadic, (IT-94-1-A, Sentencia de Apelaciones del ICTY, 15/07/1999).

Notas

¹ En los EE.UU. hay cincuenta y dos códigos penales, junto con el Código Penal Federal que cubre los códigos de cada uno de los cincuenta estados federados y del distrito de Columbia. Bajo la Constitución de los EE.UU. la facultad de imponer la responsabilidad penal está reservada, en principio, a los estados en conjunto con la autoridad federal que se encarga de la prohibición y sanción de delitos especialmente relacionados con los intereses federales. El Código Penal Modelo (MPC) no fue el primero o el más ambicioso intento para codificar el Derecho penal estadounidense, pero, sin lugar a dudas, sí fue el más exitoso. El MPC es un texto diseñado para estimular y ayudar a las legislaturas estatales de EE.UU. a actualizar y estandarizar la ley penal de los E.E.UU. El MPC fue un proyecto del American Law Institute (ALI) y se publicó en 1962 después de un período de redacción de diez años. El MPC en sí no es una ley legalmente vinculante, pero desde su publicación en 1962, más de la mitad de todos los estados de EE.UU. Este texto es lo más parecido a un código penal estadounidense, pues el Código Penal Federal es muy asistemático e incompleto en la teoría y demasiado irrelevante en la práctica para funcionar como un código nacional. En aspectos donde los Estados no han seguido el MPC las divergencias crean puntos de controversia

que, a menudo, continúan hasta hoy. Además, desde su publicación, el MPC y sus comentarios han sido el centro intelectual de gran parte de la enseñanza del Derecho penal estadounidense. Su influencia no se ha limitado a la reforma de los códigos estatales, muchas decisiones de la Corte lo han citado como autoridad persuasiva para la interpretación de una ley existente o en el poder ocasional de la Corte para formular una nueva doctrina en Derecho penal (como es sabido, los tribunales estadounidenses tienen autoridad para interpretar las disposiciones ambiguas de un código y, por lo general, están obligados a seguir lo que ellos conocen como la intención legislativa basada en las decisiones interpretativas de un tribunal superior) (Robinson y Dubber, 2007).

²No obstante, ello no ha impedido el desarrollo de posiciones doctrinarias que han desarrollado un sistema explicativo de la estructura y función del Derecho penal angloamericano independiente de la legislación, como es el caso de Robinson (1997) o Fletcher (1998; 2000).

³En todos los delitos el *actus reus* es el elemento externo del mismo, el requerimiento objetivo necesario para constituir un delito (Clarkson, et al., 2007, p. 77). La expresión ‘*actus reus*’ es en sí misma tosca, pero hace tiempo que se justifica por su utilidad. Esta conducta humana puede ser activa o puede consistir en una omisión, en el caso de que exista un deber legal de actuar (Turner, 1936, p. 31).

⁴No existe un término cargado de mayor ambigüedad que la frase latina utilizada en el Derecho penal del *common law*: ‘*mens rea*’. La misma puede ser definida como "el elemento mental necesario para un crimen en particular" (Fletcher, 2000, p. 297). El *mens rea* puede ser definido como el estado mental, o en el caso de la negligencia como el fracaso de alcanzar cierto estándar de comportamiento, requerido por la definición del delito. El *mens rea* es, a veces, definido de manera negativa, como el remanente del delito una vez que el *actus reus* ha sido sustraído. Cabe aclarar que las dos partes del delito (*actus reus* y *mens rea*) no existen separadamente (*actus reus non facit reum nisi mens sit rea*). El *mens rea*, por lo tanto, cualifica el *actus reus*. (Jefferson, 2013, p. 44).

⁵Hacemos referencia al Derecho penal aplicado en Inglaterra y Gales.

⁶De acuerdo con la ley de 1977, enmendada por la Criminal Attempts Act 1981, establece que el objeto de la conspiracy debe ser o, mejor dicho, los conspiradores deben acordar: “1. un comportamiento a ser ejecutado; 2. que, si es llevado a cabo de acuerdo con sus intenciones; 3. necesariamente significará o comprenderá la comisión de un delito.”

⁷ Idaho Penal Code: § 18-1701; Washington Penal Code: § 9.A.28.040; California Penal Code: § 182; New York Penal Code: § 105.25; Texas Penal Code: § 15.02, inter alia. Arizona Penal Code: § 13-1003 el acto manifiesto no es requerido en conspiraciones de delitos contra las personas, robo e incendio intencional de estructuras ocupadas.

⁸ Hyde & Schneider v. United States, 225 U.S. 347, (1912); United States v. Britton, 108 U.S. 199, (1883). Aunque en People v. Hines (1940), la Corte de Nueva York sostuvo que la conspiracy no está completa hasta la ejecución del acto manifiesto, la comisión de un delito dependía para su validez que un acto manifiesto sea ejecutado para cumplimentar el objeto de la conspiracy.

⁹ 18 U.S.C. §371. Conspiración para cometer un delito o defraudar a los Estados Unidos. Si dos o más personas conspiran para cometer un delito contra los Estados Unidos, o para defraudar a los Estados Unidos, o cualquier agencia de los mismos de cualquier manera o para cualquier propósito, y una o más de esas personas realizan cualquier acto para lograr el objeto de la conspiración, cada uno será multado bajo este título o encarcelado por no más de cinco años, o ambos.

Sin embargo, si el delito, cuya comisión es el objeto de la conspiración, es solo un delito menor, el castigo por tal conspiración no excederá el castigo máximo provisto por dicho delito menor.

¹⁰ Solicitation, conspiracy y attempt son delitos incipientes (inchoate crimes) característicos del common law. Tomemos el siguiente ejemplo: A desea matar a su enemigo B – quizás carece del valor para hacerlo por sí mismo– en consecuencia, pide a C que mate a B. Si C actúa conforme al pedido de A y dispara fatalmente sobre B, luego A y C son ambos culpables de homicidio. Si, C procede con el plan de matar a B, pero no lo logra, ambos A y C son culpables por homicidio intentado (attempted murder). Si C acuerda con A matar a B, pero la muerte no es ejecutada o incluso ni siquiera intentada, A y C son, no obstante, culpables por el delito de conspiracy. Pero si C, rechaza inmediatamente el plan homicida de A, de manera que nunca hubo un acuerdo entre A y C en lo que refiere al delito pretendido. Obviamente C no ha cometido delito alguno. A, sin embargo, dado que su intención ha sido matar a B y su conducta reprochable al importunar a C para que ejecute el homicidio, es responsable del delito de sollicitación (solicitation). Para que se perfeccione el delito de sollicitation, sólo es necesario que el autor con la intención que otra persona cometa un delito, haya tentado, aconsejado, incitado, ordenado o alentado de otra manera a esta persona a cometer un delito. El delito sollicitado, al igual que en el caso de la del delito conspirado, no necesita ser cometido (LaFave, 2010, pp. 601-602).

¹¹ La tentativa (attempt) en el sistema del common law, al igual que la conspiracy, es un inchoate crime. Si bien guarda ciertas similitudes con la figura tal como la conocemos en el sistema de la teoría del delito, para el sistema anglosajón se trata de un delito independiente, no de fases de realización del delito consumado. No obstante tratarse de un delito independiente, se le aplican las reglas de fusión de delitos (merge).

¹² En palabras de Sayre o toda conspiración criminal es una tentativa. Uno puede volverse culpable de conspiración mucho antes de que su acto esté tan peligrosamente cerca de completarse como para hacerlo responsable penalmente por el delito tentado” (1922, p. 399).

¹³ El MPC también proporciona una lista de tipos recurrentes de conductas preparatorias que pueden ser consideradas un paso sustancial "si es fuertemente corroborativo del propósito criminal del autor". Esto incluye esperar a la víctima contemplada, reconocer el lugar contemplado para la comisión del delito, posesión de materiales diseñados para su uso en el delito, y solicitar a un agente inocente para cometer el delito (§ 5.01.2.a-g). Aunque el MPC no lo dice explícitamente, conduce a la conclusión de que cualquier forma de conducta preparatoria es un paso sustancial si confirma adecuadamente la existencia del propósito criminal del autor. La proximidad al éxito ya no es el tema crucial. La posibilidad de que el autor cambie de opinión y no complete el delito constituye una defensa afirmativa de renuncia (withdraw).

¹⁴ En sentido similar se pronuncia Marcus al señalar que la conspiración es un delito en el momento en que se forma el acuerdo, o en el momento en que se realiza algún acto menor en cumplimiento de ese acuerdo. Esta es una etapa de la actividad delictiva más temprana de lo que se requiere para la tentativa, que generalmente implica un paso sustancial hacia la comisión del delito contemplado, o bien una conducta que, de hecho, equivale a algo más que la mera preparación, e indica la intención de completar, la comisión del delito. Independientemente de si en teoría la tentativa podría manejar las incipientes actividades de conspiración, o si sería deseable, la tentativa parecería ser capaz de manejar aquellas situaciones en las que los fiscales acusan realmente de conspiración (1977, p. 930).

¹⁵ En esta línea de pensamiento, se ha manifestado Katyal quien sostiene que la fusión de ambos delitos (merge) es inapropiada porque el castigo por un delito sustantivo no captura el daño de llevar a cabo dicho delito como grupo. La responsabilidad por tentativa, por el contrario, puede fusionarse con el delito sustantivo porque la misma no involucra un grupo pernicioso (1961, p. 1371).

¹⁶ Además, las necesidades de rehabilitación del condenado serán esencialmente las mismas independientemente de que el plan se consuma o no, y no se obtendría una prevención general adicional al permitir un castigo más allá de los autorizados para el delito que constituía su objeto (LaFave, 2010, pp. 698-699).

¹⁷ MPC § 1.07.(1)(b). Enjuiciamiento por delitos múltiples; imitación de condenas. Cuando la misma conducta de un acusado puede establecer la comisión de más de un delito, el acusado puede ser procesado por cada delito. Sin embargo, no puede ser condenado por más de un delito si: ... (b) un delito consiste sólo en una conspiración u otra forma de preparación para cometer el otro ...

¹⁸ Código penal de Maryland § 1-301. La pena de una persona que es condenada por conspiración no puede exceder el máximo de pena del delito que la persona conspiró para cometer.

¹⁹ Así, el código penal del estado de New York proporciona seis grados de conspiraciones con diversas escalas penales dependiendo de la gravedad del delito sustantivo objeto de la conspiración (§§ 105.00; 105.05; 105.10; 105.13; 105.15; 105.17; 105.20).

²⁰ La versión internacional de Pinkerton, la responsabilidad por la Empresa Criminal Conjunta (Criminal Joint Enterprise), es notoriamente expansiva en su alcance, se la menciona sarcásticamente en los tribunales como "condenar a todos". La doctrina fue formulada en una opinión crucial por el Juez Cassese en *Prosecutor v. Dusko Tadic*, (IT-94-1-A, Sentencia de Apelaciones del ICTY, 15/07/1999), y permite que los acusados sean condenados por las acciones criminales de sus confederados en una empresa criminal conjunta siempre que las acciones sean razonablemente previsibles (reflejando así a Pinkerton). A pesar de las constantes críticas, la Cámara de Apelaciones del ICTY ha reafirmado la doctrina en numerosas ocasiones, especialmente en *Prosecutor v. Stakic*, (IT-97-24-A, Sentencia de Apelaciones del TPIY, 22/03/2002). Este tipo de responsabilidad no ha sido reconocida por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional. Para una discusión sobre las implicaciones teóricas de la responsabilidad de la empresa criminal conjunta, ver: Ambos (2007), Ohlin (2007b).

²¹ Ver: *United States v. Sall*, 116 F.2d 745, (3d Cir. 1940, pp.747-748), El tribunal sostuvo que el Código Penal Federal establece la responsabilidad penal como autor de un delito sustantivo sólo para aquellos que cometen directamente el delito o ayudan o colaboran. El Tercer Circuito razonó que responsabilizar a un conspirador por todos los delitos cometidos durante el curso de la conspiración, como lo instó el gobierno, no es-

taba autorizado por la disposición del código penal federal sobre la responsabilidad como autores y cómplices (18 U.S.C., § 2.a).

²² Cf. *Bollenbach v. United States*, 326 U.S. 607 (1946); *United States v. Sail*, 116 F.2d 745 (C.C.A. 3d, 1940).

²³ Aunque tiene origen en common law, el Derecho penal norteamericano es estatutario. En los EE.UU 'no hay delitos del common law'. En otras palabras, el Derecho penal de cada estado federado lo determina la legislatura de ese estado y el Derecho penal federal lo establece el Congreso de los EE.UU. La falta de una base legal para el razonamiento de la Corte en el caso Pinkerton no ha sido profundamente analizada por la doctrina. Una excepción a este vacío es el comentario Michael Manning (2006), quien argumenta que el fallo Pinkerton creó de manera no permitida un delito federal sin ninguna base legal.

²⁴ Una opinión en parte discordante respecto del alcance de la doctrina Pinkerton es la sostenida por (Kurt 2008, pp. 594-595) quien afirma que a partir de una lectura atenta del fallo está lejos de ser claro que la Corte tuviese la intención de adoptar la amplia "responsabilidad Pinkerton" tal como existe hoy. Específicamente, la doble regla, tal como es empleada hoy en día, parece ignorar la advertencia de la Corte con respecto a la responsabilidad indirecta por delitos sustantivos que "no entran dentro del alcance del proyecto ilegal". Esto es significativo porque, en Pinkerton, los delitos sustantivos y el objetivo y alcance de la conspiración fueron idénticos. La relación entre el alcance de la conspiración y los delitos sustantivos en Pinkerton fue lo más cercana posible.

Para fundamentar su postura, recurre a la afirmación del juez Douglas que sostiene que "El acuerdo ilegal contempló precisamente lo que se hizo, fue formado con dicho propósito. El acto realizado fue la ejecución de la empresa" (*United States v. Pinkerton*, 1946, p. 646). Por consiguiente, no está nada claro que la opinión mayoritaria creyera que estaba autorizando responsabilidad indirecta por delitos que no fueran también el objetivo real de la conspiración. Por otro lado, si bien el Juez Douglas vinculó a ambos hermanos a partir de la atribución del acto manifiesto, Douglas también confió en "[l]a regla que responsabiliza a quien asesora, procura u ordena a otro que cometa un delito ..." (*United States v. Pinkerton*, 1946, p. 647). Este segundo motivo es simplemente una reafirmación de la doctrina del common law sobre la complicidad.

²⁵ Ver: U.S. Sentencing Guidelines Manual, § 1B1.3, nota 3: (A) En general. — Una "actividad criminal emprendida conjuntamente" es un plan, esquema, iniciativa o em-

presa criminal emprendida por el acusado en concierto con otros, ya sean acusadas o no de conspiración. En el caso de una actividad criminal emprendida conjuntamente, la subsección (a) (1) (B) establece que el acusado es responsable de la conducta (actos y omisiones) de otros que fue: (i) dentro del alcance de la actividad delictiva emprendida conjuntamente; (ii) para promover esa actividad criminal; y (iii) razonablemente previsible en relación con esa actividad criminal. Véase: <https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-1#NaN>

²⁶ Si bien la declaración de la Corte en Pinkerton que "un acto manifiesto es un elemento esencial del delito de conspiración bajo el 18 U.S.C. § 371" (p. 647) era literalmente correcto, no se puede decir que este requisito tenga alguna relación con la doctrina de la responsabilidad como cómplice, una doctrina que se desarrolló en un momento en que no había un requisito de acto manifiesto.

²⁷ "[t]oda doctrina de responsabilidad penal indirecta es repugnante a los conceptos del common law (YLJ, 1947, p. 374).

²⁸ La doctrina Pinkerton se afianzó en la jurisprudencia federal así, *Poliafico v. United States*, 237 F.2d 97, 116 (6th Cir. 1956); *United States v. Wilner*, 523 F.2d 68 (2d Cir. 1975); *United States v. Rosado-Fernandez*, 614 F.2d 50, 53 (5th Cir. 1980) *United States v. Raffone*, 693 F.2d 1343, 1346 (11th Cir. 1982).

²⁹ Código penal de Texas § 7.01. Partes del Delito. (a) Una persona es criminalmente responsable como parte de un delito si el delito es cometido por su propia conducta; por la conducta de otro del cual él es criminalmente responsable, o por ambas. (b) Si, en el intento de llevar a cabo una conspiración para cometer un delito grave, uno de los conspiradores comete otro delito grave, todos los conspiradores son culpables del delito realmente cometido, aunque no tengan intención de cometerlo, si el delito se cometió en apoyo del propósito ilegal y era uno de los que debería haberse previsto como resultado de la realización de la conspiración.

³⁰ Código penal de Iowa § 703.2. Conducta criminal conjunta. Cuando dos o más personas, actuando en concierto, a sabiendas participan en un delito público, cada uno es responsable de los actos del otro realizados en cumplimiento de la comisión del delito ... y la culpabilidad de cada persona será la misma que la de la persona actuando así, a menos que el acto fuera uno que la persona no podía esperar razonablemente que se realizara en cumplimiento de la comisión del delito.

³¹ Código penal de Kansas § 1-3205. Responsabilidad por delitos de otro. (1) Una persona es penalmente responsable de un delito cometido por otra persona si intencionalmente ayuda, incita, aconseja, contrata, aconseja o procura que el otro cometa el delito. (2) Una persona responsable bajo la subsección (1) ... también es responsable de cualquier otro delito cometido en cumplimiento del delito previsto si es razonablemente previsible para dicha persona como una consecuencia probable de cometer o intentar cometer el delito previsto.

³² Código Penal de Wisconsin § 939.05. Partes del delito: (1) Quien esté involucrado en la comisión de un delito es un autor y puede ser acusado y condenado por la comisión del delito, aunque la persona no lo cometió directamente y aunque la persona que lo cometió directamente no haya sido condenada o ha sido condenada por algún delito de otro grado o por algún otro delito basado en el mismo acto. (2) Una persona está interesada en la comisión del delito si la persona: (a) Comete directamente el delito; o (b) Ayuda e incita intencionalmente la comisión del mismo; o (c) Es una parte de una conspiración con otro para cometerlo o asesora, contrata, aconseja o de otra manera contrata a otro para que lo cometa. Dicha parte también está interesada en la comisión de cualquier otro delito que se cometa en cumplimiento del delito previsto y que, en estas circunstancias, sea una consecuencia natural y probable del delito previsto.

³³ En *United States v. Álvarez* (11th Cir.1985), el Tribunal aceptó las condenas por homicidio basadas en la participación en una conspiración de drogas. El tribunal razonó que en función de la cantidad de drogas y dinero involucrado, el jurado tenía derecho a inferir que, en el momento en que se organizó la venta de cocaína, los conspiradores deberían haber sido conscientes de la probabilidad (1) de que al menos parte de sus miembros llevarían armas, y (2) que la fuerza mortal se utilizaría, si es necesario, para proteger los intereses de los conspiradores, pero el tribunal advirtió que no ha encontrado, ni ha citado el gobierno, ninguna autoridad para proponer que todos los conspiradores, independientemente de la culpabilidad individual, puedan ser considerados responsables bajo Pinkerton por delitos sustantivos razonablemente previsibles pero originalmente no intencionados y enfatizó que en el presente caso los acusados eran más que participantes menores en la conspiración de drogas y tenían conocimiento real de al menos algunas de las circunstancias que llevaron al homicidio. En *United States v. Castaneda* (9th Cir.1993), el tribunal concluyó, porque "el debido proceso limita la aplicación de Pinkerton donde la relación entre el acusado y el delito sustantivo es leve" que la condena del acusado bajo 18 U.S.C. § 924 (c) por su co-conspirador portando un arma de fuego en relación con un delito de narcotráfico no podía sostenerse "sin violar los preceptos fundamentales del debido proceso", ya que aquí el acusado

"jugó, en el mejor de los casos, una pequeña parte en el conjunto conspiración" y, por lo tanto, el uso de un arma de fuego era "imprevisible" (p. 766).

³⁴ Véase: <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-2482-pinkerton-vs-aiding-and-abetting>

³⁵ Para ser autor en segundo grado, uno debe estar presente en la comisión de un delito y ayudar, aconsejar, ordenar o alentar al autor en primer grado en la comisión de ese delito. Este requisito de presencia puede cumplirse mediante 'presencia constructiva'. Una persona está presente de manera constructiva cuando está físicamente ausente del lugar del crimen, pero ayuda e incita al autor en primer grado en el momento del delito desde cierta distancia. Esto puede suceder cuando le indica al autor en primer grado desde la distancia que la víctima se acerca, o está listo (aunque fuera del alcance la vista o del oído) para prestar ayuda al autor de ser necesario. Si bien no es necesaria la "proximidad física cercana a la escena del crimen" (State v. Thibodeau, 1976, p. 595), uno debe estar lo suficientemente cerca como para prestar ayuda si es necesario. (LaFave, 2010, p. 703).

³⁶ Cuando un autor ejerce el control sobre las acciones de una persona inocente, la satisfacción por este último de un elemento objetivo de un delito puede imputarse al autor como una instancia de "causar el crimen por medio de un inocente" (Robinson, 1984, p. 614). Por su parte el MPC establece que una persona es legalmente responsable de la conducta de otra persona cuando ... actuando con el tipo de culpabilidad que es suficiente para la comisión del delito, hace que una persona inocente o irresponsable se involucre en tal conducta..." (§ 2.06.2.a).

³⁷ No obstante, algunos códigos penales siguen utilizando esta categoría como es el caso del estado de Maryland (Maryland Code, Criminal Law § 1-301).

³⁸ Código Penal Modelo. Sección 2.06. Responsabilidad por la Conducta de Otro; Complicidad: (1) Una persona es culpable de un delito si es cometido por su propia conducta o por la conducta de otra persona de la cual es legalmente responsable, o por ambas.

(2) Una persona es legalmente responsable de la conducta de otra persona cuando: (a) actuando con el tipo de culpabilidad que es suficiente para la comisión del delito, hace que una persona inocente o irresponsable se involucre en tal conducta; o (b) el Código o la ley que define el delito lo responsabiliza de la conducta de esa otra persona; o (c) es cómplice de esa otra persona en la comisión del delito. (3) Una persona es cómplice de otra persona en la comisión de un delito si: (a) con el propósito de promover o faci-

litar la comisión del delito, él (i) solicita que otra persona lo cometa; o (ii) ayuda o acuerda o intenta ayudar a esa otra persona a planificarlo o cometerlo; o teniendo el deber legal de evitar la comisión del delito, no hace el esfuerzo adecuado para evitarlo; o (b) su conducta está expresamente declarada por ley para establecer su complicidad.

³⁹ 18 U.S.C. § 2 Autores: (a) Quien comete un delito contra los Estados Unidos o ayuda, incita, aconseja, ordena, induce o procura su comisión, es punible como autor. (b) Quien intencionalmente hace que se realice un acto que, si lo realizara directamente él u otro, sería un delito contra los Estados Unidos, es punible como autor.

⁴⁰ Regla enunciada por primera vez por el Quinto Circuito en *United States v. Gonzales* (5th Cir. 1997) y luego ratificada en *United States v. Ibarra-Zelaya* (5th Cir. 2006).

⁴¹ Postura ratificada en *United States v. Superior Growers Supply* (6th Cir. 1992).

⁴² Código Penal de Arizona: § 13-303: Una persona es criminalmente responsable de la conducta de otro si: ... 3. La persona es un cómplice de dicha otra persona en la comisión de un delito, incluido cualquier delito que sea una consecuencia natural y probable o razonablemente previsible del delito del que fue cómplice.

§ 13-1003. A. Una persona comete una conspiración si, con la intención de promover o ayudar a la comisión de un delito, dicha persona acuerda con una o más personas que al menos una de ellas u otra persona participará en una conducta que constituya un delito y una de las partes comete un acto manifiesto en fomento del delito...

B. Si una persona culpable de conspiración (...) sabe o tiene razones para saber que una persona con quien conspira para cometer un delito ha conspirado con otra persona o personas para cometer el mismo delito, esa persona es culpable de conspirar para cometer el delito con esa otra persona o personas, ya sea que esa persona conozca o no su identidad.

Código penal de Minnesota § 609.05 Responsabilidad por Delitos de Otro. Subdivisión 1. Ayuda, complicidad, responsabilidad. Una persona es penalmente responsable por un delito cometido por otra persona si intencionalmente ayuda, asesora, contrata, aconseja o conspira o consigue de otra manera que el otro cometa el delito.

⁴³ Así en *State ex rel. Woods v. Cohen*, 173 497, (Ariz. 1992); *State v. Nevarez*, 142 616, 130 P.3d 1154 (App.2005); *State v. Stein*, 94 Wash.App. 616, 972 P.2d 505, (1999).

⁴⁴ La ‘imputación’ captura la idea de poner en evidencia al delito y responsabilizar al delincuente por el mismo. La imputación significa un proceso social y legal activo. Atribuir o imputar el ilícito a un sospechoso significa que lo hacemos responsable y lo castigamos por el ilícito cometido. Si se les atribuye o imputa el ilícito, son ‘culpables’ o ‘responsables’ de la infracción. Han surgido dos enfoques ampliamente diferentes para resolver la pregunta sobre la imputación. Cada uno de estos dos enfoques da un giro diferente a los términos ‘responsabilidad’, ‘culpabilidad’ y ‘mens rea’. Las interpretaciones son radicalmente diferentes, sin duda, pero están enmascaradas por un solo conjunto de términos para describir las preguntas que plantean y las soluciones que ofrecen. Según Fletcher, la teoría psicológica indaga si el delito se refleja en la conciencia del sospechoso. La pregunta clave, entonces, es si el sospechoso ha optado por cometer el delito o, al menos, es consciente y prevé que sus acciones resultarán en el delito. La teoría de la imputación que funciona aquí parece ser que si el delito se refleja en la conciencia del autor, entonces él es responsable de lo que producen sus acciones. El reflejo del acto criminal en la psique del autor lo pone en evidencia: el ilícito se convierte en el delito de esa persona. El estado mental del sospechoso, por lo tanto, es la clave para la imputación. Los términos ‘culpabilidad’ y ‘mens rea’ se interpretan, en consecuencia, para establecer que si el autor tiene el estado mental apropiado, puede ser considerado responsable de su acción o del ‘actus reus’. Este enfoque de la imputación es común en muchos sistemas legales, incluido el sistema del common law y el MPC. Éste ha optado por ‘clases de culpabilidad’ que son determinadas por cada delito en particular y que son suficientes para determinar la culpabilidad, a saber: actuar con intención (purposely), con conocimiento (knowingly), de manera imprudente (recklessly), o negligente (negligently) (Weschler, 1962). Para el enfoque ‘normativo’ o ‘moral’ de la imputación, por el contrario, la pregunta no es si el delito se refleja en la mente del autor, sino si, independientemente de las imágenes que ocurren en la conciencia del autor, se le puede culpabilizar justamente por cometer el acto ilícito. El enfoque no es descriptivo sino valorativo. La imputación del hecho ilícito no se plantea únicamente sobre la base de hechos particulares, sino sobre la base de una valoración social y jurídica de todos los hechos que influyen en si el autor puede ser debidamente culpable del delito (Fletcher, 1998, pp. 81-83).

De estos enfoques sobre la imputación, se pueden trazar paralelismos sobre distintos conceptos de culpabilidad. La posición del nominalista en este debate sostenía que el concepto de culpabilidad se refería al requisito de intención o de negligencia, según cual fuere el requisito exigido delito en particular. Éste es el de vista compartido por Juez Stephen en el célebre caso *Regina v. Toslon* (1889, pp. 184-193), Sayre (1932, pp. 974-975) y el MPC, todos los cuales sostienen que no existe un concepto general

de ‘mens rea’ o culpabilidad, sino simplemente una serie de diversos ‘mentes reae’ o ‘tipos de culpabilidad’. En una modesta retirada de esta posición, muchos escritores estuvieron dispuestos a admitir que existe un concepto general de culpabilidad, pero que este concepto general no es más que el mínimo común denominador, una "relación psíquica entre el autor y su acto" (Fletcher, 2000, pp. 499-500). Entre quienes comparten el rechazo de la teoría normativa de la culpabilidad, hay ciertamente una disputa sobre si existe una esencia descriptiva para mens rea. El punto de vista dominante parece ser que sólo hay mentes reae —sólo estados mentales específicamente prohibidos— y ningún rasgo esencial de mens rea común a todos los delitos. (Fletcher, 2000, p. 503).

La teoría normativa de la culpabilidad parte del supuesto que el Derecho penal sólo debe castigar a los culpables. Si los ‘culpables’ fueran aquellos a quienes de manera justa se les podría responsabilizar por sus ilícitos, entonces el principio de castigar al culpable, y sólo al culpable, podría generar una perspectiva unificadora sobre la responsabilidad penal. Esta nueva perspectiva requiere que el concepto de ‘culpabilidad’ o ‘responsabilidad’ sea entendida normativamente. Si ‘culpabilidad’ fuera sinónimo de ‘ser declarado responsable ante la ley’, entonces sería analíticamente cierto que el Estado sólo castiga a los culpables. Si ‘culpabilidad’ y ‘responsabilidad’ se refieren simplemente al estado mental requerido por el delito (concepto psicológico), entonces los ‘culpables’ son a veces excusados y exentos de responsabilidad (en los casos en que la conducta es culpable pero excusada), este concepto de culpabilidad difícilmente proporciona una razón fundamental para la condena. Para que esta nueva visión del Derecho penal se afianzara, la noción de ‘culpabilidad’ tendría que convertirse en sinónimo de ‘culpabilidad’ o ‘responsabilidad’ por las malas acciones. Sólo entonces la determinación de culpabilidad podría funcionar como justificación del castigo (Fletcher, 2000, pp. 532-533).

Si uno piensa en mens rea (o cualquier término equivalente, como ‘culpabilidad’) descriptiva o normativamente, tiene un gran significado práctico. un compromiso con una teoría descriptiva o normativa del mens rea da forma a la actitud hacia un tema tan controversial como la negligencia (culpa sin representación) como motivo de responsabilidad. Es probable que los teóricos descriptivos vean la negligencia como una base aberrante de responsabilidad; los teóricos normativistas están más inclinados a ver la negligencia como un motivo adecuado para culpar a un autor por cometer un error o causar un accidente.

⁴⁵ El altamente influyente § 20 del Código Penal de California establece que "En todo delito (...) debe existir una unión u operación conjunta de acto e intención, o negligencia criminal". Disposiciones análogas en el MPC declaran en términos generales que ninguna persona es culpable "de un delito a menos que su responsabilidad se base en una conducta que incluya un acto o la omisión voluntarios de realizar un acto del cual es físicamente capaz" (§ 2.01.1).