

# Autores y partícipes: un estudio comparado entre el Código Penal alemán y el Código Penal Modelo de los Estados Unidos

## Perpetrators and Accomplices: A Comparative Study Between the German Penal Code and the American Model Penal Code

NICOLÁS SANTIAGO CORDINI\*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

**Resumen:** Durante más de cien años se ha investigado extensamente el estudio de las partes involucradas en un delito, convirtiéndose en un tema crucial en el ámbito del derecho penal. A pesar de que existe una cantidad considerable de investigaciones sobre esta cuestión en los sistemas de *common law* y de *civil law*, se ha notado una notable falta de interés en los estudios de derecho comparado entre ambos sistemas. Este trabajo presenta un estudio de derecho comparado entre los modelos mencionados, ofreciendo un análisis paralelo y analítico para comprender su aplicación y los desafíos asociados a la implementación de estas categorías. Estas categorías son cada vez más universales en el pensamiento y la política criminal occidentales, lo que hace que este análisis sea sistemático, complejo y articulado. El análisis se centrará en el Código Penal alemán interpretado a la luz de la teoría del dominio del hecho y el Código Penal Modelo, sirviendo como instrumento armonizador de diversos códigos penales imperantes en los Estados Unidos. Se destacará la necesidad de realizar estudios comparativos sobre el derecho penal de los Estados Unidos y el Código Penal alemán. Con la internacionalización del derecho penal, los estudios comparativos se vuelven imprescindibles, ya que es en este ámbito donde se produce el choque de culturas jurídicas. Un estudio comparativo entre ambos modelos pretende determinar en qué medida cada sistema presenta similitudes y diferencias. Este estudio busca proporcionar una comprensión más profunda de las similitudes y diferencias entre los sistemas del Código Penal Modelo (*common law*) y el Código Penal alemán (*civil law*) con el objetivo de exponer en qué medida difieren para, de esa forma, mejorar la aplicación de las categorías penales en un contexto de internacionalización.

**Palabras clave:** Autor, partícipe, código penal alemán, código modelo estadounidense

**Abstract:** For more than a hundred years, the study of the parties involved in a crime has been extensively researched, becoming a crucial topic in the

---

\* Doctor, magíster en Derecho y especialista en Derecho Penal. Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet) en el Instituto Ambrosio L. Gioja de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor de Política Criminal de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

Código ORCID: 0000-0002-3877-4517. Correo electrónico: [ncordini@fcjs.unl.edu.ar](mailto:ncordini@fcjs.unl.edu.ar)

field of criminal law. Although there is a considerable amount of research on this issue in the common law and civil law systems, there has been a notable lack of interest in comparative law studies between the two systems. This paper presents a comparative law study between the aforementioned models, offering a parallel and analytical analysis to understand their application and the challenges associated with the implementation of these categories. These categories are increasingly universal in Western criminal thought and policy, which makes this analysis systematic, complex and articulated. The analysis will focus on the German Criminal Code interpreted in the light of the theory of the act dominion and the Model Penal Code, serving as a harmonizing instrument for various criminal codes prevailing in the U.S. The need for comparative studies on U.S. criminal law and the German Criminal Code will be highlighted. With the internationalization of criminal law, comparative studies are becoming indispensable, as it is in this area that the clash of legal cultures occurs. A comparative study between the two models aims to determine the extent to which each system has similarities and differences. This study seeks to provide a deeper understanding of the similarities and differences between the systems of the Model Penal Code (common law) and the German Penal Code (civil law) with the aim of exposing the extent to which they differ and, thus, to improve the application of criminal categories in a context of internationalization.

**Keywords:** Perpetrator, accomplice, german penal code, model penal code

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. AUTORES Y PARTÍCIPES EN EL SISTEMA PENAL ALEMÁN: UNA SÍNTESIS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO.- III. AUTORES Y PARTÍCIPES SEGÚN EL *COMMON LAW*.- IV. LA DIVISIÓN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPES A PARTIR DEL CPM.- IV.1. EL ROL DEL CPM.- IV.2. LAS PARTES DEL DELITO SEGÚN EL CPM.- V. COMPARACIÓN DE SISTEMAS: PRIMERA APROXIMACIÓN.- VI. DIFERENCIAS EN TORNO AL CASTIGO.- VII. LA CARENCIA DE PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN EL CPM.- VIII. EL ELEMENTO INTENCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN.- IX. TENTATIVA Y PARTICIPACIÓN: DIFERENCIA ENTRE AMBOS SISTEMAS.- X. PARTICIPACIÓN, *CONSPIRACY* Y TENTATIVA DE PARTICIPACIÓN.- XI. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio de las partes del delito ha sido ampliamente analizado desde hace más de un siglo, convirtiéndose en un problema central del derecho penal. Al ser el derecho penal una disciplina estrictamente vinculada a la soberanía de los Estados, los distintos ordenamientos jurídicos internos han adoptado diferentes respuestas al problema de la vinculación de los distintos agentes que intervienen en el delito. En este sentido, los Estados pertenecientes al *common law*, por un lado, y los Estados pertenecientes al *civil law* —especialmente los vinculados a la tradición penal alemana—, por otro, han adoptado puntos de vista diferentes.

En el ámbito del *common law*, son trascendentales las obras de autores como Blackstone (1753), Perkins (1941), Dubber (2005) y LaFave (2010), pero no podemos perder de vista el papel preponderante de la jurisprudencia y del Código Penal Modelo (CPM) en este sistema jurídico. Casos destacados, como *State v. Powell* (1914) o *Pinkerton v. United States* (1946), han sido fundamentales para la estructuración del sistema. En el ámbito de la teoría del delito, por su parte, son muchos los autores que han abordado esta cuestión, aunque el que más aportaciones ha realizado al campo científico ha sido Claus Roxin, quien ha actualizado la discusión sobre el tema con su teoría de la autoría y el dominio del hecho (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963). La importancia de su teoría ha sido tal que se ha aplicado fuera del ámbito de influencia de la teoría del delito.

Aunque existe una gran cantidad de investigaciones sobre el tema en ambos sistemas jurídicos, no encontramos, sin embargo, casi ningún interés en los estudios de derecho comparado entre los dos sistemas. Dubber (2005), Dubber y Hörnle (2014), y George Fletcher (2000), han comparado el sistema del *common law* con el derecho penal alemán para establecer sus similitudes y diferencias, aunque sus estudios están ligados a la lengua inglesa, haciendo hincapié en el sistema penal estadounidense.

Desde el punto de vista metodológico, se trata de un trabajo de análisis dogmático que busca comprender la aplicación de las categorías dogmáticas en dos sistemas penales, en particular, el *common law* y el *civil law*. Se trata de un análisis paralelo y comparativo que busca comprender su aplicación y las dificultades que entraña la puesta en práctica de estas categorías, cada vez más universales, en el pensamiento y la política criminal occidentales, por lo que se trata de un análisis sistemático, complejo y articulado. En consecuencia, se hará constante paralelismo entre el Código Penal alemán (StGB) interpretado a la luz de la teoría del dominio del hecho y el Código Penal Modelo (CPM) como instrumento armonizador de los diversos códigos penales reinantes en los Estados Unidos.

La necesidad de realizar estudios comparativos se hace imprescindible con la internacionalización del derecho penal, ya que es en este ámbito donde se produce el choque de culturas jurídicas. Un estudio comparativo entre ambos modelos radica en determinar hasta qué punto uno u otro sistema encuentran similitudes y diferencias entre sí.

271

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS

PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

## II. AUTORES Y PARTÍCIPES EN EL SISTEMA PENAL ALEMÁN: UNA SÍNTESIS DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

No constituye la finalidad de este trabajo realizar un análisis pormenorizado sobre una teoría hartó estudiada en el derecho penal de raíz germánica, la exposición de la teoría del dominio del hecho, considerada en la actualidad dominante; sino que obedece solamente a fines comparativos con el sistema penal estadounidense.

La teoría del dominio del hecho es un concepto central en teoría de la autoría y participación de la dogmática jurídico-penal. Los delitos se clasifican en dos categorías: delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Los delitos de infracción de deber son cometidos por personas con deberes especiales y quienes infringen estos deberes son considerados autores. Los demás participantes que no tienen tal deber son, como máximo, partícipes (Roxin & Greco, 2020, pp. 439-440).

Los delitos de dominio se basan en el llamado «dominio del hecho». Quien tiene el dominio del hecho es considerado autor, mientras que aquellos que carecen de este dominio son partícipes. El criterio decisivo para la autoría es la posesión del poder de cometer el delito; es decir, tener en las manos la secuencia de hechos que constituye el delito. El autor, agente clave, dirige el acontecimiento mediante su decisión y puede moldearlo según su voluntad; o sea, puede inhibir o permitir la ejecución del delito. Revelador del dominio del hecho es, por tanto, el control sobre si se comete el delito (dominio de la decisión) y el control sobre cómo se comete el delito (dominio de la configuración) (Kindhäuser, 2015).

Esta teoría se desarrolló a partir de conceptos previos como la teoría del dolo de Hans Welzel y de varios otros autores (Busch, 1949; Gallas, 1954; Kohlrauch & Lange, 1961; Maurach *et al.*, 2014), y ha sido redefinida principalmente por Roxin<sup>1</sup>. Según Roxin, el dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría que incluye el conocimiento fundamentador del dominio. En otras palabras, el autor debe conocer las circunstancias que fundamentan su dominio sobre el acontecimiento y tener la voluntad consciente de realizar de manera concreta lo que fundamenta objetivamente dicho dominio.

<sup>1</sup> Según Welzel (1958), el autor tiene el dominio del hecho y, por tanto, él es el que conscientemente le da forma en su existencia y como tal; mientras que los instigadores y los cómplices solo tienen control sobre su participación, más no sobre el hecho en sí (p. 539). También afirma que el dominio del hecho es «el simple hecho [...] de que el hombre puede ponerse un propósito para configurar el futuro (del devenir causal) según un fin que se ha propuesto [...] El criterio esencial del dominio del hecho no es una vaga voluntad de obrar, sino el verdadero dominio final del hecho» (pp. 542-543). El concepto de autor incluye como característica general del autor al dominio final del delito. El amo del hecho es la persona que lo lleva a cabo de forma expeditiva sobre la base de su propia voluntad, en tanto que la configuración del hecho mediante la voluntad intencionada y determinante de realizarlo convierte al autor en amo del hecho (Welzel, 1969, p. 100).

Roxin (2015) concibe el dominio del hecho como un concepto abierto, lo que significa que no es fijo ni indeterminado (p. 122), en el sentido de que nunca será posible una «exposición exhaustiva de sus características siempre indispensables» (p. 124) y no estará cerrado a la inclusión de nuevos elementos de contenido. Debe tener en cuenta los sucesos reales de la vida, pero también seguir un principio rector común que permita diferenciar los casos particulares.

Roxin identifica diferentes formas de dominio del hecho. En primer lugar, la influencia del grado de realización del delito mediante acciones propias en la autoría (dominio de la acción); en segundo lugar, alguien puede ser autor en virtud de su fuerza de voluntad, incluso sin su propia participación en la ejecución del delito (dominio de la voluntad); y, por último, cuándo y hasta qué punto un partícipe puede convertirse en la figura central del delito únicamente mediante la cooperación con otros si ni realiza el acto que constituye el delito ni ejerce un poder de voluntad sobre las acciones de los demás (dominio funcional del delito) (p. 126)<sup>2</sup>.

El autor es la figura central en la realización del acto de comisión (StGB, § 25). El partícipe es una figura periférica que inicia el acto del autor instigándolo (§ 26: *Anstiftung*, «instigación») o contribuye a él prestándole asistencia (§ 27: *Beihilfe*, «prestación de ayuda»). Que esto es así puede deducirse de la ley, que distingue entre autoría, mera instigación y colaboración, a la par que hace depender ambas formas de la participación de la existencia de autoría dolosa y se basa en ella (Roxin, 2003, p. 9).

### III. AUTORES Y PARTÍCIPES SEGÚN EL *COMMON LAW*

En el ámbito de los delitos graves (*felonies*) según el *common law*, los partícipes se dividían en «autores y partícipes» (*principals and accessories*). Según la antigua interpretación, solo el agente que llevaba a cabo la acción criminal se consideraba autor o principal, mientras que los demás intervinientes eran denominados partícipes o accesorios. Estos últimos, a su vez, se clasificaban en tres categorías: accesorios antes del hecho, accesorios en el hecho y accesorios después del hecho. En un momento temprano, la persona que originalmente se consideraba un accesorio en el hecho dejó de ser catalogada como tal y fue designada «autor en segundo grado». Esta recategorización se hizo para distinguirla del autor real del delito (de primer grado). A partir de entonces, en casos de delitos graves, existían dos tipos de autores: de primer y segundo grado; y dos

<sup>2</sup> Estas modalidades de autoría se ven reflejadas en el § 25 StGB, que señala respecto de la autoría:

a) se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro; y b) si varios cometen mancomunadamente el hecho punible, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

tipos de accesorios o partícipes: antes y después del hecho (Blackstone, 1753, §§ 34-35; Perkins, 1941, p. 581). Es crucial tener en cuenta que, según el *common law*, la responsabilidad accesoria se limitaba a casos de delitos graves (*felonies*). En los delitos menores (*misdemeanour*) y en el delito de traición (*treason*), todos los intervinientes se consideraban autores o principales: los primeros eran considerados demasiado triviales como para requerir una distinción cuidadosa entre las partes del delito, mientras que el delito de traición era lo suficientemente grave como para justificar esta diferenciación. En consecuencia, clasificar a una persona como autor o partícipe dependía en parte de la clasificación del delito sustantivo como traición, delito grave o delito menor (Dubber, 2005). En el contexto del delito de homicidio (delito grave), esta clasificación de las partes involucradas en el delito fue sintetizada por la Corte Suprema de Carolina del Norte en el caso *State v. Powell* (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 crimen, ayudando y colaborando [*aiding and abetting*] en el mismo, pero no causando directamente 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).

Para ser considerado autor en segundo grado, se requería que una persona estuviera presente durante la comisión del delito y ayudara, aconsejara, ordenara o alentara al autor en primer grado en el momento del hecho. Esta presencia podía ser real o establecerse, incluso, de manera «constructiva». Una persona se consideraba presente de forma constructiva cuando, aunque estuviera físicamente ausente del lugar del crimen, brindaba asistencia o incitaba al autor en primer grado desde cierta distancia. Esto podría implicar dar indicaciones al autor desde lejos sobre la aproximación de la víctima o estar preparado para ayudar, aunque fuera del alcance de la vista u oído (Dubber, 2005, p. 981). En otros términos, no era necesario estar físicamente cerca de la escena del crimen, pero sí requería estar lo suficientemente cerca como para prestar ayuda si fuese necesario (LaFave, 2010, p. 703)<sup>3</sup>. Como

3 Un ejemplo ilustrativo de esta presencia constructiva o presencia en contemplación legal fue el caso de Nevada llamado *State v. Hamilton* (3 Nev. 386, 1978). En esta instancia, se determinó que alguien que encendió una señal de fuego a unas treinta o cuarenta millas de distancia estuvo presente en la comisión de un robo de una diligencia en Nevada y, por ende, fue considerado autor en segundo grado.

se explica en un caso ampliamente citado de Alabama, *State v. Tally* (So. 722, 1984), una persona estaba presente desde el punto de vista legal, independientemente de la distancia, si en ese momento llevaba a cabo algún acto que contribuyera a la comisión del delito o si estaba en condiciones de proporcionar información útil al autor de primer grado, prevenir que otros interviniesen o si, de alguna otra manera, obstaculizara la consumación del delito (p. 981).

Por último, la categoría accesorios o partícipes después del hecho también fue dejada de lado<sup>4</sup>, ya no se la considera un modo de participación en el delito, sino un delito en sí (delito sustantivo), ya sea obstrucción de justicia o asistir, ayudar o albergar a un delincuente, según sea el caso.

#### IV. LA DIVISIÓN ENTRE AUTOR Y PARTÍCIPES A PARTIR DEL CPM

##### IV.1. El rol del CPM

En los Estados Unidos existen cincuenta y dos códigos penales, que abarcan las leyes penales de cada uno de los cincuenta estados federados y del distrito de Columbia, además del Código Penal Federal (U.S. Code, título 18). Bajo la Constitución de los Estados Unidos, la facultad para imponer la responsabilidad penal está, en principio, reservada a los estados de la unión, junto con la autoridad federal que se encarga de prohibir y sancionar delitos especialmente relacionados con los intereses federales.

A pesar de la diversidad legal, el CPM se erige como un elemento crucial en el estudio comparativo del derecho penal en Estados Unidos. Aunque no fue el primer intento, ni el más ambicioso, de codificar el derecho penal estadounidense, el CPM ha sido, sin duda, el más exitoso. Desarrollado por el American Law Institute (ALI), el CPM se publicó en 1962, después de una década de redacción. Aunque no tiene fuerza legal vinculante, desde su publicación más de la mitad de los estados de Estados Unidos han adoptado sus principios<sup>5</sup>.

El CPM se diseñó con el propósito de estimular y asistir a las legislaturas estatales estadounidenses en la actualización y estandarización de las leyes penales del país. A diferencia del Código Penal Federal, que es desorganizado e incompleto, el CPM ha proporcionado una estructura más coherente y sistemática a la hora de abordar los delitos.

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

5 Ha tenido algún efecto en la reforma legislativa de más de treinta y cinco estados (Fletcher, 1998, p. 3; Singer, 1988, p. 951).

Es importante destacar que la influencia del CPM no se limita a la reforma de los códigos estatales, también ha sido fundamental en la enseñanza del derecho penal estadounidense y ha sido citado como argumento decisivo en numerosas decisiones judiciales. A pesar de las diferencias existentes entre los estados que no han seguido el CPM, este modelo ha establecido una base común que permite la comparación y el análisis detallado de las leyes penales en el contexto estadounidense.

En contraste con la tradición legal alemana, donde la teoría del delito se ha desarrollado para entender el derecho penal como un conjunto de conceptos y prácticas interrelacionados, el CPM se centra en codificar el derecho penal del *common law*. Esta es una diferencia fundamental en la forma en que se aborda la legislación en las dos culturas jurídicas. El CPM se redactó con suma libertad respecto de restricciones históricas<sup>6</sup>. De hecho, sus redactores se apartaron de soluciones jurídicas propuestas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos como en el caso de la regla Pinkerton, que abordaremos más adelante.

Los redactores del CPM se guiaron por el principio de que la responsabilidad penal debe reflejar la culpabilidad individual —en términos de peligrosidad— de cada persona. Este enfoque implicó revisar las normas del *common law* para que estuvieran más alineadas con este principio subyacente. Castigar a una persona según su culpabilidad no implicaba imponer un castigo proporcional al merecimiento, ya que el castigo se veía como un acto peno-correctivo, adecuado a las necesidades de corrección de cada delincuente propias de la ideología del tratamiento (prevención especial)<sup>7</sup>.

Desde esta ideología del tratamiento, toda la doctrina penal se enfoca en identificar, diagnosticar y tratar a las personas con una peligrosidad

6 El CPM se organizó en cuatro partes principales: a) disposiciones generales, b) definición de delitos específicos, c) tratamiento y corrección, y d) organización de la corrección. Además de abordar problemas como la jurisdicción, las limitaciones y la doble incriminación, el CPM intenta una articulación completa de los principios básicos que rigen la existencia y el alcance de la responsabilidad. Entre ellos se incluyen los elementos mentales de la culpabilidad, la causalidad, la responsabilidad objetiva (*strict liability*), la participación, la responsabilidad penal de empresas y asociaciones, las defensas que niegan la *mens rea* o eliminan de otro modo la base moral de la condena, las justificaciones reconocidas para conductas que de otra forma serían delictivas, y el efecto sobre la responsabilidad de la enfermedad o el defecto mental y la minoridad. También aborda en términos exhaustivos los delitos incipientes (*inchoate crimes*) generales; es decir, la tentativa, la instigación (*solicitation*) y la conspiración para cometer delitos sustantivos (*conspiracy*), así como la posesión de instrumentos del delito y de armas ofensivas prohibidas. Por último, se compromete a especificar los tipos de disposición autorizados tras la condena, a definir la autoridad del tribunal en la imposición de penas y a prescribir los criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de imponer penas de diferentes tipos, especialmente la pena de prisión (Wechsler, 1968, pp. 1428-1429).

7 La susodicha ideología del tratamiento tiene diversas manifestaciones. Sin embargo, el núcleo central de la misma está conformado por la pena privativa de libertad indeterminada (Von Hirsch, 1983, p. 57). Como reacción a esta ideología han surgido teorías retributivas, llamadas del «merecimiento justo» (*just deserts*), que exigen que la pena sea proporcional a la ventaja injusta que el delincuente ha obtenido al infringir la ley (Davis, 1985; Galligan, 1981; Starkweather, 1992).

anormal. En este contexto, las reglas sobre la participación criminal —como veremos *infra*— también contribuyen a este enfoque.

El CPM adopta definiciones detalladas en áreas donde el StGB opta por la cautela. La razón principal radica en el enfoque estadounidense de redactar un código que parte del supuesto de que este debe tener una base sólida por sí mismo. A diferencia de otros sistemas, no se basa en una dogmática jurídico-penal que desarrolla los conceptos esenciales necesarios para trabajar con el código. Este tipo de código se podría describir como «imperialista», ya que pretende desplazar no solo la influencia de la jurisprudencia, sino también las enseñanzas aportadas por la doctrina. Busca ser una guía exhaustiva para resolver los problemas que aborda (Fletcher, 1998, pp. 7-8).

Lógicamente, los tribunales están encargados de aplicar el código y resolver ciertos problemas dentro de sus disposiciones. En este contexto, a la doctrina le corresponde la tarea residual de escribir comentarios sobre el código, mientras que la jurisprudencia contribuye a llenar los vacíos y aclarar las interpretaciones necesarias para la aplicación efectiva del código en la práctica jurídica<sup>8</sup>. En última instancia, este enfoque refleja la confianza estadounidense en la capacidad del código para proporcionar orientación y soluciones completas para los desafíos legales que se presentan. Además, en el contexto positivista que prevalece en las jurisdicciones estadounidenses, el derecho penal ha llegado a depender en mayor medida de la acción de las legislaturas y los tribunales. Estos factores han limitado la investigación sobre la naturaleza del derecho penal y han fomentado a las legislaturas a remodelar el derecho penal de acuerdo con su voluntad (Fletcher, 2000, p. 408). Esta diversidad, sin embargo, no ha obstaculizado la importancia del CPM como un marco de referencia crucial en los estudios comparados del sistema penal estadounidense.

#### IV.2. Las partes del delito según el CPM

El CPM, y, por lo tanto, el moderno sistema penal de los Estados Unidos, han reemplazado la taxonomía tradicional del *common law* por una versión más racionalizada, siguiendo una tendencia que ha permeado la doctrina del derecho penal en general. El CPM introdujo el primer tratamiento exhaustivo de la cuestión de la responsabilidad de los partícipes en el derecho penal estadounidense. Antes de la formulación del CPM, legisladores, jueces y doctrinarios se limitaban a repetir y mantener el esquema históricamente desarrollado por el *common*

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS

PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

<sup>8</sup> El American Law Institute se adelanta al rol de la dogmática al tratar de definir conceptos que sería mejor dejar a la deliberación filosófica y, asimismo, ignora toda la enseñanza europea. Se suprimen conceptos que cristalizaron con el tiempo en la evolución del *common law*; sin embargo, tal vez haga falta una arrogancia de estas dimensiones para crear un monumento jurídico de la influencia que tiene el CPM (Fletcher, 1998, p. 109).

*law* sin buscar una coherencia sistemática en este aspecto (Dubber, 2005, p. 985).

El CPM elimina la tradicional distinción entre diferente grado de autores y partícipes, optando por un enfoque simplificado. En lugar de hablar de autores y partícipes, el CPM hace referencia a aquellos que cometen el delito «por su propia conducta» y a aquellos cuya responsabilidad penal se deriva de «la conducta de otra persona de la que es legalmente responsable»<sup>9</sup>. El primero comprende a quien participa directa o indirectamente en la conducta prohibida, ya sea personalmente (autor directo) o a través de una persona inocente o irresponsable (autor indirecto). El segundo comprende a aquellos que intervienen a través de la instigación (*solicitation*) o cooperación (*facilitation*) en la conducta prohibida de otra persona y son legalmente responsables de ella. Esta estructura simplificada entre autores y partícipes permite una mejor comprensión de la participación en el derecho penal estadounidense. En contraposición al enfoque del *common law*, que distinguía entre autores (principales) y accesorios según su presencia en el lugar del delito y en relación al momento de su contribución al delito, el CPM rechazó explícitamente esta distinción. Los redactores del CPM consideraron que el problema del concepto «presencia» residía tanto en su irrelevancia como en su flexibilidad.

En el contexto del CPM, lo crucial para la atribución de responsabilidad no es si alguien diferente al autor estaba cerca del lugar del delito, sino si esa persona podría ser considerada «legalmente responsable» de la

9 «Responsabilidad por Conducta Ajena; Complicidad. (1) Una persona es culpable de un delito si éste se comete por su propia conducta o por la conducta de otra persona de la que 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 suficiente para la comisión del delito, hace que una persona inocente o irresponsable realice dicha conducta; o (b) el Código o la ley que tipifique el delito le hagan responsable 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 en la comisión de un delito si: (a) con el fin de promover o facilitar la comisión del delito (i) solicita a la otra persona que lo cometa; o (ii) ayuda, acuerda o intenta ayudar a esa otra persona a planear o cometer el delito; o teniendo el deber legal de impedir la comisión del delito, no se esfuerza debidamente por hacerlo; o (b) su conducta está expresamente declarada por la ley para establecer su complicidad.

(4) Cuando causar un resultado concreto sea un elemento de un delito, un cómplice en la conducta que causa dicho resultado es cómplice en la comisión de ese delito, si actúa con el tipo de culpabilidad, si la hubiere, con respecto a ese resultado que sea suficiente para la comisión del delito.

(5) Una persona que sea legalmente incapaz de cometer por sí misma un delito concreto podrá ser culpable del mismo si éste se comete por la conducta de otra persona de la que sea legalmente responsable, a menos que dicha responsabilidad sea incompatible con la finalidad de la disposición que establece su incapacidad.

(6) Salvo disposición contraria del Código o de la ley que define el delito, una persona no es cómplice de un delito cometido por otra persona si: (a) es víctima de dicho delito; o (b) el delito está definido de tal manera que su conducta es inevitablemente incidental a su comisión; o (c) pone fin a su complicidad antes de la comisión del delito y (i) la priva totalmente de eficacia en la comisión del delito; o (ii) avisa a tiempo a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley o realiza cualquier otro esfuerzo adecuado para impedir la comisión del delito. (7) Un cómplice puede ser condenado si se prueba la comisión del delito y su complicidad en el mismo, aunque la persona de la que se afirma que cometió el delito no haya sido procesada o condenada o haya sido condenada por un delito o grado de delito diferente o goce de inmunidad para ser procesada o condenada o haya sido absuelta» (CPM, § 2.06).

conducta del autor, independientemente de su ubicación en el momento del delito. Si dicha persona instigó o cooperó en el delito con el nivel de culpabilidad requerido (*mens rea*), se le considera partícipe y, por ende, responsable del mismo; caso contrario, no lo es. Esta perspectiva redefinió el marco de la participación, centrándose en la influencia y participación activa en la conducta del autor (Dubber, 2005, pp. 986-987). Dicho en otros términos, un partícipe es legalmente responsable de la conducta del autor solo en la medida que su participación indique esa peligrosidad anormal que requiere una intervención a través del tratamiento peno-correccional, por lo que habría que preguntarse si, mediante su instigación o cooperación, como el tipo de persona que requiere intervención penal, tanto por su propio bien como por el bien de la sociedad en general (Dubber & Hörnle, 2014, p. 320).

El sistema legal alemán establece una distinción entre instigación de un delito y cooperación. En este sistema, el instigador es considerado un partícipe y no un autor, mientras que la persona que lleva a cabo el delito solicitado es considerada el autor. Tanto la responsabilidad del instigador como la del cooperador o cómplice se derivan del acto ilícito del autor. Esto implica que si el autor no llega a intentar el acto solicitado, el instigador no es considerado responsable.

La dificultad no radica en por qué se diferencia al instigador del autor, sino en por qué se distingue al instigador del cooperador o cómplice. Esta distinción no es reconocida en el *common law* ni tampoco lo fue por los redactores del CPM. En estos sistemas, no hay diferencia entre alguien que instiga u ordena un acto y alguien que ayuda a cometerlo, proporcionando los medios para llevar a cabo el delito. La razón detrás de esta diferencia en una familia de sistemas, pero no en la otra, es simple: el StGB impone un castigo más severo a los instigadores en comparación con los cooperadores o cómplices<sup>10</sup>, mientras que el *common law*, y en particular el CPM, no establece esta distinción (Fletcher, 2000, p. 645).

## V. COMPARACIÓN DE SISTEMAS: PRIMERA APROXIMACIÓN

En una primera aproximación, si comparamos ambos sistemas analizados podemos deducir que el autor directo, es decir quien lleva a cabo de propia mano el acto ilícito, propio del § 25 (1) StGB, que se corresponde con el § 2.06(1) CPM. El autor mediato (indirecto, según

10 La importancia de su distinción radica en que el § 27 II StGB determina el marco penal de la cooperación en función del hecho principal, pero prevé una atenuación obligatoria de la pena. Ello se corresponde con la importancia de la aportación del cómplice o cooperador, subordinada por regla general en comparación con el ejecutor y el desencadenador (incitador) del hecho. Pero la atenuación del marco penal típico no excluye que, en el concreto caso individual, la penal determinada dentro del marco penal reducido alcance o incluso supere a la del autor (Roxin, 2003, p. 231).

el CPM) es quien utiliza a otro como instrumento involuntario para llevar adelante la conducta prohibida, receptado en el § 2.06 (2)(a). En ambos sistemas es posible la coautoría, prevista en el § 25 (2) StGB y, de manera implícita, en el § 2.06(1) CPM. En cuanto a los partícipes, tenemos por una parte al instigador, quien determina a otro a participar en la conducta ilícita, receptado en el § 26 StGB y en los §§ 2.06(2)(c) y 2.06(3)(a)(i) CPM. Por último, tenemos al cómplice o cooperador —también llamado facilitador (*facilitator*) en el derecho penal estadounidense—, quien ayuda —materialmente— a otro a realizar la conducta prohibida, receptado en el § 27 StGB y en los §§ 2.06(2)(c) y 2.06(3)(a)(ii) CPM, respectivamente.

Ahora bien, si profundizamos en el contenido y alcance de cada una de dichas categorías en ambos sistemas, veremos que difieren en varios aspectos, que procedemos a analizar.

## VI. DIFERENCIAS EN TORNO AL CASTIGO

El CPM no estableció una distinción explícita en la cuantía de la pena entre autores y partícipes. En lugar de centrarse en las distinciones categoriales entre ellos, el CPM se enfoca en la peligrosidad demostrada por el acusado a través de su conducta. Cabe indicar que el CPM distingue entre autores y partícipes en todos los casos, independientemente de la gravedad del delito, no limitando la aplicación de la diferencia categorial a un tipo específico de delitos —ahora la distinción se aplica también a delitos menores (*misdemeanour*)—. Tampoco hace hincapié en el diverso reproche que implica ejecutar de propia mano el delito o colaborar en el delito de otro. Esta falta de distinción en torno de la responsabilidad del partícipe es reflejo de la ideología subyacente del CPM.

Según el CPM, la clasificación de una parte del delito como autor o partícipe no parece tener relevancia, ya que la diferencia fundamental radica en si los distintos grados de participación se castigan de manera diferenciada. En el sistema penal del *common law* en general, y en el CPM en particular, prevalece el principio de que tanto los partícipes como los autores deben ser castigados por igual (MPC, § 2.06); es decir, «todos los cómplices son considerados ‘culpables’ como si fueran autores» (Fletcher, 2000, p. 651).

Surge, entonces, la pregunta de por qué el *common law* alguna vez reconoció distinciones entre autores y partícipes, considerando este principio de castigo uniforme. La razón parece haber sido un compromiso inicial con la teoría de la responsabilidad derivada (accesoria), donde el partícipe solo podía ser castigado si el autor era culpable. La alternativa a este punto de vista, como se observa en el caso del CPM, es considerar la «participación» en la conducta de otra persona como una forma de

responsabilidad basada en una definición ampliada del delito sustantivo (Fletcher, 2000). Este enfoque más amplio es el que adopta el CPM para garantizar una aplicación uniforme de la ley en relación con los intervinientes en el delito.

## VII. LA CARENCIA DE PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD EN EL CPM

En el contexto del sistema angloamericano, la cuestión de la responsabilidad del partícipe se plantea principalmente en dos frentes: primero, si el autor debe ser verdaderamente culpable del delito y, segundo, si el autor debe ser condenado antes de que el partícipe pueda ser acusado. Históricamente, el *common law* experimentó un cambio en su norma inicial, que exigía la condena del autor antes de imputar la responsabilidad al cómplice o instigador. Con el tiempo, esta norma se relajó y se permitió la acusación del partícipe incluso si el autor había recibido un indulto o había reclamado el beneficio del clero (Fletcher, 2000, p. 641)<sup>11</sup>.

El CPM aborda estas complejidades del sistema del *common law* eliminando la distinción entre autor y partícipe en todos los aspectos, incluidos los procesales. Está diseñado para asegurar que un cómplice o un instigador pueda ser condenado si se demuestra su participación en el delito, independientemente de si el autor ha sido procesado, condenado por un delito diferente o tiene inmunidad para ser procesado. La disposición correspondiente en el CPM (§ 2.06(7)) permite la condena del cómplice o instigador, incluso si el autor ha sido absuelto o no ha sido condenado. Sin embargo, es importante tener en cuenta que este cambio en la normativa no implica que el cómplice o el instigador pueda ser condenado sin pruebas de la comisión del delito por parte del autor. La responsabilidad del partícipe sigue estando relacionada a la conducta del autor, pero el proceso se simplifica y se hace más flexible, permitiendo una mayor adaptabilidad a las circunstancias específicas del caso.

Es importante considerar si el presunto autor fue absuelto por una cuestión de fondo, no solo de procedimiento. Si el presunto autor no

11 El beneficio del clero (*privilegium clericale*) era una práctica jurídica por la que las autoridades eclesiásticas acusadas de un delito quedaban exentas de enjuiciamiento ante los tribunales seculares y eran juzgadas por tribunales eclesiásticos, en virtud del derecho canónico. Inspirado en el derecho romano, el beneficio del clero fue una inmunidad del sistema judicial del *common law* durante toda la Edad Media y parte de la Edad Moderna. Los tribunales eclesiásticos se consideraban generalmente más indulgentes en sus enjuiciamientos y castigos, y los acusados hacían muchos esfuerzos por reclamar la condición de clérigos, a menudo por motivos cuestionables o fraudulentos. Diversas reformas limitaron el alcance de esta disposición legal para evitar su abuso, incluyendo la marca de un pulgar en el primer uso para limitar el número de invocaciones de algunos. Con el tiempo, el beneficio del clero evolucionó hasta convertirse en una ficción legal por la que los delincuentes primarios podían recibir penas menores por algunos delitos (los llamados «clerizables»). Este mecanismo legal fue abolido en el Reino Unido en 1827 con la aprobación de la Ley de Derecho Penal de 1827.

cumple con los elementos objetivos (*actus reus*) o subjetivos del delito (*mens rea*) del que se acusa al partícipe, entonces no se ha cometido ningún delito por el cual el autor pueda ser considerado responsable directamente o el partícipe de forma indirecta. No obstante, el instigador o el cómplice podría ser considerado penalmente responsable como autor a través de la autoría indirecta si la conducta del presunto autor puede clasificarse como «inocente», lo que implica la ausencia de cualquiera o de todos los elementos subjetivos del delito. Esta interpretación se basa en la aplicación del § 2.06(2)(a) CPM.

En el marco de la responsabilidad penal del partícipe, se plantea la cuestión fundamental de si el autor debe ser verdaderamente culpable del delito y si el partícipe puede beneficiarse de las defensas del autor. Si el autor es absuelto debido a una justificación (*justification defence*), el partícipe, al haber instigado o colaborado en esa conducta, también debería beneficiarse de ella. Sin embargo, si el autor escapa de la responsabilidad penal debido a una excusa personal (*excuse defense*), el partícipe no debería beneficiarse de la defensa del autor. Esto se debe a que las excusas son específicas del individuo y no deben aplicarse al partícipe, mientras que las justificaciones se basan en consideraciones generales de legalidad en relación con los propósitos fundamentales del derecho penal. En este contexto, si el autor es excusado debido a su incapacidad mental, por ejemplo, el partícipe no debería ser absuelto, ya que las excusas no se extienden a él. El punto crítico radica en que excusar al autor no tiene el efecto de socavar la ilicitud de la violación, pero justificar su conducta sí. Un hecho justificado es compatible con las normas jurídicas y, por lo tanto, no constituye una base adecuada para la responsabilidad accesoria (Fletcher, 2000, p. 643).

Esta distinción entre excusa y justificación, aunque defendida por autores como Fletcher (2000) o Robinson (1997), no es clara en el derecho penal del *common law*. Los redactores del CPM evitaron una distinción rígida entre justificaciones y excusas, considerando que esta clasificación formalista oscurecería el núcleo sustantivo del análisis de la responsabilidad penal. En lugar de ello, se centraron en la culpabilidad individual de cada acusado y en su peligrosidad criminal para adaptar el tratamiento peno-correccional a cada caso.

Una vez que se ha establecido el elemento de conducta (*actus reus*), ya sea por el autor directamente o por el partícipe de forma indirecta, ambos siguen rumbos legales distintos. Cada uno debe ser evaluado individualmente para determinar si cumplen con los aspectos subjetivos y objetivos del delito, incluyendo las circunstancias concurrentes y, especialmente, el resultado. En esta situación, es posible que el autor tenga una intención diferente respecto del resultado del delito en comparación con el partícipe, dado que según el CMP no existe un

elemento intencional compartido (*shared intent*). Esto puede dar lugar a diferentes grados de responsabilidad por el delito. Cada interviniente en el delito (independientemente de cómo se le denomine) puede tener un estado mental (*mens rea*) diferente con respecto a un determinado elemento objetivo del delito (por ejemplo, el resultado en el caso de homicidio), generando responsabilidad por diferentes delitos o grados de delito. El partícipe, al igual que el autor, es penalmente responsable del delito cuyos elementos objetivos y subjetivos satisface (Dubber & Hörnle, 2014, p. 322). Por ejemplo, si el autor deseaba la muerte de la víctima mientras el cómplice solo creía que la muerte era un resultado probable del acto del autor, el autor sería culpable de asesinato (*murder*) y el cómplice sería responsable solo por homicidio involuntario (*manslaughter*), y viceversa. De manera similar, si el autor planeaba matar a la víctima golpeándola con una pala proporcionada por el cómplice, pero este solo quería que la víctima sufriera un golpe en la cabeza, el autor sería culpable de asesinato, mientras que el cómplice sería culpable de lesiones, y viceversa (Dubber, 2005, p. 991).

En el sistema alemán, adepto a la teoría del delito, la cuestión es diferente dado que, a partir del principio de accesoriadad al ilícito (accesoriadad limitada), la culpabilidad de cada parte involucrada es una cuestión personal<sup>12</sup>. En otros términos, la responsabilidad penal del autor y del partícipe no se basa en diferencias de estados mentales. Si la conducta del autor se encuentra amparada por una causa de justificación, al repercutir en el ilícito, el partícipe se beneficia de ella, no así cuando de lo que se trata es de una causa de exclusión de la culpabilidad.

Según la teoría del delito, la responsabilidad del partícipe se limita a los delitos dolosos. La participación presupone, conforme a los §§ 26 y 27 StGB, junto a la ilicitud del hecho del autor, también su carácter doloso; por lo tanto, no existe participación imprudente ni tampoco participación dolosa en delitos imprudentes. En consecuencia, tampoco existe la instigación negligente ni la complicidad imprudente (Freund & Rostalski, 2019, pp. 419 y 423; Gropp, 2015, p. 433; Roxin, 2003, p. 129; StGB, § 26, acápite 6)<sup>13</sup>. En el ámbito de los delitos imprudentes, no existe diferencia alguna entre autoría y participación, puesto que toda clase de co-causación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el deber de cuidado conforme al ámbito de relación ya es autoría (Jakobs, 1991, p. 653; Ko, 2021, p. 147). Dicho en otros

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

12 El StGB —desde 1943— sigue el principio de la accesoriadad limitada. Ni la instigación ni la complicidad requieren que el autor principal haya actuado «culpablemente». Más bien, de acuerdo con el § 29 StGB, cada interviniente será sancionado según su culpabilidad sin recurrir a la culpabilidad de otro. Sin embargo, el hecho principal tiene que haberse cometido «dolosamente» y «antijurídicamente» (StGB, §§ 26-27; Roxin, 2003, pp. 128 y 138).

13 Por regla general si falta dolo del autor, el sujeto de atrás que colabora de manera dolosa es normalmente autor mediato, de manera que no se requiere recurrir al castigo como participación (Roxin, 2003, p. 129).

términos, en el caso de la imprudencia solo existen infracciones del deber de cuidado o creación de riesgo no autorizada que no pueden situarse en ningún tipo de relación jerárquica entre sí (Schünemann & Greco, 2021a, p. 833)<sup>14</sup>. El autor imprudente es «una mera causa coadyuvante del resultado que se ha producido» (Welzel, 1958, p. 538). Dado que todas las causas tienen el mismo valor, no es posible diferenciar entre autoría y participación en delitos imprudentes (Jeschek & Weigend, 1996, p. 646; Welzel, 1958, pp. 539-540). Esta cuestión es, sin embargo, objeto de controversia en el sistema del *common law*. Aunque el CPM no aborda explícitamente este tema, los tribunales estadounidenses han rechazado la idea de que instigar o ayudar intencionalmente en un delito no doloso sea lógicamente imposible. Argumentan que la participación se refiere solo al elemento de conducta (*actus reus*) y que no hay contradicción en instigar o colaborar intencionalmente en una acción que, al mismo tiempo, es imprudente respecto del resultado del delito, como la muerte en un caso de homicidio involuntario (Dubber, 2005, p. 992).

#### VIII. EL ELEMENTO INTENCIONAL DE LA PARTICIPACIÓN

Tanto las reglas sobre la participación del StGB (§§ 26-27) como las del CPM (§ 2.02) limitan la responsabilidad del partícipe a la instigación o cooperación intencional; no obstante, hay diferencias significativas en cómo se interpreta la intención en ambos sistemas legales. En el derecho penal alemán se distinguen dos formas básicas de tipo subjetivo: el dolo (*Vorsatz*) y la imprudencia (*Fahrlässigkeit*). El dolo (*Vorsatz*) incluye el propósito (*Absicht*) o dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. El *Absicht* alemán, por su parte, se asemeja al «propósito» (*purpose*) en el CPM, definido como la intención consciente de producir un resultado o llevar a cabo una conducta con el conocimiento o la creencia de que ciertas circunstancias acompañan ese resultado. El dolo indirecto alemán es similar al «conocimiento» (*knowledge*), que implica ser consciente de realizar una conducta específica o de que ciertas circunstancias existen, con la certeza de que ocurrirá un resultado específico. El dolo eventual no tiene una equivalencia directa en el esquema de *mens rea* del CPM. Puede ser considerado análogo al conocimiento si se enfoca en su

14 En el caso de la imprudencia, no hay conocimiento de la relación de la acción con el resultado. Por lo tanto, en el caso de la cooperación entre varias personas, el encadenamiento de acciones —es decir, el encaje de una acción en la acción de otra persona— solo puede afectar al comportamiento sin referencia al resultado: en el caso de (a lo sumo) imprudencia mutua, no está claro para ninguna de las partes cómo acabará finalmente el asunto. Por lo tanto, la ley se abstiene de categorizar las formas de participación y trata de la misma manera toda causalidad imprudente o —en el caso de la omisión— la no evitación. La formulación habitual de que todo el mundo es autor es engañosa, pues no se diferencian los tipos de causalidad (propia, a través de otros, con otros), sino que se estandarizan todos los partícipes. El resultado puede denominarse «autoría» en el sentido de delitos imprudentes (Jakobs, 1991, p. 653).

aspecto subjetivo, que implica indiferencia o, incluso, aceptación de la posibilidad de un resultado prohibido. Sin embargo, si se enfatiza su aspecto objetivo, que implica crear un riesgo que no alcanza el nivel de certeza virtual, se asemeja más a la imprudencia según el CPM, definida como indiferencia consciente hacia un riesgo sustancial e injustificado. En el contexto de la participación, según el CPM, solo el propósito se considera suficiente.

Es importante señalar que el hecho de que ayudar a sabiendas en un hecho imprudente no se considere complicidad en el CPM no implica que esta conducta no se castigue en el moderno derecho penal estadounidense. Algunas revisiones de los códigos penales estatales incluyen el delito de facilitación (*facilitation*) para penalizar tipos de conductas que no podrían ser catalogadas de complicidad según el CPM<sup>15</sup>. Esto demuestra que el derecho penal estadounidense impone requisitos más estrictos a la *mens rea* para la participación. A pesar de que el propósito puede inferirse del conocimiento, el propósito sigue siendo el requisito de *mens rea*. Además, el elemento subjetivo catalogado como del dolo eventual en el derecho penal alemán es más amplio que el conocimiento del CPM. Estas diferencias resaltan las disparidades fundamentales entre el sistema alemán y el CPM en cuanto a la interpretación y aplicación de la participación.

## IX. TENTATIVA Y PARTICIPACIÓN: DIFERENCIA ENTRE AMBOS SISTEMAS

Es importante destacar que el CPM permite imponer responsabilidad por complicidad incluso a personas que intentan colaborar en la conducta delictiva de otra, aun si no tienen éxito en su intento. Siempre que el cómplice haya actuado con el propósito requerido, el CPM no hace distinción entre si logra o no ayudar al autor principal a cometer el delito. En ambos casos, el colaborador es considerado culpable del delito sustantivo como cómplice y se le castiga al nivel del autor principal (o al nivel de un cómplice que ha tenido éxito). No se requiere recurrir a la doctrina de la tentativa en tales casos, lo cual, en última instancia, no marca una gran diferencia, ya que las tentativas se castigan al nivel del delito consumado. Esto refleja una vez más el enfoque del CPM hacia el diagnóstico de la peligrosidad criminal de cada delincuente.

<sup>15</sup> En algunas jurisdicciones las leyes penales sobre facilitación no exigen que se cometa realmente el delito principal como requisito previo para la responsabilidad penal. Entre ellas se incluyen las leyes estatales que tipifican como delito proporcionar a una persona medios u oportunidades para cometer un delito, creyendo probable que está prestando ayuda a una persona que tiene la intención de cometer un delito. Véase, por ejemplo, N.Y. Penal Law (§ 115.05), Ariz. Rev. Stat. Ann. (§ 13-1004), Ky. Rev. Stat. Ann. (§ 506.080), y N.D. Cent. Code (§ 12.1-06-02). Así, en Kentucky: «(1) Una persona es culpable de facilitación delictiva cuando, actuando con conocimiento de que otra persona está cometiendo o pretende cometer un delito, adopta una conducta que, a sabiendas, proporciona a dicha persona los medios o la oportunidad para la comisión del delito y que, de hecho, ayuda a dicha persona a cometer el delito» (Ky. Rev. Stat., § 506.080).

En contraste, el StGB solo castiga la tentativa de participación —únicamente en delitos graves— y la trata como tentativa en lugar de como una forma de participación (StGB, § 30). Las tentativas están sujetas a una reducción discrecional de la pena en comparación con el delito consumado. Los instigadores son castigados al nivel del autor a diferencia de los cooperadores, que reciben una reducción de la pena obligatoria.

De acuerdo con el CPM, la tentativa de instigación de un delito tentado o consumado se castigaría según la responsabilidad por participación (ya que la definición de tentativa incluye la tentativa de instigación). Además, la tentativa de un delito que no se lleva a cabo se castiga como «incitación» (*solicitation*)<sup>16</sup>, un delito incipiente (*inchoate crime*) distinto de la tentativa, pero que, al igual que esta, se castiga al nivel del delito fin<sup>17</sup>.

Es importante señalar que la definición de tentativa difiere en el derecho penal estadounidense y alemán. Conforme a la teoría del delito, se requiere el dolo, que incluye el dolo eventual (si así lo admite el tipo penal respectivo). En el sistema estadounidense se exige el propósito (*purpose*), que excluye dicha especie de dolo. Sin embargo, la afirmación de que el derecho penal estadounidense requiere el propósito necesita ciertas precisiones. El CPM exige el propósito con respecto a la conducta prohibida; con respecto al resultado prohibido, exige el propósito o el conocimiento del autor de que la conducta causará el resultado sin más; y, con respecto a las circunstancias concurrentes, exige simplemente el conocimiento de que existen —criminalizando así

16 En el *common law*, incitar o solicitar a otro para que cometiera un delito era un delito en sí mismo, independiente de cualquier otro delito que cualquiera de las partes pudiera cometer. Originalmente, la mayoría de los códigos estadounidenses no incorporaban este delito, sino que tipificaban como delito la incitación a cometer delitos concretos. No obstante, un número considerable de estados cuentan ahora con normas generales de incitación, usualmente siguiendo el modelo del § 5.02 CPM. En los «Comentarios» defiende esa formulación: «ha argumentado [que la conducta del solicitante] no es peligrosa porque la voluntad resistente de un agente moral independiente se interpone entre el solicitante y la comisión del delito» (The American Law Institute, 1985, pp. 365-366). «Del mismo modo, se argumenta que el solicitante, al manifestar su reticencia a cometer el delito, no constituye una amenaza significativa. La opinión contraria es que una solicitud es, en todo caso, más peligrosa que una tentativa directa, porque puede dar lugar al riesgo especial de cooperación entre delincuentes» (pp. 375-378). La incitación deliberada presenta peligros que exigen una intervención preventiva y es suficientemente indicativa de una disposición hacia la actividad delictiva como para exigir responsabilidad. Además, el hecho fortuito de que la persona incitada no acepte cometer o intentar cometer el delito incitado no debería eximir de responsabilidad al incitador, cuando de lo contrario sería un conspirador o un cómplice (Kadish *et al.*, 2022, p. 636).

17 «Salvo que se disponga lo contrario en esta Sección, la tentativa, la incitación y la conspiración son delitos del mismo grado que el delito más grave que se intenta cometer o que es objeto de la conspiración. La tentativa, incitación o conspiración para cometer [un delito capital o un] delito grave de primer grado [por ejemplo, asesinato y delitos agravados de secuestro, violación y robo] es un delito grave de segundo grado. Según el § 6.06 CPM, un delito grave de primer grado se castiga con pena de prisión de uno a diez años como mínimo y cadena perpetua como máximo. Un delito grave de segundo grado se castiga con penas de prisión de entre uno y tres años como mínimo y diez años como máximo» (CPM, § 5.05(1)).

las llamadas tentativas imposibles y eliminando la defensa tradicional del *common law* de la imposibilidad legal<sup>18</sup>—.

Sin embargo, la decisión de ampliar la responsabilidad del partícipe a las tentativas de instigación o colaboración no es tan trascendental como podría parecer inicialmente. En el sistema alemán —así como en el sistema del *common law*—, los casos que se consideran como tentativas, pero no consumadas, de colaboración o instigación son bastante raros. Cumplir con el requisito de causalidad para la responsabilidad del partícipe es bastante fácil, ya que se considera que la causalidad está presente siempre que la conducta de instigación o ayuda del partícipe haya sido una causa que contribuya —aunque no necesaria, pero sí suficientemente— en la perpetración del delito por parte del autor principal. La conexión causal adecuada entre la conducta del autor y el resultado prohibido se evalúa según los requisitos estándar de causalidad en ambos sistemas.

#### X. PARTICIPACIÓN, CONSPIRACY Y TENTATIVA DE PARTICIPACIÓN

Los redactores del CPM se esforzaron por establecer una clara distinción entre participación y conspiración, dos formas de «responsabilidad de grupo» que habían sido objeto de vaguedad en las clasificaciones anteriores por parte de los tribunales angloamericanos. En su intento por definir estas categorías de manera más precisa, el CPM delineó las diferencias fundamentales entre la participación y la conspiración en el contexto de la responsabilidad penal.

La participación, según el CPM implica una responsabilidad indirecta por un delito, donde la conducta del principal es imputada a otra persona que ayuda, incita, aconseja, ordena, induce o procura la comisión del delito. En contraste, la conspiración (*conspiracy*), en tanto delito incipiente (*inchoate crime*), se refiere a una responsabilidad directa por el acuerdo para cometer un delito. Mientras que la participación requiere la comisión del delito —o al menos su tentativa—, la conspiración se centra en el acuerdo en sí mismo, independientemente de si el delito se llevaba a cabo o no<sup>19</sup>. Los redactores del CPM limitaron la responsabilidad penal por conspiración, a diferencia de las hasta

18 En el contexto de los elementos circunstanciales, sin embargo, «deliberadamente» solo requiere que el agente «sea consciente de tales circunstancias o espere que existan». En otras palabras, el «propósito» respecto a una circunstancia puede demostrarse probando no más de lo que se requiere para demostrar el «conocimiento» respecto a una circunstancia. La distinción entre «a propósito» y «a sabiendas» queda así eliminada en relación con los elementos circunstanciales (Robinson, 1997, p. 47).

19 «§ 5.03. Conspiración criminal.

(1) Definición de conspiración. Una persona es culpable de conspiración con otra u otras personas para cometer un delito si, con el fin de promover o facilitar su comisión (a) acuerda con esa otra persona o personas que ellas o una o más de ellas llevarán a cabo una conducta que constituya dicho delito o una tentativa o instigación a cometer dicho delito; o (b) acuerda ayudar a esa otra persona

287

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

entonces vigentes reglas del *common law*, al acuerdo para cometer delitos (*offences*), excluyendo actos que fueran simplemente corruptos, deshonestos, fraudulentos o inmorales, pero no delictivos. Para limitar aún más el margen de discreción fiscal, exigieron además del acuerdo un acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo criminal (*overt act*), el mismo que es un elemento de prueba que expresa que el acuerdo criminal ya se encuentra en ejecución.

La conspiración para cometer delitos (*conspiracy*) y la participación en su ejecución son delitos distintos, pues cada uno entraña su propio sistema de responsabilidad penal. Esta diferencia es evidente incluso cuando el acto manifiesto (*overt act*) que se presenta en el delito de conspiración es el mismo delito sustantivo que se imputa. En el contexto de una conspiración criminal, el elemento central es un acuerdo para violar la ley, como lo determinó el caso *United States v. Frazier* (1989, p. 884). Dicho en otros términos, la esencia de la conspiración radica en este acuerdo, lo cual significa que los conspiradores pueden ser castigados incluso si el propósito criminal —delito sustantivo— no se materializa<sup>20</sup>. En contraste, un partícipe es imputable en función de la comisión de un delito sustantivo, y su responsabilidad se basa en su participación a través de la ayuda o instigación en dicho delito. Los términos «autor» y «partícipe» son descripciones de los roles desempeñados por las partes involucradas en un delito, mientras que el término «conspirador» denota un delito en sí mismo.

Es importante destacar que estos roles a menudo se confunden, dado que un cómplice siempre puede ser considerado un conspirador, ya que toda complicidad implica un acuerdo criminal. Sin embargo, no todos los conspiradores son automáticamente cómplices.

Si el delito objeto de la conspiración se comete y la conducta del autor puede imputarse a otra persona según las normas de la participación, entonces la conspiración se fusiona (*merge*) con el delito sustantivo. En esta situación, una persona puede ser acusada de ambos delitos y solo ser condenada por uno (CPM, § 1.07), mostrando así la distinción clara entre estas dos formas de responsabilidad penal.<sup>21</sup>

---

o personas en la planificación o comisión de dicho delito o de una tentativa o incitación a cometer dicho delito. [...]

(5) Acto manifiesto. Ninguna persona podrá ser condenada por conspiración para cometer un delito que no sea un delito grave de primer o segundo grado, a menos que se alegue y pruebe que él o una persona con la que conspiró realizó un acto manifiesto en cumplimiento de dicha conspiración» (CPM, § 5.03).

20 En términos de Sayre (1922): «[N]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» (p. 399).

21 Cabe aclarar que los diversos estados no han seguido esta regla del CPM. Conforme a la legislación vigente, la *conspiracy* y el delito sustantivo no se fusionan.

El CPM también rechazó la regla Pinkerton, que establece que cada parte de una conspiración es responsable de los delitos sustantivos razonablemente previsibles cometidos por su coconspiradores en cumplimiento del acuerdo<sup>22</sup>. Esta doctrina amplió la responsabilidad penal de los conspiradores, ya que los delitos sustantivos cometidos por otros coconspiradores podían imputarse a ellos en virtud del acuerdo ilegal compartido. La regla establece que, de forma similar a la atribución del partícipe, en el caso de conspiración la parte implicada también es plenamente responsable aunque ella misma no haya realizado ningún acto manifiesto en cumplimiento del acuerdo ilegal, siempre que los actos de la otra parte estén cubiertos por el acuerdo. Esto se debe a que el estar implicado en un acuerdo de conspiración conduce a los coconspiradores a la atribución de excesos que son meramente previsibles. Si algo puede ocurrir en principio en tales delitos, se considera que está cubierto de forma latente por el acuerdo (Momsen & Washington, 2019, p. 191).

A primera vista, la regla Pinkerton parece implicar una responsabilidad por conspiración; no obstante, al analizarla más detalladamente, se trata de una extensión de la responsabilidad del partícipe a partir del criterio de previsibilidad, propio del derecho civil de daños (*tort*), que conduce a la introducción en el derecho penal de reglas de responsabilidad indirecta o vicaria (*vicarious liability*). En este punto, resulta crucial comprender la distinción entre un acto manifiesto (*overt act*) y el delito sustantivo. La regla Pinkerton permite imputar a los coconspiradores los delitos subjetivos cometidos en el contexto de un proyecto ilegal (*conspiracy*), basándose en la atribución del acto manifiesto de uno de ellos a todos los conspiradores. Aunque en muchos casos el acto manifiesto coincide con el delito sustantivo, no siempre es así. Siempre ha sido aceptado que, a los fines de la conspiración, a un coconspirador se le atribuyen los actos manifiestos de otros coconspiradores, pero surge la pregunta: ¿puede un conspirador ser considerado culpable de un delito sustantivo cometido únicamente por la otra parte del acuerdo? La regla Pinkerton permite, precisamente, que un coconspirador sea condenado por delitos sustantivos cometidos por otro coconspirador, siempre que el delito en cuestión se encuentre dentro del alcance del proyecto ilegal o sea razonablemente previsible.

En las décadas inmediatamente posteriores al caso *Pinkerton* (1946), la decisión fue objeto de una fuerte crítica por parte de la comunidad académica (LaFave & Scott, 1972; Schuessler, 1983; Yale, 1947). Argumentaron que la justificación de *Pinkerton* constituía una expansión injustificada de la doctrina civil de la responsabilidad indirecta hacia

22 En *Pinkerton v. United States* (328 U.S., 1946) la Corte Suprema sostuvo que «cuando un acusado participa en una conspiración, los delitos sustantivos cometidos para promover esa conspiración pueden imputarse a todos los acusados siempre que sigan formando parte de la conspiración cuando se cometen esos delitos» (p. 640).

el ámbito penal, lo que violaba el principio fundamental del derecho penal, que establece que las personas son responsables únicamente de sus propias acciones y no de las de los demás. Asimismo, aunque no existen estadísticas precisas, la aplicación de la responsabilidad según *Pinkerton* parece haber sido poco común hasta la década de 1970 (Kurt, 2008, p. 596). Incluso figuras influyentes como LaFave y Scott (1972) afirmaron que la regla *Pinkerton* nunca había obtenido un amplio consenso en la comunidad jurídica.

Dicha regla fue excluida del CPM, dado su rechazo mayoritario. No obstante, a principios de la década de 1970 hubo un cambio en esta tendencia, especialmente en el contexto de los casos relacionados con el narcotráfico, donde los fiscales comenzaron a emplear la regla *Pinkerton* con mayor frecuencia (May, 1983, p. 21). A medida que avanzaba la década de 1990, la regla *Pinkerton* siguió ganando aceptación en los tribunales de prácticamente todas las jurisdicciones de los Estados Unidos. Como explica Marcus (1992): «[e]n prácticamente todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, un conspirador puede ser considerado responsable de los crímenes cometidos por sus coconspiradores, siempre y cuando dichos crímenes sean en cumplimiento del acuerdo y sean razonablemente previsibles» (p. 6).

Además, varios estados, incluidos Texas<sup>23</sup>, Iowa<sup>24</sup>, Kansas<sup>25</sup> y Wisconsin<sup>26</sup>, entre otros, han incorporado la regla *Pinkerton* en sus códigos penales. A nivel federal, la regla *Pinkerton* sigue existiendo

23 «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» (Código Penal de Texas, § 7.01).

24 «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» (Código Penal de Iowa, § 703.2).

25 «Responsabilidad por delitos de otro. (1) Una persona es penalmente responsable de un delito cometido por otra persona si intencionalmente ayuda, incita, aconseja [*advises*], contrata, asesora [*counsel[s]*] 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» (Código Penal de Kansas, § 21-5210).

26 «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) Participa en una conspiración con otro para cometerlo o aconseja, contrata, asesora o procura de otro modo que otro 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» (Código Penal de Wisconsin, § 939.05).

tanto en lo jurisprudencial, como se confirmó en el caso *United States v. Buchanan* (7<sup>th</sup> Cir., 1997). Sin embargo, los tribunales son conscientes de las posibles limitaciones del debido proceso en situaciones que implican relaciones atenuadas entre el conspirador y el delito sustantivo (LaFave, 2010, p. 724). A pesar de las críticas iniciales y las preocupaciones sobre su aplicación justa, la responsabilidad según *Pinkerton* ha perdurado y se ha convertido en parte integral del sistema legal penal en los Estados Unidos<sup>27</sup>.

Toda esta maraña de reglas sobre responsabilidad de grupo ha llevado a que algunas legislaciones estatales incluyan en sus respectivos códigos penales la conspiración como base para la responsabilidad como partícipe<sup>28</sup>. En resumen, la relación compleja entre conspiración, acto manifiesto y participación presenta desafíos importantes en el sistema legal estadounidense, donde la ley busca establecer una línea clara entre la participación activa en un delito (instigación o colaboración) y la mera asociación de conspiradores (*conspiracy*).

En comparación con el CPM, el StGB abordó el acuerdo para cometer un delito, incluidos los acuerdos unilaterales y las instigaciones no comunicadas, de manera diversa. En primer lugar, para aquellos acuerdos criminales no coyunturales —es decir, que tengan el *quid* de la permanencia— rige el § 129 StGB relativo a la asociación criminal (*kriminelle Vereinigung*), delito independiente en el cual se criminaliza, entre otras acciones, la mera membresía a la asociación<sup>29</sup>. En segundo

291

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

27 Para un mayor ahondamiento de la regla *Pinkerton* y su evolución en el derecho penal estadounidense, revisar Cordini (2022).

28 «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, conspira o consigue de otra manera que el otro cometa el delito» (Código Penal de Minnesota, § 609.05).

29 «Formación de asociaciones ilícitas. (1) Se impondrá una pena privativa de libertad no superior a cinco años o una multa a toda persona que funde una asociación o participe como miembro en una asociación cuya finalidad o actividad esté dirigida a la comisión de delitos con una pena máxima de al menos dos años de prisión. Se impondrá una pena privativa de libertad no superior a tres años o una multa a quien apoye a una organización de este tipo o reclute para ella a miembros o simpatizantes.» (StGB, §129). Según Lampe (1994), el ilícito sistémico de la asociación criminal es relativamente sencillo. El legislador ha dejado constancia de ello en el § 129 del StGB, donde se establece que una asociación criminal es delictiva porque su finalidad o actividad está dirigida a la comisión de hechos delictivos (p. 702). La razón por la cual una asociación se convierte en asociación criminal por su finalidad delictiva es objeto de diferentes interpretaciones según la doctrina. Parte de la doctrina sostiene que la razón radica en la puesta en peligro de la seguridad general y la paz pública debido a la existencia de la asociación (Bubnoff, 2005, p. 126; Langer-Stein, 1987; p. 110, Krauß, 2021, p. 648). Por otro lado, Rudolphi (1987) considera que la peligrosidad de los actos delictivos es lo que destaca, ya que la pertenencia a una asociación criminal implica que los delitos individuales con los que amenazan los miembros son especialmente peligrosos debido a su forma conjunta de comisión. Además, estas asociaciones suelen desarrollar un impulso propio que empuja hacia la comisión de los delitos previstos, menoscabando o incluso excluyendo el sentido personal de responsabilidad de sus miembros individuales. Es importante destacar que el §129 StGB no protege ningún bien jurídico por sí mismo, sino que resguarda aquellos bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de la parte especial hacia los cuales están dirigidos los delitos fin (pp. 317-318). En este sentido, Jakobs (1985) también sostiene que el fundamento de punición en el delito de asociación criminal no reside en la lesión de un bien jurídico colectivo, sino en que la conducta tipificada es la preparación de un delito posterior; se trata de una lesión meramente parcial que no infringe normas principales (*Hauptnormen*) —es decir, aquellas que garantizan expectativas normativas—, sino normas de

lugar, el StGB regula la llamada «tentativa de participación» en el § 30<sup>30</sup>, que guarda cierta similitud con la *conspiracy* del *common law*. Desde un punto de vista sistemático, el § 30 StGB no constituye un delito independiente, sino un motivo para ampliar la punibilidad que se encuentra en la parte general del StGB. El § 30 StGB amplía la punibilidad en casos específicos de tentativa de participación, lo que representa una extensión intensificada de la pena para comportamientos que el legislador considera especialmente peligrosos<sup>31</sup>. Esto conlleva un desplazamiento anticipado del umbral de la pena al inicio de la fase preparatoria del delito (Jescheck & Weigend, 1996, p. 702) dado que implica una extensión potenciada de la punibilidad, ya que esta se amplía en los delitos graves a conductas que preceden en el tiempo a la participación, la coautoría o la tentativa de realización del tipo (Roxin, 2003, pp. 285-286).

A pesar de que la descripción legal del tipo habla de una «tentativa de participación», no se trata precisamente de una tentativa. La noción de una tentativa de participación debe descartarse por completo, ya que según el § 22 StGB la tentativa implica cometer el delito. En contraste, el requisito previo para la aplicabilidad del § 30 StGB es la ausencia de tentativa. Si se produce la perpetración del delito, no estamos tratando un caso bajo el § 30 StGB, sino una participación en una tentativa o una tentativa de cometer el delito.

A pesar de la interpretación predominante, que está respaldada por la clasificación legal en la sección de «autoría y participación», el § 30 StGB representa una regulación especial de la participación. Sin embargo, esta interpretación se contradice con el hecho de que la conspiración para cometer el delito, según el § 30 (2) StGB, no puede explicarse como participación, incluso anticipada. Además, en los demás casos no hay participación porque no existe un «delito principal». Por lo tanto, no hay accesoriadad, que es un requisito según los §§ 26 y 27 StGB. Es cierto que algunos intentan preservar el carácter de participación

---

flanqueo (*flankierende Normen*) cuya finalidad es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales (p. 775).

30 «Tentativa de participación

(1) Toda persona que intente hacer que otra cometa un delito o incite a otra a cometerlo será castigada de conformidad con las disposiciones relativas a la tentativa de comisión del delito. No obstante, la pena prevista en el artículo 49 (1) será atenuada. El artículo § 23 (3) se aplicará en consecuencia.

(2) Toda persona que acepte el ofrecimiento de otra o que conspire con otra para cometer o incitar a otra a cometer un delito también será castigada» (StGB, § 30).

31 Desde un punto de vista teleológico, surge la cuestión —importante para la interpretación de la disposición— de qué consideraciones jurídico-políticas impulsaron al legislador a castigar por separado los actos preparatorios de los delitos resumidos en la sección 30. Las diferentes variantes de la disposición penal solo pueden llevar a la conclusión de que la disposición se basa en dos nociones independientes de peligro: por un lado, la idea de la puesta en marcha de un proceso causal independiente e incontrolable; y, por otro, la suposición de una amenaza especialmente elevada para los bienes jurídicos debido a un compromiso unilateral o bilateral de voluntades. El primero de estos dos aspectos es la base del apartado 1 del § 30 StGB y también de la «suposición de una oferta» del apartado 2, que no es más que una forma especial de tentativa de instigación (Schünemann & Greco, 2021, p. 999).

construyendo una «accesoriedad hipotética» (Maurach *et al.*, 1989); sin embargo, esto resulta problemático, ya que no puede haber ilicitud en la participación si falta un delito real. En el caso del § 30 StGB, estamos ante la penalización autónoma de actos preparatorios que el legislador considera particularmente peligrosos<sup>32</sup>. En el contexto de un delito planificado, estos actos son merecedores de castigo debido a la cooperación, al menos deseada, de varias personas (Roxin, 2003, p. 286; Schünemann & Greco, 2021b, p. 998).

Esta disposición no está exenta de críticas. Hace casi cuatro décadas Jakobs (1985) lideró un ataque particularmente radical contra el castigo independiente de los actos preparatorios al señalar que, «[e]n ausencia de un comportamiento externamente perturbador, un sujeto no puede ser definido internamente, por lo que lo interno abarca toda la esfera privada, no sólo los pensamientos» (p. 773). Esto lleva a la exigencia de una supresión completa del § 30 StGB, ya que «No debe permanecer [criminalizado] ningún caso de actos preparatorios en virtud del § 30 StGB» (p. 765). Aquí resulta plausible la crítica de Busch, quien se opone principalmente a que el § 30 StGB extienda la punibilidad de los actos preparatorios allí descritos a todos los delitos sin distinción. Esto conduciría a «una expansión cuestionable de la responsabilidad penal en el ámbito de la preparación». En su lugar, la responsabilidad penal debería limitarse a aquellos delitos «para los que exista una verdadera necesidad en términos de política criminal» (pp. 245-256). Si la punibilidad se desplaza al ámbito preparatorio alejado del delito, se requieren investigaciones especialmente cuidadosas —también empíricas—, de las que hasta ahora se ha carecido casi por completo, para demostrar la proporcionalidad de la (¡a pesar de la obligada atenuación, altamente sensible!) amenaza punitiva, exigida por el principio de la *ultima ratio* y, por tanto, indispensable también por razones constitucionales (Schünemann & Greco, 2021b, p. 1000).

Comparando ambos modelos, el StGB limita la conspiración a delitos graves (*Verbrechen*), mientras que el CPM extiende la criminalización a los delitos leves. El StGB prevé un castigo menor para la conspiración en comparación con el castigo por el delito fin; asimismo, tampoco exige un elemento extra al mero acuerdo, como es el acto manifiesto (*overt act*), pues el mero acuerdo es suficiente (Dubber, 2005, p. 997).

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

32 En este sentido, la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (BGH) también ha caracterizado la disposición «como un acto preparatorio punible de forma independiente» (BGHSt, vol. 9, pp. 131 y 134; BGHSt, vol. 14, pp. 378-379).

## XI. CONCLUSIÓN

A partir del análisis del funcionamiento de los códigos en el CPM y en el StGB, respectivamente, es posible visualizar que el código penal y la labor de la dogmática jurídico-penal tienen roles distintos en cada sistema. En el caso del StGB, reconoce estructuras proporcionadas por la dogmática jurídico-penal. Esta última, a su vez, desarrolla los conceptos esenciales necesarios para trabajar con el código. El CPM, por el contrario, parte de cero en relación al derecho penal del *common law* y se fundamenta en la idea de que el código debe ser autosuficiente. En este contexto, la función de la doctrina es escribir comentarios sobre el código. Aunque el CPM aún no ha sido sancionado por el Congreso de los Estados Unidos, ha servido como modelo para las sucesivas reformas penales de los códigos penales estatales. Además, tiene una importancia fundamental como marco de referencia en los estudios comparados del sistema penal estadounidense.

La adhesión incondicional del CPM a una ideología de tratamiento, que en su momento fue considerada ortodoxa, pero desde hace mucho tiempo se percibe como desfavorable, plantea serias preocupaciones sobre su relevancia y adecuación en la actualidad. La centralidad de la identificación y eliminación de la peligrosidad del delincuente, aunque puede haber sido aceptada en el pasado, se revela como anacrónica en el contexto actual.

En términos comparados, ambos sistemas reconocen los tres tipos de autoría (directa, coautoría y mediata), en el § 25 StGB y en los §§ 2.06(1) y 2.06 (2)(a) CPM, respectivamente. En cuanto a los partícipes, encontramos que el StGB distingue al instigador (§ 26) del colaborador o cómplice (§ 27) con escalas penales diferenciadas. El CPM, por su parte aborda estas formas de participación en los §§ 2.06(2)(c), 2.06(3)(a)(i) y 2.06(3)(a)(ii). Resulta necesario aclarar que la distinción entre instigador y cómplice o cooperador (comúnmente llamado «facilitador») resulta superflua, pues dichas formas de participación no conllevan grados de reproche diferenciados.

Por otro lado, el CPM, al no establecer una distinción explícita en la cuantía de la pena entre autores y partícipes, desplaza el foco de atención de las distinciones categoriales hacia la peligrosidad demostrada por el acusado a través de su conducta. Este enfoque, aunque puede pretender una evaluación más contextualizada, tiene el efecto de redundar en la indistinción entre autores y partícipes, a la vez que plantea interrogantes sobre la equidad y la precisión del sistema penal propuesto por el CPM.

Si bien las categorías de autor y partícipe están presentes en uno y otro sistema, varían en torno al alcance. El CPM no reconoce el principio de accesoriidad limitada, tal como sucede en el StGB, pese a la existencia de cierto consenso en la doctrina. En lugar de ello, los redactores del

CPM se centraron en la culpabilidad individual de cada acusado y en su peligrosidad criminal para adaptar el tratamiento peno-correccional a cada caso. Cada uno debe ser evaluado de manera individualizada para determinar si cumplen con los aspectos subjetivos (*mens rea*) y objetivos (*actus reus*) del delito, lo que incluye las circunstancias concurrentes y, especialmente, el resultado. En esta situación, es plausible que el autor tenga una intención diferente respecto del resultado del delito en comparación con el partícipe, lo que puede dar lugar a diferentes grados de responsabilidad por el delito, resultando incluso posible que un partícipe sea castigado por un delito más grave que el propio autor.

En ambos sistemas la participación solamente se da en delitos dolosos. A su vez, el elemento intencional en el CMP es más estricto que el dolo del StGB, pues no admite el dolo eventual. Sin embargo, resulta necesario aclarar que el hecho de que ayudar a sabiendas en un hecho imprudente no se considere complicidad en el CPM no implica que esta conducta no se castigue en el moderno derecho penal estadounidense. Algunas revisiones de los códigos penales estatales incluyen el delito independiente de facilitación (*facilitation*) para criminalizar conductas que no podrían ser catalogadas como complicidad según el CPM.

Por otro lado, ambos sistemas presentan enfoques distintos hacia la responsabilidad penal por conspiración y participación. Las diferencias fundamentales entre el StGB y el delito incipiente de conspiración del CPM es que en este último la conspiración coadyuva a la indistinción entre autores y partícipes, pues toda comisión de un delito entre varios intervinientes implica un acuerdo criminal (*conspiracy*). En comparación, el StGB alemán aborda la criminalidad de grupo de manera diferente. Por un lado, reconoce el delito de «asociación criminal» (§ 129) para casos de acuerdos criminales no coyunturales, criminalizando la mera membresía en dicha asociación; por otro lado, contempla la «tentativa de participación» (§ 30) para comportamientos especialmente peligrosos. La influencia de estas regulaciones se refleja en la evolución jurisprudencial y en las prácticas legales de cada sistema, destacando la complejidad y los desafíos inherentes a la interpretación y aplicación de las normas de responsabilidad de grupo en el ámbito legal.

## REFERENCIAS

Blackstone, W. (1753). *Commentaries on the Laws of England in Four Books* (vol. 4). Filadelfia: Lippincott.

Busch, R. (1949). *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*. Mohr: Tubinga.

Busch, R. (1972). Zur Teilnahme an den Handlungen des § 49 a StGB. En R. Maurach, F. C. Schroeder y H. Zipf (eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag* (pp. 245-256). Karlsruhe: C. F. Müller.

295

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

Cordini, N. (2022). Conspiración, cómplice y responsabilidad Pinkerton: ¿dónde termina la responsabilidad penal? Un estudio sobre el sistema de responsabilidad penal estadounidense. *Revista de la Facultad de Derecho*, (53), 1-46. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n53/2301-0665-rfd-53-e201.pdf>

Davis, M. (1985). Just deserts for recidivists. *Criminal Justice Ethics*, 4(2), 29-50. <https://doi.org/10.1080/0731129x.1985.9991779>

Dubber, M. (2005). Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis, *Journal of International Criminal Justice*, 5(4), 977-1001. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm038>

Dubber, M., & Hörnle, T. (2014). *Criminal Law. A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press.

Fletcher, G. (1998). Dogmas of the Model Penal Code. *Buffalo Criminal Law Review*, 2(1), 3-24. <https://doi.org/10.1525/nclr.1998.2.1.3>

Fletcher, G. (2000). *Rethinking Criminal Law*. Nueva York: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oso/9780195136951.001.0001>

Freund, G., & Rostalsky, F. (2019). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre* (3.ª ed.). Heidelberg y Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-59030-0>

Gallas, W. (1954). Täterschaft und Teilnahme. En *Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band: Die Gutachten der Strafrechtslehrer* (pp. 121-134). Bonn: Bundesminister d. Justiz.

Galligan, D. J. (1981). The return to retribution in penal theory. En R. Cross y C. Tapper (eds.), *Crime, Proof & Punishment. Essays in Memory of Sr Rupert Cross* (pp. 144-171). Londres: Butterworth.

Gropp, W. (2015). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4.ª ed.). Berlín y Heidelberg: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-642-38126-3>

Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 97, 751-785. <https://doi.org/10.1515/zstw.1985.97.4.751>

Jakobs, G. (1991). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch* (2.ª ed.). Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110906424>

Jescheck, H. H., & Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (5.ª ed.). Berlín: Duncker & Humblot. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-48348-8>

Kadish, S. H., Schulhofer, S. J., & Barkow, R. E. (2022). *Criminal law and its processes: cases and materials* (11.ª ed.). Boston: Aspen Publishing.

Kindhäuser, U. (2015). *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (7.ª ed.). Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783845263724>

Ko, M. (2021). *Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip*. Fráncfort del Meno: Peter Lang. <https://doi.org/10.3726/b18260>

Kohlrauch, E., & Lange, R. (1961). *Strafgesetzbuch* (43.<sup>a</sup> ed.). Berlín: Walter de Gruyter.

Krauß, M. (2021). § 129. En *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (11.<sup>a</sup> ed.; vol. 8, pp. 619-905). Berlín: Walter de Gruyter.

LaFave, W. R. (2010). *Criminal Law* (5.<sup>a</sup> ed.). Eagan, Minnesota: West Publishing.

LaFave, W. R., & Scott, A. W. Jr. (1972). *Handbook on Criminal Law*. Eagan, Minnesota: West Publishing.

Lampe, E. J. (1994). Systemunrecht und Unrechtssysteme. *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 106(4), 683-745. <https://doi.org/10.1515/zstw.1994.106.4.683>

Maurach, R., Zipf, H., & Gössel, K. (1989). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch/Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. München: C. F. Müller.

Maurach, R., Zipf, H., & Gössel, K. (2014) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*. München: C. F. Müller.

May, J. (1983). Pinkerton v. United States Revisited: A Defense of Accomplice Liability. *Nova Law Review*, 8(1), 21-42. <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1833&context=nlr>

Momsen, C., & Washington, S. L. (2019). Conspiracy als Beteiligungsmodell—Teil 1. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3, 182-203.

Perkins, R. M. (1941). Parties to Crime. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 89(5), 581-623. <https://doi.org/10.2307/3309197>

Robinson, P. H. (1997). *Structure and Function in Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Roxin, C. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. F. Beck.

Roxin, C. (2015). Täterschaft und Tatherrschaft (9.<sup>a</sup> ed.). Berlín: De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110366594>

Roxin, C., & Greco, L. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5.<sup>a</sup> ed.). München: C.H. Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>

Rudolphi, H. J. (1978). Verteidigerhandeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i. S. Der §§ 129 a StGB. En W. Frisch (ed.), *Festschrift für H.J. Bruns zum 70. Geburtstag* (pp. 315-338). Köln: Heymann.

Sayre, F. B. (Sr.). (1922). Criminal Conspiracy. *Harvard Law Review*, 35(4), 393-427. <https://doi.org/10.2307/1328648>

Schünemann, B., & Greco, L. (2021a). § 25 Täterschaft. En *Leipziger Kommentar. Zweiter Band §§ 19 bis 31* (13.<sup>a</sup> ed.; pp. 706-838). Berlín: Walter de Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110300451-009>

297

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

Schünemann, B., & Greco, L. (2021b). § 30 Versuch der Beteiligung. En *Leipziger Kommentar. Zweiter Band §§ 19 bis 31* (13.<sup>a</sup> ed., pp. 993-1037). Berlín: Walter de Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110300451-015>

Singer, R. G. (1988). Foreword to Symposium, The 25th Anniversary of the Model Penal Code. *Rutgers Law Journal*, 19, 951-954.

Starkweather, D. A. (1992). The Retributive Theory of 'Just Deserts' and Victim Participation in Plea Bargaining. *Indiana Law Journal*, 67(3), 853-878.

The American Law Institute. (1985). Model Penal Code Commentaries. En *Part I, General Provisions, Sec. 30.1-5.07 I*. Filadelfia: The American Law Institute.

The Harvard Law Review Association (HLR). (1955). The Objects of Criminal Conspiracy. Inadequacies of State Law. *Harvard Law Review*, 68(6), 1056-1069. <https://doi.org/10.2307/1337788>

The Yale Law Journal. (1947). Vicarious Liability for Criminal Offenses of Co-Conspirators. *The Yale Law Journal*, 56(2), 371-378. <http://dx.doi.org/10.2307/793011>

Von Bubnoff, E. (2005). § 129. En J. Burkhard, Heinrich Wilhelm Laufhütte y Walter Odersky (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (11.<sup>a</sup> ed.; vol. 4, pp. 116-167). Berlín: Walter de Gruyter.

Von Hirsch, A. (1983). "Limits to pain". Eine (ziemlich) neoklassische Perspektive. *Kriminologisches Journal*, 15(1), 57-60.

Wechsler, H. (1968). Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code. *Columbia Law Review*, 68(8), 1425-1456. <https://doi.org/10.2307/1121103>

Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, 491-566. <https://doi.org/10.1515/zstw.1939.58.1.491>

Welzel, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (11.<sup>a</sup> ed.). Berlín: Walter de Gruyter.

## Jurisprudencia, normas y otros documentos legales

BGHSt (vol. 9).

BGHSt (vol. 14).

Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*) (Parlamento [Alemania], 1871). <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>

Código Penal de Arizona (*Arizona Revised Statutes, Chapter 13: Criminal Code*). <https://law.justia.com/codes/arizona/title-13/>

Código Penal de Dakota del Norte (*North Dakota Century Code, Title 12.1: Criminal Code*). <https://ndlegis.gov/general-information/north-dakota-century-code/index.html>

Código Penal de Iowa (*Iowa Code, Title XVI, Criminal Law and Procedure*).  
<https://law.justia.com/codes/iowa/2022/title-xvi/>

Código Penal de Kansas (*Kansas Statutes, Chapter 21: Crimes and Punishments*).  
[https://www.kslegislature.org/li\\_2020/b2019\\_20/statute/021\\_000\\_0000\\_chapter/](https://www.kslegislature.org/li_2020/b2019_20/statute/021_000_0000_chapter/)

Código Penal de Kentucky (*Kentucky Revised Statutes, Title XL: Crimes and Punishments*). <https://law.justia.com/codes/kentucky/2022/>

Código Penal del Maryland (*Maryland Statutes, Criminal Law*).  
<https://law.justia.com/codes/maryland/criminal-law/>

Código Penal de Minnesota (*Minnesota Statutes, Chapter 609: Criminal Code*). <https://law.justia.com/codes/minnesota/2017/chapters-609-624/chapter-609/>

Código Penal de Nueva York (*New York, Penal Law*) <https://www.nycourts.gov/judges/cji/2-PenalLaw/cji3.shtml>

Código Penal de Texas (*Texas Penal Code*). <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/PE/htm/PE.1.htm>

Código Penal de Wisconsin (*Wisconsin Statute: Chapter 939*). <https://law.justia.com/codes/wisconsin/2022/chapter-939/>

Código Penal Federal de los Estados Unidos (*U.S. Code Title 18*).  
<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18&edition=prelim>

Código Penal Modelo (*Model of Penal Code*) (American Law Institute, 1962).

Ley penal de 1827, Reino Unido. *The Criminal Law Act 1827*.  
<https://vlex.co.uk/vid/criminal-law-act-1827-808292153>

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

*State v. Hamilton* (3 Nev. 386).

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

*State v. Tally*, 102 Ala. 25, 15 So. 722 (1894).

*United States v. Buchanan* (7<sup>th</sup> Cir. 1997).

*United States v. Frazier* (1989).

299

AUTORES Y  
PARTÍCIPES:  
UN ESTUDIO  
COMPARADO  
ENTRE EL CÓDIGO  
PENAL ALEMÁN Y  
EL CÓDIGO PENAL  
MODELO DE LOS  
ESTADOS UNIDOS  
PERPETRATORS  
AND  
ACCOMPLICES:  
A COMPARATIVE  
STUDY BETWEEN  
THE GERMAN  
PENAL CODE AND  
THE AMERICAN  
MODEL PENAL  
CODE

Recibido: 14/12/2023  
Aprobado: 27/03/2024