

CONDUCTAS NEUTRALES: ESTADO DE LA CUESTIÓN

GERARD GRAMÁTICA BOSCH

Fecha de entrada: 02/08/2009.

Fecha de publicación: 04/08/2009.

Resumen: En este trabajo, el autor aborda la problemática de la intervención en el delito por medio de conductas neutrales. En especial, describe el problema que se estudia; lo ubica sistemáticamente en la teoría del delito; y por último, destaca el estado actual de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia alemana, española y nacional.

In this essay, the author addresses the problem of intervention in the crime by neutral behaviors. In particular, describes the problem that is being studied; ranks it systematically on the theory of the criminal offence; and finally, highlights the current state of the issue in the German, Spanish and national doctrine and jurisprudence.

Sumario: I. Introducción; II. Conductas neutrales; III. Ubicación del problema en la teoría del delito; IV. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo pretende abordar la problemática de la intervención en el delito por medio de acciones neutrales. Este grupo de casos ha generado un importante debate en la literatura penal alemana de los últimos tiempos y, en menor medida pero con una reciente e importante expansión, en la doctrina española. Al punto tal que, algún autor, lo ha llegado a caracterizar como «el tema de moda» en la dogmática penal reciente.¹ En lo personal, no me atrevería a decir que estamos ante el tema de moda de la dogmática penal, pero sí que nos encontramos frente a una cuestión con una indiscutible y enorme relevancia teórica y, fundamentalmente, práctica, derivada de la necesidad de determinar si las conductas neutrales son –o no– punibles por el Derecho penal.

II. Conductas neutrales

¹ AMELUNG, citado por ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, pág. 16 nota n° 2.

Las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo concientemente la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico,² son aprovechadas por terceras personas –autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.

Partiendo de esta primera aproximación, considero que estamos en condiciones de extraer cuáles serían dos de los elementos más característicos de este tipo de conductas. En primer lugar, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo,³ es decir, son conductas que, *per se*, son lícitas o inocuas; en segundo lugar, existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de su acción para, directa o indirectamente,⁴ producir un resultado delictivo.⁵

Como se puede apreciar, en este tipo de comportamientos se genera una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada (impune) y lo que podría configurar una participación delictiva (punible) y es, específicamente, éste el núcleo del problema que motiva el presente trabajo.

Con la finalidad de graficar brevemente cuál sería el ámbito de las conductas neutrales, se exponen algunos ejemplos: el panadero vende una barra de pan a X sabiendo

2 Generalmente, conductas lícitas, inocuas e intercambiables.

3 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 33.

4 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 33.

5 Por su parte, AMBOS, utilizando la definición de WOHLLEBEN, considera como conductas neutrales toda acción «que el que actúa hubiese llevado a cabo frente a cualquier otro que se encuentre en el lugar del autor, porque con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados» AMBOS, KAI, “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001, pág. 196. En lo personal, esta definición, además de no resultar muy clara, no logra captar todos los elementos más relevantes de la problemática en cuestión. En cambio, WEIGEND sí se acerca en mayor medida a una descripción más clara y completa de los distintos elementos que conforman estas conductas ya que, según el autor, en la mayoría de los casos de actuaciones neutrales se puede afirmar que una persona, concientemente, ha facilitado a otra la comisión de un delito, pero, por otro lado, su conducta individualmente considerada no se corresponde con la típica imagen de la participación criminal, sino que se mantiene dentro de los parámetros de lo que socialmente se espera de un “ciudadano normal” o de un funcionario o empleado (vendedor, empleado de banca) en el cumplimiento de sus funciones (WEIGEND, THOMAS, “Los límites de la complicidad punible” en *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación –II*, 2005-2, Dir. Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, pág. 64). Para JAKOBS, hay «un ámbito de actuación conjunta dolosa o imprudente en el comportamiento de otras personas, que realiza objetivamente el tipo, sin responsabilidad por esta “intervención” en sentido amplio. Este ámbito se caracteriza por el hecho de que el “interviniente” realiza una aportación que en sí misma es inocua y cotidiana y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso» JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 842.

que éste la utilizará para matar a su propia esposa; un taxista transporta a un cliente, de Z a Y, sabiendo que éste último pretenderá cometer en Y un asesinato.⁶

III. Ubicación del problema en la teoría del delito

Las opiniones que se han dado sobre la ubicación de las conductas neutrales en la teoría del delito han sido, *grosso modo*, tres: a) la que niega toda relevancia de análisis de dichos casos en cualquier nivel de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, cualquier conducta de cooperación o de prestación de ayuda causal para el resultado debe ser considerada complicidad punible; y en última instancia, se acude a la teoría de la pena para graduar su castigo;⁷ b) la que sí admite la relevancia penal de estas conductas, pero considera que el marco de análisis es el de la justificación;⁸ c) la que también admite la relevancia penal de estas acciones pero ubica el problema en el tipo penal.

En la actualidad, es ampliamente mayoritaria la doctrina que ubica la problemática de las conductas neutrales en el *tipo penal*, v. gr., ROXIN, OTTO, AMBOS, FRISCH, JAKOBS, WEIGEND, SCHÜNEMANN, SCHUMANN, SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, FEJOO SÁNCHEZ. No obstante, la gran diferencia que debe destacarse entre ellos es la siguiente: algunos autores brindan la solución en el tipo *subjetivo*, es decir, hacen depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente, mientras que otros ubican el tema en un nivel de análisis anterior, vale decir, en el tipo *objetivo*.⁹

IV. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva

6 Ambos ejemplos corresponden a JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal” en *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, pág. 216.

7 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 51 y 52. En nuestro Código Penal (en adelante C.P.), una interpretación de esta índole estaría avalada por la falta de límites expresos en la regulación del art. 45. Sobre la base de una interpretación literal de dicho precepto sería posible llegar a una conclusión de tales características. En definitiva, se trata, por un lado, de una postura extensiva del castigo de la complicidad; y por el otro, comprensiva de una concepción causal-naturalística del injusto que, en la actualidad y según la doctrina alemana y española en la materia, es absolutamente minoritaria. Esta sería la postura de nuestro Tribunal Superior de Justicia de Córdoba.

8 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 51. La conducta neutral excluye la antijuridicidad penal. Básicamente, se fundamenta en el cumplimiento de las normas sectoriales que regulan las actividades profesionales (p. ej., abogacía).

9 Todo esto se desarrollará con mayor detenimiento *infra*. A mi modo de ver, AMBOS no sería coherente en sus planteos. Por un lado, afirma que la ubicación del asunto es en el tipo objetivo, pero, por otro lado, su solución depende de si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual (tipo subjetivo). *Vid.*, AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 199 y 205.

Antes de continuar, hay un dato importante que debe ser tenido en cuenta y es el siguiente: es verdad que las teorías objetivas difieren sustancialmente de las subjetivas, y viceversa, pero hay un punto importante en común entre ambas doctrinas; las dos pretenden *establecer criterios de aplicación restrictiva*¹⁰ de la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales.

IV.1. LÍMITES SUBJETIVOS. Los partidarios de esta corriente definen si una conducta, objetivamente neutral, es punible atendiendo al *grado de conocimiento* que tiene el primer interviniente con respecto al fin delictivo del autor del delito. Uno de los máximos defensores de esta corriente de pensamiento es ROXIN. Este autor distingue, en primer lugar, si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual.¹¹ Si actúa con dolo directo en relación al fin delictivo del autor (segundo sujeto), además, deberá demostrarse «si el aporte al hecho tiene un significado delictivo, es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible».¹² Por el contrario, se excluye la punibilidad si, a pesar de conocer el fin delictivo del autor, el aporte tiene un sentido *legal*, es decir, tiene sentido con independencia del hecho principal.¹³ Si el primer sujeto obra con dolo eventual, como regla general, debería *excluirse la punibilidad* porque, según ROXIN, le está permitido confiar (principio de confianza) en que otros no

10 Las teorías subjetivas pretenden establecer una restricción de la responsabilidad del cómplice, pero más acotada que la prevista por las teorías objetivas. ROXIN es contundente al responder a la siguiente pregunta: ¿es posible castigar como cómplice a quien vende en un comercio un destornillador sabiendo claramente que el comprador lo quiere para cometer un robo?, «Pienso que sí» «No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano. Sin embargo, tampoco pretendo sancionar cualquier favorecimiento de actividades delictivas» ROXIN, CLAUS, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 177 y 178. También es importante destacar que la solución que se considere más conveniente a esta problemática estará supeditada a la concepción dogmática que se asuma en relación al fundamento del injusto y a la relevancia que se le otorgue a los denominados conocimientos especiales.

11 Según ROXIN el «supuesto normal es aquel en el que el sujeto que proporciona el medio o instrumento delictivo no sabe seguro qué es lo hará el adquirente con él. En las hipótesis de dolo eventual, en que el tendero le vende un cuchillo a un sospechoso, debe concluirse la impunidad; al contrario de lo que sucede si concurre dolo directo. Por eso, en el caso en que hay una pelea delante de una tienda y uno de los contendientes entra a comprar un cuchillo, si el tendero se lo vende responde a título de participación» ROXIN, CLAUS., “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 205.

12 AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 203; WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 65.

13 AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 203.

cometerán hechos punibles salvo que dicha suposición sea desvirtuada por una *reconocible propensión al hecho* del tercero.¹⁴

Muy críticos con el criterio de la referencia de sentido delictivo de ROXIN, entre otros, SILVA SÁNCHEZ,¹⁵ JAKOBS,¹⁶ WEIGEND¹⁷ y SCHÜNEMANN.¹⁸

OTTO, en términos similares a ROXIN, también es partidario de darle una relevancia decisiva al elemento subjetivo. Sin embargo, OTTO distingue las acciones neutrales según se realicen en el ámbito laboral o en el privado. En el primero, pretende no castigar cuando el interviniente no conoce positivamente que su conducta puede ser utilizada para un fin delictivo. En cambio, en las acciones neutrales de carácter privado considera suficiente que el interviniente «crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el peligro».¹⁹

De igual modo, es partidario del límite subjetivo el *BGH*.²⁰ Su posición queda enmarcada en el siguiente párrafo: «Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda lo sabe, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar

14 AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 203; WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 65 nota 5.

15 SILVA SÁNCHEZ cuestiona el criterio utilizado por ROXIN por considerarlo sumamente ambiguo (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 202). ROXIN, en el mismo texto, responde que «ha pretendido combatir...ante todo, la tesis de que la intervención en un hecho delictivo mediante una acción neutral es, sin más, impune. Un criterio de distinción puede ser del de si el fin delictivo aparece, para la acción, en primer plano o, por el contrario, es secundario» *idem.*, pág. 203.

16 También JAKOBS señala que el criterio de ROXIN es ambiguo (JAKOBS, GÜNTHER, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 203).

17 WEIGEND, entre las distintas críticas vertidas sobre el criterio de ROXIN, afirma: «Finalmente, se le puede oponer a ROXIN la cuestión de si, realmente, los elementos subjetivos pueden ser importantes para decidir la tolerancia social de una acción que objetivamente contribuye a la realización de un delito, pues que una misma conducta –como la entrega de una llave– pueda ser castigada como complicidad si quien la entrega actúa con dolo directo, o impune si sólo percibía el riesgo de su realización, nos llevaría a un “Derecho Penal de la intención”» WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 65 y 66. También HASSEMER se muestra contrario al criterio subjetivo de ROXIN. De acuerdo a HASSEMER, la impunidad del autor a partir del dolo se presenta “demasiado tarde”, pues el centro de gravedad de la imputación en un Derecho Penal del hecho debe quedar en el campo de lo objetivo (HASSEMER según WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 66 nota 7).

18 El criterio utilizado por ROXIN «encorseta demasiado la solución del problema» SCHÜNEMANN, BERND, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 204.

19 AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 203. AMBOS, si no lo interpreto mal, también se deja seducir por la corriente subjetiva. Este autor, considera que el «aporte al hecho adquiere un fin determinado [carácter delictivo] mediante el dolo del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en “conocedor” del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: “El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo”» AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 205.

20 *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania).

pierde siempre el carácter de “cotidiano”; ha de definirse como “solidarización” con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como “socialmente adecuado”...Por el contrario, si el que presta ayuda no sabe cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo considera posible entonces su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo el caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecer a un autor reconociblemente propenso al hecho».21

IV.2. LÍMITES OBJETIVOS. Se considera, por un importante sector de la doctrina, que el análisis correcto de la situación debe llevarse a cabo en sede del tipo objetivo. En general, los autores que niegan el castigo de las conductas neutrales en el tipo objetivo argumentan en base a razones de carácter pragmáticas22 y sistemáticas.23

En nuestros tiempos es claramente minoritario el sector de la doctrina que defiende, conjuntamente con una discutida concepción que fundamenta el castigo de la participación, la exclusiva necesidad de la presencia de causalidad y dolo para comprender que una conducta de favorecimiento a un hecho principal es antijurídica. En este sentido, es ampliamente reconocido que, a la hora de analizar cualquier forma de intervención en el delito, la mera causalidad no es suficiente para afirmar la imputación de la conducta. Además, hay un importante consenso en considerar que el mismo tipo objetivo de la complicidad necesita de restricciones.24

21 BGH, wistra 1999, pág. 459 y 460. Fallo citado por AMBOS, KAI, ob.cit., pág. 203 y 204.

22 FRISCH introduce en el estudio de la cuestión dos principios: el principio de idoneidad y el de autorresponsabilidad. En el primero, considera que «allí donde se trata de objetos o prestaciones que se pueden vender, alquilar, entregar o producir sin ningún inconveniente, una prohibición concebida para el que las ejecuta casualmente con mala intención no comporta el más mínimo efecto de protección para el mundo de los bienes jurídicos puesto que el perjudicado por los efectos de la prohibición podría acudir en todo momento y sin ningún riesgo a otras personas de las que recibiría fácilmente esas prestaciones». En cuanto al segundo, «cuanto más cotidiana es una determinada acción y cuanto más concierna su aplicación delictiva a un autor autorresponsable, más difícil es hallar una razón convincente para fundamentar la punibilidad del partícipe» FRISCH, citado por ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 72 y nota 72.

23 «...si se considera que la cuestión relativa a la relevancia penal de las conductas neutrales de intervención en el delito cae de pleno dentro del ámbito de la libertad general de actuación, de ahí se desprende que se trata de un problema a resolver en el marco de la relevancia del riesgo desde el punto de vista objetivo que estas conductas comportan para los intereses o bienes penalmente protegidos. El lado subjetivo de estas conductas debe supeditarse al análisis previo de su relevancia objetiva, en tanto que el objeto del dolo o imprudencia es siempre el lado objetivo de la conducta» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 72.

24 Así, ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 79 y 80.

Estas restricciones se han ido trazando de la mano de las siguientes teorías: a) prohibición de regreso; b) adecuación social; c) adecuación profesional; d) solidarización con el injusto ajeno; e) incremento del riesgo; f) principio de confianza y autorresponsabilidad.²⁵

En forma breve, se tratarán de describir las características principales de las distintas teorías previamente descriptas:

a) Es importante distinguir a qué teoría de la prohibición de regreso nos estamos refiriendo. A grandes rasgos podemos hablar de tres: teoría clásica de FRANK; la nueva teoría de la prohibición de regreso; y la diseñada por JAKOBS. Las diferencias entre una u otra teoría son relevantes. Mientras que la teoría clásica se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la nueva teoría parte, en términos generales, de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes prejurídicos (dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad); por último, la teoría de JAKOBS se confecciona de forma exclusivamente normativa, esto es, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico;

b) La teoría de la adecuación social ha sido ideada y creada por WELZEL. Según este autor, «...las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto», incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal;²⁶

c) En general, las distintas contribuciones de la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria con respecto a los hechos delictivos cometidos por sus clientes. Se constata, de tal forma, la aplicación de la teoría de la adecuación social de WELZEL pero supeditada siempre a contextos y actividades profesionales determinados y expresamente regulados. Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la actividad profesional que desempeña

²⁵ Otros criterios objetivos propuestos por la doctrina serían, p. ej., el de SCHÜNEMANN. Este autor expone, en primer lugar, preguntarse si la prohibición de la acción cotidiana de que se trata constituye un medio eficiente en términos político-criminales para evitar lesiones de bienes jurídicos; en segundo lugar, propone como criterio el del «grado de realización del hecho». El autor, se contentaría con una «cláusula general, normativa, de naturaleza preventiva y referida al bien jurídico» SCHÜNEMANN, BERND, ob.cit., pág. 204 y 205; WEIGEND aporta el criterio denominado el «efecto de favorecimiento efectivo» que tenga la conducta de complicidad y del correspondiente incremento del riesgo. Según el autor, «como cómplice responde aquel que realiza dolosamente una acción para favorecer el hecho antijurídico de un tercero en tanto que su acción favorezca efectivamente la ejecución o la tentativa de realización del hecho principal» WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 75. Sin embargo, el propio autor reconoce los defectos de su criterio al decir: «Una distinción cuantitativa como la que aquí propongo tiene, en general, la ventaja de la elasticidad, pero, al mismo tiempo, la desventaja de la falta de previsibilidad y vinculación intersubjetiva de sus soluciones» *Idem.*, pág. 76.

²⁶ WELZEL, citado por ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 93. La crítica más significativa que se le ha formulado a WELZEL ha sido aquella que la considera una fórmula excesivamente vaga e imprecisa.

y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno. Uno de los principales defensores de esta posición es HASSEMER;

d) SCHUMANN es quien elabora la teoría relativa a la solidarización con el injusto del autor. El autor parte de una concepción distinta sobre el injusto de la participación delictiva, criticando la teoría de la causación al considerar que sus soluciones son incompatibles con el principio de autorresponsabilidad.²⁷ Para SCHUMANN la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular *desvalor del acto*, consistente en la solidarización con el injusto del autor. «La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno, esto es, se “coloca de manera identificable de parte del injusto”»;²⁸

e) ROXIN es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido;

f) El principio de confianza puede ser, también, utilizado para establecer los límites de la participación punible. Se opina que «quien realiza una aportación que en sí misma es conforme a Derecho, no tiene por qué contar con el uso incorrecto (delictivo) que un tercero haga, a pesar de que ello sea previsible o probable»;²⁹

g) Se considera que en la base del principio de confianza se encuentra el de autorresponsabilidad, mediante el cual «...no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la del otro. En este sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta cuidadosamente impedir las consecuencias que resulten de la conducta descuidada de otro individuo. La autorización para confiar en el

²⁷ ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 101 y 102.

²⁸ ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 102. ROBLES PLANAS destaca que SCHUMANN utiliza el criterio de la solidarización con el injusto ajeno tanto como fundamento de su concepción del injusto del partícipe como criterio de imputación objetiva. El criterio de la solidarización sirve a la interpretación restrictiva del tipo objetivo del partícipe. Dos sub-criterios que SCHUMANN utiliza para concretar su idea son: la cercanía con el hecho (es decir, si se produce –o no– en fase de tentativa) o el favorecimiento del hecho ajeno en la esencia de su injusto. *Idem.* pág. 103.

²⁹ ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 107. El principio de confianza tiene, originariamente, una importante aplicación en el ámbito de la circulación de vehículos, extendiéndose a todos aquellos sectores en donde exista una marcada división del trabajo. Desde otro punto de vista, uno de los pilares de la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS es, justamente, el principio de confianza. JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pág. 253 y ss.

comportamiento correcto de los terceros se da en tanto los terceros sean sujetos responsables y a cuya propia esfera de responsabilidad se le deban imputar sus propias infracciones».30

IV.2.a En el ámbito de los límites de naturaleza objetiva³¹ me detendré brevemente en el análisis de las teorías propuestas por JAKOBS, FRISCH y ROBLES PLANAS.

JAKOBS,³² fundamenta la exclusión de la punibilidad del cómplice sobre la base de dos ejes fundamentales de su teoría: en primer lugar, su concepción de la prohibición de regreso;³³ y en segundo lugar, su tesis de los roles. A los fines de poder determinar el carácter dominante -o no- del fin delictivo, se debe acudir al sentido objetivo de la acción, lo que coincide, según JAKOBS, con la idea de *rol*.³⁴

Para JAKOBS, en un primer momento de su estudio, lo importante es determinar «en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias».35 De esta forma, considera que es posible excluir la responsabilidad del primer interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, en aquellos casos en donde sea dable un distanciamiento de aquél. Es decir, la cuestión decisiva es determinar si una conducta debe anexarse al plan delictivo del autor o si, por el contrario, se puede distanciar de dicho plan.³⁶ Ahora bien, ¿cuándo se daría este distanciamiento? Cuando «su

30 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 109.

31 También es partidario de establecer un límite objetivo: STRATENWERTH. Este autor, partiendo de un criterio sumamente restrictivo, considera delictiva una conducta de cooperación cuando la *única finalidad imaginable* (único sentido posible) de la misma es el favorecimiento del delito. La justificación de este criterio se centra en que resulta «difícilmente sostenible en un Estado de Derecho criminalizar acciones cotidianas que externamente están del todo en consonancia con el Derecho sólo por el hecho de que el sujeto que obra llegue a saber más o menos casualmente o cuente con que otro sujeto las podría desviar hacia finalidades delictivas» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 285. También defienden el criterio objetivo FEJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial” (en línea). Dirección URL: www.indret.com, Barcelona, 2009, pág. 43 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Ateliers, Barcelona, 2005, pág. 90 y ss., ambos autores con especial referencia a la responsabilidad penal del asesor. Para este último, «si la actividad es “standard” o “estereotipada” el comportamiento no es delictivo». Por el contrario, afirma la punibilidad «cuando el asesor [fiscal] procede a una “reorganización” de su conducta en términos delictivos que la sitúan por completo fuera del ámbito del “standard” profesional» *idem.*, pág. 94 y 95.

32 JAKOBS propugna la idea en la cual los distintos aspectos destacados aisladamente por algunos autores (p. ej., teoría de la adecuación social, prohibición de regreso clásica, principio de confianza y fin de la norma) deben reunirse en una *teoría general* si lo que se pretende es lograr una imputación penal que se lleve a cabo sistemáticamente (JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pág. 843).

33 De acuerdo a JAKOBS, «un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida». Se «trata de casos en los que un autor desvía hacia lo delictivo el comportamiento de un tercero que *per se* carece de sentido delictivo» JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, ob.cit., pág. 216.

34 JAKOBS, GÜNTHER, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, ob.cit., pág. 203.

35 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pág. 843 y 844.

36 JAKOBS, GÜNTHER, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado” en *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006, pág. 370. Afirma JAKOBS que «en los casos en los que

comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción...del ejecutor, pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. El “interviniente” no ha pretendido ningún riesgo especial».37 De acuerdo al autor, la «causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito, y esto significa...actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla».38 Por el contrario, afirma la responsabilidad del primer interviniente cuando éste define «su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, [cuando] sólo puede motivarse por el plan delictivo».39

En un segundo momento de análisis, JAKOBS relativiza su criterio inicial. Lo reformula hacia la idea de configuración de la prestación de forma que se adapte al contexto delictivo. Esto es, el partícipe «específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento».40 Con la idea de concretar el sentido objetivo del comportamiento, JAKOBS acude, por un lado, a la configuración

concorre un comportamiento que no es directamente lesivo, es necesario averiguar cuándo hay razones para que el plan del otro atañe a quien causa de manera mediata» *idem.*, pág. 371.

37 JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, ob.cit., pág. 844. Según el autor, «tal comportamiento puede ser distanciado del plan delictivo y no defrauda, sino que es parte de un mundo que inevitablemente contiene causas de lesiones y que sólo recibe de otras personas con plan delictivo su configuración defraudadora, configuración cuya irrelevancia respecto de la seguridad de expectativas ha de garantizar y garantiza el Derecho penal a través de la imputación al autor del plan delictivo» JAKOBS, GÜNTHER, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, ob.cit., pág. 372. Más claro JAKOBS al decir: «la causación está exenta de responsabilidad si quien causa de modo mediato no es garante de la evitación de tal curso lesivo...y ni actúa configurando un mundo con plan delictivo...ni lo toma como base de su comportamiento...» *idem.*, pág. 374.

38 JAKOBS, GÜNTHER, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, ob.cit., pág. 381. Para JAKOBS «el hecho de que no todo atañe a todos separa a la imputación de la red de la causalidad» *idem.*, pág. 382. Sin perjuicio de lo dicho, JAKOBS no descarta el castigo por la infracción de un deber de solidaridad (omisión de socorro) JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, ob.cit., pág. 251.

39 JAKOBS, GÜNTHER, “La prohibición de regreso en los delitos de resultado”, ob.cit., pág. 374. También, «cuando quien causa de forma mediata adapta su comportamiento al plan de otro», «cuando quien causa de manera mediata conforme a los principios de delito impropio de omisión es garante de que no se produzcan daños derivados de comportamientos delictivos en el bien amenazado...o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro» *idem.*, pág. 374.

40 JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, ob.cit., pág. 253. El autor también afirma la responsabilidad del partícipe cuando la prestación que éste realiza es peligrosa en sí misma. Se trata de prestaciones que suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas (p. ej., entrega de armas sin licencia; materiales radioactivos no autorizados; suministro de explosivos o estupefacientes cuya circulación está prohibido o restringida). *Idem.*, pág. 252.

específica de la conducta; y por el otro, al *contexto* en el que ésta se enmarca.⁴¹ Por último, se debe resaltar que, en la teoría de este autor, los conocimientos especiales son irrelevantes.⁴²

Una clara aplicación de la doctrina de JAKOBS en la jurisprudencia española, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 95/2002 (sección 15ª), de 19 de abril del 2002, ponente: Alberto Jorge Barreiro, en donde se resuelve la impunidad del acusado a título de cooperador necesario en un delito contra la hacienda pública.

Por otro lado, FRISCH parte de una idea central en su análisis, a saber: la ponderación entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. FRISCH opina que «la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido por exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida. Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos –la mala voluntad-, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros».⁴³

Para el autor, «debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que

41 JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, ob.cit., pág. 254. Un *contexto marcadamente delictivo* puede, según JAKOBS, fundamentar una imputación excepcional del hecho aún cuando el comportamiento es una conducta por sí misma estereotipada como adecuada en la sociedad. *Idem.*, pág. 254. Al autor se le podría criticar que no lleva su tesis hasta las últimas consecuencias, es decir, según su propia lógica dicha conducta adecuada socialmente debería ser impune y, en última instancia, sancionarse penalmente por el incumplimiento de los deberes de solidaridad.

42 «Quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde, y ello con independencia de lo que piense y conozca...» JAKOBS, GÜNTHER, “La imputación objetiva en Derecho Penal”, ob.cit., pág. 254.

43 FRISCH, WOLFGANG, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 203 y 204. Según FRISCH: a) los elementos subjetivos no son suficientemente idóneos para solucionar los casos que se proponen; b) la vía de solución debe encontrarse en los límites objetivos; c) las conductas neutrales se mueven, por lo general, en el ámbito de la libertad jurídica de actuación; d) se excede dicho ámbito cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo; y por último, e) se admite la posibilidad del castigo por incumplimiento de un deber general de solidaridad (omisión del deber de socorro).

como posibilidad o facilitación de una conducta delictiva ajena».44 Sólo será ilícita aquella conducta con un *indudable* significado delictivo, esto es, cuando la conducta se acomoda de tal manera a la posibilidad o facilitación de la conducta delictiva del ejecutor que, su propio contenido de sentido, se agota en dicho favorecimiento o posibilidad.

FRISCH busca concretar su principio atendiendo a los siguientes criterios: la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice; que éste actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber.45

Por último, analizaré la posición de ROBLES PLANAS. Para él, no se tiene, con carácter general, la obligación de velar por las consecuencias de la propia conducta cuando aún falta por actuar un sujeto autorresponsable. Es una excepción a dicha regla, cuando de la propia conducta se desprende la obligación de velar por las consecuencias. Según el autor, esto se origina, bien porque se tiene una determinada posición jurídica, o bien porque la conducta muestra una configuración tal que se adapta al comportamiento delictivo ajeno. También, en los supuestos de lesión inminente de un bien fundamental, si existe una posición jurídica, conforme las reglas generales, ésta va a determinar la imputación por intervención.46

ROBLES PLANAS, considera como criterios de imputación: a) la infracción de los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone; b) en los ámbitos que no existen deberes especiales, adopta un criterio restrictivo de punibilidad consistente en la adaptación de la conducta al hecho.

a) En relación al primer criterio de imputación, la presencia de deberes especiales fundadores de posiciones de garante es un factor que, ante el incumplimiento del mismo, puede conducir a la imputación del resultado siempre y cuando dicho incumplimiento adquiera objetivamente un sentido de cooperación delictiva.47 ROBLES PLANAS considera preferible utilizar el término *posición jurídica*, en vez de posición de garantía. Se quiere destacar que el ordenamiento jurídico atribuye deberes que obligan a quien ocupe una determinada posición a tener en consideración la posterior actuación del tercero a los fines de la propia conducta.48

El autor opina, también, que las posiciones jurídicas, según su terminología, pueden tener un significado y alcance distinto atendiendo si se trata del *control o vigilancia de*

44 FRISCH, citado por ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 285 y 286.

45 WEIGEND, THOMAS, ob.cit., pág. 70.

46 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 310.

47 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 293.

48 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 294.

conductas de terceros sobre ciertos bienes o del aseguramiento de determinados objetos peligrosos. En relación al primer supuesto, se afirma que únicamente a partir del momento en que el sujeto ha asumido, efectivamente, el control o vigilancia de ciertas conductas, colocándose desde ese momento en una posición de especial relevancia para la evitación de conductas delictivas de terceros, será posible determinar la intervención en el delito posterior para el caso que incumpla los deberes previamente asumidos.⁴⁹

En igual modo, en lo atinente a los deberes de *aseguramiento de objetos*,⁵⁰ la creación de un riesgo desaprobado sólo puede afirmarse en tanto en cuanto exista un deber especial. Tal deber de aseguramiento sólo nace cuando al ámbito de organización pertenecen objetos que, por su especial peligrosidad, quedan excluidos del ámbito de disponibilidad general. Se trata siempre de riesgos especiales porque dichos objetos tienen una aptitud especial para lesionar bienes ajenos, pero por su utilidad se permite su tráfico, posesión o uso siempre que se respete la *normativa sectorial* (v. gr., otorgamiento de autorizaciones o licencias).⁵¹ Esta normativa sectorial es esencial para la constitución de los deberes de aseguramiento de objetos peligrosos (p. ej., armas de fuego, explosivos, sustancias nocivas).⁵² Si no existe

49 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 294. Son ejemplos del supuesto que se analiza, los funcionarios públicos que ostentan el deber de control o vigilancia de personas peligrosas; los deberes del empresario con respecto a las conductas de sus empleados y los deberes de los encargados de establecimientos públicos por las conductas de sus clientes. ROBLES PLANAS establece ciertas limitaciones en aras a concretar la imputación por intervención en el delito no evitado. Tanto en el caso de los funcionarios de policía como en el de los empresarios en relación a sus dependientes niega la existencia de una posición de garantía de carácter general. Por el contrario, en el caso del funcionario de policía exige, en primer lugar, la comprobación, en el caso en concreto, de que la conducta del funcionario de policía que no impide la comisión del delito supone «un efectivo favorecimiento» del mismo. Esto se dará sólo cuando de la situación concreta se derive que la actuación del funcionario habría impedido la conducta lesiva y, además, aquél había asumido, específicamente, su control. En segundo lugar, reduce la posición de garantía a la evitación de los peligros respecto de los que existe la expectativa social de que serán institucionalmente evitados (vida, integridad física, libertad y patrimonio). Al margen de dichos bienes jurídicos sólo será posible imputarle al funcionario la existencia de un delito de omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos. En el caso del empresario sólo responde en la medida en que pueda afirmarse la existencia de un deber de evitar que surjan peligros de su *propio* ámbito de organización. Sólo cuando el empresario define delictivamente (creación de un riesgo especial) el marco en el que debe actuar el dependiente es garante de los delitos que éste pueda cometer (p. ej., actividades *ab initio* no autorizadas; actividad lícita referida a objetos peligrosos que generan un deber de aseguramiento y el empresario no adopta las precauciones necesarias) ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 295 y 296.

50 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 297. Se refiere a determinados objetos que sólo pueden transmitirse si se comprueba, previamente, que el receptor posee ciertas capacidades que le permiten su acceso y le hacen sujeto idóneo de la posesión de los mismos.

51 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 298.

52 El autor descarta la venta y/o cesión de vehículos de automotor por considerar que no hay una posición jurídica diferenciada. Por otra parte, es en este marco en donde el autor soluciona los clásicos ejemplos del *cazador* o del *guardarropa*. Quien deja una pistola cargada en su abrigo o quien cuelga una escopeta en un perchero quedando a disposición de cualquier tercero, infringe los deberes derivados de su posición jurídica: «la autorización para la tenencia de armas u otros objetos peligrosos impone al poseedor el deber de evitar que caigan en manos de personas no autorizadas». ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 298 y 299.

ninguna regulación específica que establezca el marco de los deberes específicos de aseguramiento, los criterios de imputación sobre la existencia de intervención en el delito serán otros (adaptación de la conducta del interviniente al hecho delictivo).

b) La infracción de los deberes derivados de la posición jurídica que ocupa el sujeto configura sólo el primer criterio de imputación de las conductas de intervención en el delito. En este acápite, estamos en presencia de supuestos en donde *no* existen deberes especiales, es decir, objetos y prestaciones disponibles por cualquiera. Lo importante será, para la imputación al primer interviniente, el *contexto*. Entendido éste como «su configuración para la comprobación de que el primer sujeto ha recortado su conducta de tal manera que encaje en el hecho del segundo, por un lado, y la situación (normativa) de la víctima, por otro lado».53 La configuración de la conducta debe crear las *condiciones específicas* de la comisión del hecho delictivo, es decir, debe crear con su conducta un riesgo especial de que ésta sea continuada hasta el delito.54

De lo dicho, en contextos de venta de objetos que pueden adquirirse libremente así como de prestaciones profesionales estandarizadas, no habrá, en general, razones para afirmar que la conducta de quien vende o transmite el bien o de quien realiza la prestación contiene un riesgo especial de continuación delictiva. «La propia *ubicuidad* de los bienes o la *fungibilidad* de las prestaciones impiden hablar de la existencia de una configuración especial de la conducta para el hecho finalmente acaecido. Cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, mas concernirá su aplicación delictiva al autor autorresponsable...».55

Para poder afirmar la imputación del interviniente, es decir, para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprobado será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo (adaptación al hecho delictivo posterior). Lo fundamental, en esta concepción, es si la conducta previa realmente está configurada delictivamente. Como ya se ha manifestado con anterioridad, el contexto juega un papel superlativo en la teoría que se analiza. No es tanto la

53 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 304.

54 Existirá «un riesgo penalmente desaprobado en la medida en que puedan hallarse configuraciones de la conducta de quien obra en primer lugar que contengan riesgos especiales de continuación delictiva. En efecto, aunque no existan deberes especiales de vigilancia o control de terceros o de objetos peligrosos puede suceder que el sujeto configure su conducta como parte del proyecto delictivo del segundo interviniente, de tal manera que contenga un riesgo especial de continuación delictiva» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 305.

55 Aclara ROBLES PLANAS, con «este criterio no se está afirmando que el cumplimiento de un *rol profesional* libere, sin más, de responsabilidad penal, sino que teniendo en cuenta el contexto en el que se verifican estas conductas, no habrá, por regla general, razones para afirmar que contienen un riesgo especial de que sean continuadas hacia lo delictivo» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 305.

obtención de un criterio general válido para todos los casos lo que se pretende, sino de hallar aquellas circunstancias o datos que pueden tener una cierta relevancia para interpretar la existencia de una conducta de intervención. ROBLES PLANAS, destaca, por una parte, el *inicio de la tentativa* como medio de ayuda para interpretar el sentido de la conducta del sujeto;⁵⁶ y por la otra, la *clase de bien* (ubicuidad o fungibilidad) que tiene por objeto la aportación.⁵⁷

Por todo lo expuesto hasta el momento se desprende, a criterio de ROBLES PLANAS, una regla general que dice: «no se tiene el deber de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones a no ser que exista una posición jurídica específica o bien que el sujeto actué adaptando su conducta a un plan ajeno».⁵⁸ No obstante, queda pendiente de estudiar un grupo de casos en donde no hay posiciones jurídicas especiales ni adaptación de la conducta del interviniente al plan delictivo del autor. Simplemente, el primer interviniente favorece un hecho delictivo ajeno que está teniendo lugar o va a tener lugar de forma *inmediata*.⁵⁹ A la pregunta de si, ¿se tiene la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo inminente?, el autor responde *negativamente*.⁶⁰ La solución, según esta posición, es la imputación al primer interviniente por la *infracción de un deber general de solidaridad*. Sin embargo, se reconoce expresamente que la infracción de un deber de solidaridad mínimo *no* recogería todo el desvalor que representa la prestación activa del

56 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 306

57 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 307. Para el autor, los casos extremos no presentan dificultades. Existirá conducta de adaptación «en la medida en que el sujeto recorte especialmente su conducta para hacerla encajar en el hecho simultáneo o posterior. Estos son los casos habituales de cooperación en el delito. Especialmente evidentes son aquellos supuestos en los que el primer sujeto se adapta a una *petición* específica del autor. Así, el acompañamiento hasta el lugar del hecho para asegurar la huida...En el otro extremo, resultará fácil negar la adaptación en contextos altamente regulados. En ellos, será por regla general, el estándar normativo el que marque de manera objetiva la frontera entre lo que cae dentro de lo permitido y lo que ya puede interpretarse como conducta de adaptación a las necesidades de otro» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 307.

58 ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 307 y 308. EL MISMO, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 82.

59 Algunos ejemplos: a) el dependiente de una tienda de bricolaje vende un hacha a uno de los contendientes de una riña que está teniendo lugar enfrente de la tienda; b) A entra en una armería con su víctima a quien quiere matar. Tras mostrarle la oportuna licencia de armas al vendedor le pide que le venda una pistola para asesinarla allí mismo; c) el hotelero entrega las llaves de una habitación a quien trae consigo a una persona amordazada; d) el camionero transporta bienes de contrabando desde un lugar a otro. Los ejemplos fueron extraídos de ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 308.

60 Desde esta perspectiva, no habrá conducta de intervención en el delito cuando la venta se produce en un establecimiento dedicado a la venta de cuchillos; cuando se alquila una habitación a quien trae consigo a una persona amordazada; cuando el camionero transporta bienes de contrabando. «En efecto, *siempre que no exista otros datos* que permitan interpretar tal acción como una adaptación específica al hecho posterior, el mero dato de la venta, el contrato de alquiler...o el transporte no son aún suficientes para afirmar que entre el primer sujeto y el hecho posterior existe una relación normativa para la imputación a título de intervención en el delito» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 312. De otra opinión, JAKOBS y FRISCH. El primero funda una imputación excepcional atendiendo al *contexto marcadamente delictivo*. El segundo lo hace sobre la base del *bien jurídico afectado*.

favorecimiento al hecho.⁶¹ Por tal motivo, el autor considera que estaríamos ante supuestos de infracciones *agravadas* de deberes de solidaridad, donde la agravación se fundamenta en la presencia de una conducta causal y consciente de la infracción del deber de solidaridad.⁶² La propuesta, *de lege ferenda*, de ROBLES PLANAS es la creación de una figura delictiva que prevea la infracción de un deber de solidaridad agravado con una pena acorde al desvalor del hecho, específicamente, un ilícito penal de omisión del deber de impedir determinados delitos.⁶³

Sobre la base de los criterios desarrollados, ROBLES PLANAS⁶⁴ considera que la mayoría de los casos de conductas neutrales quedan fuera de la complicidad en el delito.⁶⁵

V. Conclusiones

Del estado de la cuestión actual se desprende, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia internacional,⁶⁶ una necesidad político-criminal de limitar el ámbito de la complicidad punible de aquellas acciones que facilitan la ejecución del delito de manera

61 «...la solución mediante la imputación de un delito de omisión del deber de socorro suele parecer insuficiente, mientras que la imputación de la conducta a un tipo de participación suele parecer excesiva. En efecto...el empleado de la tienda que vende un cuchillo al contrincante de una pelea que tiene lugar delante de la cuchillería deberá responder únicamente por infringir los deberes de solidaridad mínima y, sin embargo, no cabe desconocer que esta conducta se antoja más grave que la del espectador que desde la otra acera observa cómo la víctima acaba siendo apuñalada sin hacer nada para impedirlo» ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 313; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, ob.cit., pág. 102.

62 Cfr. también ROBLES PLANAS, RICARDO, *Garantes y cómplices*, ob.cit., pág. 100 y 101.

63 Tanto FRISCH como JAKOBS ya habían afirmado la posibilidad del castigo, en determinados casos, por la infracción de un deber de solidaridad (omisión de socorro). También, LESCH, HEIKO, “Intervención delictiva e imputación objetiva” (en línea). Dirección URL: www.cienciaspenales.net, pág. 964 nota 218, es partidario de un posible castigo por la infracción de éste deber. No obstante, lo novedoso del planteo de ROBLES PLANAS es la creación de una figura (que prevea un deber de solidaridad) que contenga, mediante la imposición de una pena acorde al desvalor del hecho, toda la gravedad del mismo.

64 La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 34/2007, de 1 febrero del año 2007, RJ\2007\3246, ponente: Enrique Bacigalupo Zapater, menciona el criterio de adaptación al plan delictivo del autor. Asimismo, destaca que «una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal. El fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que garantiza la Constitución».

65 En los siguientes ejemplos, a criterio de ROBLES PLANAS, no existe infracción de deberes especiales preexistentes ni tampoco puede hablarse de que el sujeto configure su conducta adaptándola específicamente al hecho: el panadero A que vende una barra de pan a B sabiendo que éste la utilizará para envenenar a su esposa; los trabajadores que transportan materiales de origen delictivo de un lugar a otro. Sobre estos ejemplos y otros, ROBLES PLANAS ob.cit., pág. 316. Ahora bien, según la tesis de este autor tales conductas *no* quedarían impunes ya que les sería imputables la infracción *agravada* de un deber de solidaridad (omisión del deber de impedir determinados delitos). ROBLES PLANAS, RICARDO, ob.cit., pág. 318.

66 «En estos supuestos es necesario comprobar que la acción de colaboración tenga un sentido objetivamente delictivo y que ello sea conocido por el que realiza una acción que, en principio, es socialmente adecuada» Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), nº 34/2007, de 1 febrero del año 2007, RJ\2007\3246, ponente: Enrique Bacigalupo Zapater.

absolutamente excepcional, sobrepasando lo que es habitual en el marco de los contactos sociales. Es por ello que, precisamente, se buscan criterios de naturaleza subjetivos u objetivos tendientes a restringir la responsabilidad del cómplice por conductas neutrales.

Mientras la doctrina y la jurisprudencia internacional debaten y aplican los criterios que se van elaborando con el correr del tiempo, nuestra doctrina y jurisprudencia parecen no hacerse eco de tales avances dogmáticos. Resulta común no encontrar, en los manuales tratados o comentarios al C.P. nacional,⁶⁷ desarrollos o aplicaciones relativas a las conductas neutrales. En igual medida, no es fácil encontrar sentencias que apliquen la teoría de las conductas neutrales al caso en concreto. Una excepción, en la jurisprudencia de nuestro país, es el reciente fallo de la Cámara Criminal de 6ª Nominación de Córdoba, Sentencia n° 15, 07/05/2009, autos «Borillo Sandra Graciela y otro p.s.a. Abuso sexual con acceso carnal agravado, etc.».⁶⁸ Esto es una clara demostración de la orfandad y la necesidad de un debate serio en nuestro ámbito científico y práctico que nos permita seguir evolucionando en la obtención de aquellas herramientas dogmáticas para una mejor aplicación del Derecho.

Por último, considero que, no obstante un estudio más profundo del tema, en general, la teoría objetiva sería la más conveniente a los fines de brindar una solución más adecuada de la cuestión planteada y, en concreto, me resulta sumamente interesante la posición de ROBLES PLANAS.

VI. Bibliografía

AMBOS, KAI, “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n° 8, Madrid, 2001.

BREGLIA ARIAS, OMAR; GAUNA, OMAR R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T. 1, 6ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2007.

67 Por ejemplo, NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal*, T.2, 2ª reimpresión, Lerner, Córdoba, 1987, pág. 265 y ss.; EL MISMO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4ª ed. actualizada por Spinka y González, Lerner, Córdoba, 1999, pág. 241 y ss.; SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. II, Tipográfica Editora Argentina, Bs. AS., 1989, pág. 275 y ss.; DONNA, EDGARDO A., *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 1998, pág. 53 y ss.; ZAFFARONI, EUGENIO R., SLOKAR, ALEJANDRO, ALAGIA, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ediar, Bs.As., 2002, pág.791 y ss; BREGLIA ARIAS, OMAR; GAUNA, OMAR R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, T. 1, 6ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Bs.As., 2007, pág. 461 y ss.; DAYENOFF, DAVID E., *Código Penal. Comentado. Anotado con jurisprudencia*, García Alonso, Bs.As., 2009, pág. 99 y ss.

68 Actualidad Jurídica, Penal, n° 139, pág. 9329/9331, 2009. Debo agradecer esta referencia a DEBORA FERRARI y DIEGO DEI VECCHI, amigos y compañeros del Estudio Jurídico «Gramática & Asoc.». Asimismo, aprovecho la ocasión para agradecerles, a mi hermano GABRIEL y a FABIÁN BALCARCE, las consideraciones realizadas a este trabajo.

- DAYENOFF, DAVID E., *Código Penal. Comentado. Anotado con jurisprudencia*, García Alonso, Bs.As., 2009.
- DONNA, EDGARDO A., *La autoría y la participación criminal*, Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 1998.
- FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial” (en línea). Dirección URL: www.indret.com, Barcelona, 2009.
- FRISCH, WOLFGANG, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- LESCH, HEIKO, “Intervención delictiva e imputación objetiva” (en línea). Dirección URL: www.cienciaspenales.net.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal*, T.2, 2ª reimposición, Lerner, Córdoba, 1987.
Manual de Derecho Penal, Parte General, 4ª ed. actualizada por Spinka y González, Lerner, Córdoba, 1999.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
“Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
“La imputación objetiva en Derecho Penal” en *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006.
“La prohibición de regreso en los delitos de resultado” en *Moderna dogmática Penal. Estudios compilados*, 2ª ed., Porrúa, México, 2006.
- ROBLES PLANAS, RICARDO, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales, Atelier, Barcelona, 2007.
- ROXIN, CLAUS, “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
“Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- SCHÜNEMANN, BERND, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000.
El nuevo escenario del delito fiscal en España, Ateliers, Barcelona, 2005.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, T. II, Tipográfica Editora Argentina, Bs. AS., 1989.
- WEIGEND, THOMAS, “Los límites de la complicidad punible” en *Revista de Derecho Penal. Autoría y participación -II*, 2005-2, Dir. Edgardo A. Donna, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., SLOKAR, ALEJANDRO, ALAGIA, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Ediar, Bs.As., 2002.



CENTRO DE INVESTIGACIÓN INTERDISCIPLINARIA
EN DERECHO PENAL ECONÓMICO