

LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA, La complicidad delictiva y la actividad laboral <<cotidiana>> (Contribución al <<límite mínimo>> de la participación frente a los <<actos neutros>>), Comares, Granada, 2002, 271 págs.

***La complicidad delictiva en
los negocios
(Contribución al <<límite mínimo>>
de la participación frente a los
<<actos neutros>>)***

**Jon-Mirena LANDA GOROSTIZA
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea**

(DEDICATORIA)

A Ana, Francisco Xabier, Andoni y Anastasia

SUMARIO

ABREVIATURAS	5
NOTA DEL AUTOR.....	6
1.- INTRODUCCION.....	7
1.1. ASPECTOS DOGMÁTICOS Y PRIMERA DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	8
1.2. PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL: ENTRE LA “DOGMÁTICA SIN CONSECUENCIAS” Y UNA ACTITUD CONSTRUCTIVA.....	21
1.3. CONSTELACIONES DE CASOS Y MÁS DELIMITACIONES DEL OBJETO DE ESTUDIO	30
1.4. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.....	31
2. CONSTELACIONES DE CASOS: CLASIFICACIÓN.....	32
2.1. SUPUESTOS DE “SATISFACCIÓN DE NECESIDADES VITALES”	34
2.2. CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES JURÍDICAS NO ESPECÍFICAMENTE PENALES	35
2.3. PARTICIPACIÓN EN NEGOCIOS DE INTERCAMBIO DE BIENES O SERVICIOS	37
3. LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA SOBRE LOS ACTOS NEUTROS EN LA COMPLICIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	41
3.1. TEORÍAS SUBJETIVAS	44
3.1.1. <i>La postura tradicional de la jurisprudencia alemana.....</i>	<i>44</i>
3.1.2. <i>Pervivencia doctrinal de las tesis subjetivas: la postura de SCHILD TRAPPE.....</i>	<i>45</i>
3.2. TEORÍAS OBJETIVAS “PURAS”	50
3.2.1. <i>El “sentido delictivo” (o equivalente) de la contribución como criterio rector: bases comunes de las tesis objetivas “puras”.....</i>	<i>53</i>
3.2.1.1. <i>Las tesis de JAKOBS, FEIJOO SANCHEZ y FRISCH: líneas convergentes</i>	<i>53</i>
3.2.1.2. <i>La “solidaridad con el injusto ajeno” como “sentido delictivo” ¿objetivo?</i>	<i>59</i>
3.2.1.3. <i>Recapitulación.....</i>	<i>61</i>
3.2.2. <i>Criterios materiales subyacentes al “sentido delictivo”</i>	<i>62</i>
3.2.2.1. <i>La “cercanía” al hecho delictivo principal</i>	<i>63</i>
3.2.2.2. <i>Otros criterios complementarios.....</i>	<i>67</i>
3.2.2.3. <i>¿Irrelevancia del “conocimiento” de la resolución delictiva ajena?.....</i>	<i>70</i>
3.2.3. <i>Algunas conclusiones provisionales</i>	<i>76</i>

3.3. TEORÍAS MIXTO-OBJETIVAS	79
3.3.1. <i>Precisiones terminológicas e introductorias.....</i>	79
3.3.2. <i>Cuestiones sistemáticas generales: un diagnóstico común.....</i>	82
3.3.3. <i>Conocimientos especiales y clase de dolo</i>	85
3.3.4. <i>Resultados: ¿mayor intervención? Subcriterios.....</i>	92
3.3.5. <i>Recapitulación y más conclusiones provisionales</i>	97
3.4. TEORÍAS MIXTO-SUBJETIVAS.....	100
3.4.1. <i>El dolo eventual como <<indicio>> de impunidad de la contribución: la posición de ROXIN.....</i>	105
3.4.2. <i>Exclusión de responsabilidad en casos de dolo eventual: la posición de OTTO</i>	110
3.4.3. <i>Conocimiento, dolo y neutralidad: ulteriores precisiones.....</i>	113
3.4.4. <i>Resultados.....</i>	122
4. TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES.....	125
5. CONCLUSIONES DE POLITICA CRIMINAL	140
6. ANÁLISIS DE LAS CONSTELACIONES DE CASOS SEGÚN LA TESIS DEFENDIDA.....	144
BIBLIOGRAFÍA.....	150

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
Coord	Coordinador/es
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal
ed	edición/editor/es
GA	Goldammer's Archiv
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
PJ	Revista del Poder Judicial
p/pp	página/páginas
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología
StV	Strafverteidiger
s/ss	siguiente/siguientes
STS	sentencia del Tribunal Supremo (si no se especifica, sala 2ª)
trad	traducido/traductor/es
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuer-strafrecht (Revista de derecho penal económico y fiscal)
ZStW	Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft

NOTA DEL AUTOR

La presente contribución es el resultado de la culminación de lo que fue el segundo ejercicio del concurso-oposición a una plaza de profesor titular de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco que se celebró –y obtuve- en noviembre de 2001. Quiero agradecer a los miembros del Tribunal (Profes. Dres. Adela Asua Batarrita, M^a Asunción Colás Turégano, José Luis de la Cuesta Arzamendi, José Luis Díez Ripolles y Luis Ramón Ruiz Rodríguez) las sugerencias, críticas y observaciones que realizaron y que, en la medida de lo posible, he procurado tener en cuenta en esta publicación.

Estando ya prácticamente redactado este trabajo y asentada, por tanto, la estructura fundamental del mismo pude manejar, gracias a la amabilidad de su autor, las “pruebas” de la monografía sobre esta misma problemática del Prof. Dr. Isidoro Blanco Cordero (*Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*) que ha visto la luz en noviembre de 2001. Por la importancia de la obra he procurado incorporarla en las notas a pie de página pero no con la extensión que, sin duda, hubiera requerido.

Por último un cuádruple agradecimiento. En primer lugar, a la Profa. Dra. Adela Asua Batarrita por su “invisible” y “difusa” –pero imprescindible y real- labor de orientación y corrección de rumbos que desde la generosidad y auténtica vocación universitaria transmite a sus colaboradores. En segundo lugar, al Prof. Dr. Michael Köhler por su hospitalidad al acogerme en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Hamburgo y por las fructíferas discusiones que se desarrollaron, especialmente, en los seminarios que sobre esta misma temática tuvo la amabilidad de organizar en su Cátedra para facilitar el trabajo que ahora llega a puerto. En tercer lugar, al Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco por la financiación del Proyecto de investigación PI-1999-150. Y, en cuarto lugar, tanto al Prof. Dr. Carlos M^a Romeo Casabona como al director de la editorial Comares D. Miguel Ángel Del Arco Torres por haber posibilitado y alentado esta publicación.

1.- INTRODUCCION

1. La referencia a la “neutralidad” de los actos de complicidad exige una **aclaración terminológica** pues, a pesar de que parece irse consolidando esta denominación en la literatura tanto germánica como española¹, e incluso en la jurisprudencia alemana², no deja por ello de entrañar una cierta ambigüedad y hasta una contradicción en sus propios términos. En efecto, podría parecer que al referirnos a la “neutralidad” de la aportación del partícipe se estuviera delimitando una suerte de constelación de supuestos de complicidad punible pero que por sus características particulares darían una apariencia de comportamiento irrelevante penalmente. El término estaría así invitando a una profundización interpretativa que advierte al mismo tiempo de la apariencia engañosamente inócua de determinadas cooperaciones al delito. Desde la perspectiva contraria la mención a la neutralidad de la aportación sugiere más bien la identificación de grupos de casos que situados en el límite entre la relevancia e irrelevancia jurídico-penal deben quedar finalmente fuera del ámbito de prohibición de las normas punitivas.

¹ La literatura que **específicamente** se ocupa del tema es fundamentalmente germana ya que como infra, en esta misma introducción, daremos cuenta, allí es donde se ha producido originariamente lo que podríamos denominar la “fase moderna” de la discusión. Véase, sin ánimo de exhaustividad, el cuerpo central de doctrina sobre el que descansa el presente trabajo en: JAKOBS, *Regreßverbot*, p. 1 ss.; DEL MISMO, *Strafrecht*, p. 696 ss.; DEL MISMO, *Akzessorietät*, p. 253 ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*; FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 230 ss. y p. 280 ss. (especialmente p. 295 ss.); ROXIN, *Bemerkungen*, p. 177 ss.; DEL MISMO, *Leipziger Kommentar*, § 27, 16 ss.; DEL MISMO, *Zum Stafgrund*, p. 365 ss.; DEL MISMO, *Was ist*, p. 501 ss.; DEL MISMO, *Strafrecht*, § 24, 26 ss.; MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281; HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, pp. 41 ss., 81 ss.; NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 507 ss.; TAG, *Beihilfe*, p. 49 ss.; RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 41 ss.; PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del § 13, 142 ss.; WEIGEND, *Grenzen*, p. 197 ss.; OTTO, *Vorgeleistete Strafreitelung*, p. 193 ss.; DEL MISMO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 436 ss.; AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 9 ss.; LÜDERSEN, *Beihilfe*, p. 329 ss.; WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 425 ss.; DEL MISMO, *Hilfeleistung*, p. 169 ss. También, en un nivel más informativo, las tesis doctorales de SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, *passim*; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, *passim*; y WOHLLEBEN, *Beihilfe*, *passim*.

A pesar del dominio de la literatura alemana comienzan a producirse sólidas contribuciones entre nosotros como la monografía de FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, especialmente p. 73 ss.; o la de BLANCO CORDERO, *Límites*. También, con anterioridad, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 253 ss.; o los estudios sectoriales de BLANCO CORDERO, *Negocios*, p. 263 ss.; DEL MISMO, *El encubrimiento*, p. 11 ss.; y DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 971 ss.; y de GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 401 ss., desde la perspectiva de su incidencia en los delitos llevados a cabo a través de los medios de comunicación de masas y la regulación del artículo 30 CP 1995.

Para una exposición de la repercusión de la discusión en la doctrina específicamente suiza, austríaca e incluso en el mundo anglosajón véase BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 112 ss., 125 ss. y 133 ss.

² MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281 alude a una sentencia del Tribunal Supremo Federal del año 1984 (BGH 3 StR 515/84) en la que se hace referencia a “actos externamente neutrales”. WOHLERS, *Hilfeleistung*, p. 169, destaca que en la **sentencia del Tribunal Supremo Federal de 20.09.1999** se alude **por primera vez de forma explícita, y no meramente indirecta, a la cuestión de la “neutralidad”** de la contribución. El supuesto de hecho versa sobre la asesoría jurídica que presta un abogado a petición de un empresario que se dedica a “negocios especulativos” (*Warenterminhandel*) y que se concreta en la elaboración de un folleto informativo que, según se considera probado, tenía la función de neutralizar las posibles objeciones de los potenciales clientes de no estar suficientemente informados sobre los riesgos de los negocios que se les proponían. El empresario quería dar una impresión de seriedad a pesar de que perseguía únicamente fines fraudulentos. La cuestión se plantea en torno a la calificación como complicidad punible en un delito de estafa por parte del abogado. A este respecto mientras que el tribunal de instancia le condenó, el Tribunal Supremo Federal en la sentencia aludida “suspendió” el fallo recurrido por haberse llevado a cabo una valoración de la prueba que adolecía de errores jurídicos. Puede consultarse la sentencia en *NStZ* 2000, p. 34 ss.

La “neutralidad” en el primer caso no empece a su castigo como una clase determinada de complicidad; en el segundo es la conclusión que se impone tras la valoración interpretativa del supuesto que lleva a declarar la exclusión del castigo.

2. La Real Academia Española de la Lengua define la voz “neutral” como aquella que “no es de uno ni de otro”³. Con ello, por supuesto, no se puede estar haciendo referencia dentro del campo jurídico-penal a conductas de cooperación que, a la vez, sean y no sean punibles o que, simultáneamente, tengan y no tengan relevancia típica. Pero más allá del rigor filológico en el uso de la acepción su fortuna puede deberse al valor plástico y gráfico de una expresión que de forma sugerente evoca los límites de la complicidad punible o, con otras palabras, ese espacio intermedio de contornos difusos entre lo que, por un lado debe calificarse como participación punible y, por otro lado, no es sino una conducta inócua, “neutra”, no merecedora de reproche penal. La expresión viene a subrayar, de forma sintética, un estado de la cuestión discutido y polémico –del que enseguida habremos de ocuparnos- que abarca un más o menos amplio conjunto de casos límite cuya calificación jurídico-penal suscita viva controversia.

3. Por ello parece obligado y oportuno mantener en la presente contribución su utilización tal y como lo viene haciendo la literatura aunque en aras de superar su ambigüedad conviene matizar su uso en el sentido más preciso y propio de tildar de “neutra” o “neutral” aquella contribución que haya de quedar al margen del castigo penal: lo neutro será así a lo largo de estas páginas casi siempre lo opuesto a lo punible⁴.

1.1. Aspectos dogmáticos y primera delimitación del objeto de estudio

1. La neutralidad de determinadas constelaciones de casos no es un problema exclusivo de la complicidad. Tampoco es un problema nuevo por más que los términos bajo los que se presenta resulten novedosos. Y, en cualquier caso, se dista mucho en el estado actual de la discusión doctrinal de poder afirmar que ni siquiera se vislumbren en el horizonte las líneas maestras para poder precisar con cierta nitidez el objeto del problema, el ámbito de controversia y, menos aún, sus vías de solución. Nos encontramos, en términos dramáticos, en el “ojo del huracán” y en un estadio de confusión e “inflación” de contribuciones doctrinales con alusión a problemas tan diversos y de tanto calado (alcance, criterios y función de la imputación objetiva; conveniencia de ampliar las posiciones de garantía; concepción del dolo y su relación con el aspecto subjetivo; relación entre las conductas de complicidad y los delitos de peligro abstracto; teoría de la participación, límites y fundamento de la accesoriedad, etcétera) que requiere una delimitación previa del objeto de este trabajo. Pero vayamos por partes pues es necesario, en primer lugar, dar una visión global de los problemas de índole dogmático que subyacen al tema que nos ocupa para, a continuación, entrar a delimitar los aspectos que centrarán nuestra atención.

³ <<Neutral>>. “Que no es de uno ni de otro; que, entre dos partes que contienden, permanece sin inclinarse a ninguna de ellas.” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, 20ª ed.

⁴ NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, pp. 507 y 508, ya advierte que la denominación de contribución “neutral” o “neutra” es semánticamente discutible pues parece dar a entender que fuera posible distinguir esta categoría de la complicidad punible destacando, acertadamente, que no hay una “complicidad en sí misma”, esto es, al margen del fin al que se dirige.

2. Una primera aproximación a la literatura alemana⁵ que de forma explícita y específica se ocupa del problema de la “neutralidad” de determinadas contribuciones a hechos delictivos ajenos arroja un resultado relativamente claro: se trata al parecer de un problema principalmente de delimitación de algunos supuestos límite que por desarrollarse como contribuciones en el marco de la actividad laboral, cotidiana, habitual, suscitan dudas sobre su calificación en el caso concreto como cooperación punible⁶. Mayoritariamente se hace referencia a **conductas de eventual complicidad** y con especial atención a supuestos que tienen que ver con la vida laboral del presunto cooperador como, por ejemplo, el caso de un director de compras de una empresa que, sin ser el gerente, tiene conocimiento de que se infringen las normas protectoras del medio ambiente. Su actividad no tiene una responsabilidad directa en dichas infracciones pues quedan al margen de su poder de decisión. Sin embargo, ¿el hecho de que tenga una implicación directiva en la empresa y conocimiento de la actividad delictiva determina algún tipo de responsabilidad a título de cómplice?⁷ Los ejemplos se pueden multiplicar pero antes de entrar en una exposición y clasificación más detallada de las constelaciones de casos⁸ conviene subrayar que es a partir de este núcleo principal desde el que cabe ir identificando las diversas ramificaciones del problema de la “neutralidad” hasta desembocar en un panorama de tal complejidad que ha llevado, con razón, a WEIGEND a denunciar que la abundante literatura al respecto lejos de ir aclarando los términos de la discusión no ha hecho sino oscurecerla y complicarla aún más⁹.

⁵ Como va a poder comprobarse a lo largo del trabajo se trata ésta de una discusión que en su versión “moderna” arranca con la contribución de JAKOBS, *Regreßverbot*, p. 1 ss. (existe traducción al castellano, con algunas modificaciones, en JAKOBS, *La prohibición*, p. 241 ss.) que a finales de los años 70 obtiene el mérito de incardinar este problema entre los debates de la Parte General y al que seguirán, sobre todo en la década de los años 90, y todavía hoy en día, un amplio conjunto de contribuciones en el marco de un debate avivado por algunos casos de delincuencia en el ámbito económico y empresarial de gran repercusión social en Alemania y que enseguida van a referirse.

⁶ Como es sabido la regulación alemana y española respecto de las conductas de participación es diferente en cuanto que el CP distingue dos formas de cooperación (necesaria o no). El objeto de estudio en esta sede ha sido, sin embargo, planteado en el “**límite mínimo**” de la complicidad –cooperación no necesaria- por lo que la referencia genérica a las conductas de cooperación según la normativa alemana habrán de entenderse, salvo matización expresa, desde esta perspectiva.

⁷ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281. Una exposición en esta línea en relación con los empleados subalternos que en ocasiones realizan de modo directo los vertidos, extracciones, aterramientos o depósitos contaminantes puede encontrarse en SILVA, *Delitos*, p. 37, quien asegura que en la práctica no son objeto de persecución penal debiendo buscarse la fundamentación de su impunidad en que el aspecto de incidencia en el medio ambiente “se encuentra por completo al margen de la esfera de competencia y decisión”. Tales sujetos “se limitan a desarrollar su trabajo en términos perfectamente **neutros**” (realzado en negrita nuestro). Se reconduce así la fundamentación, aún de modo inconsciente, a lo que SILVA denomina la doctrina del <<comportamiento standard>> la cual llevaría a ni siquiera acusar en estos casos en que las conductas son <<ordinarias>> en el marco de una relación laboral y respondiendo al ejercicio adecuado de un determinado rol.

⁸ Véase *infra*, apartado 2.

⁹ WEIGEND, *Grenzen*, p. 198. En el mismo sentido BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 30. En un plano más general, aunque en un tono quizás excesivamente pesimista, cabe traer a colación la reflexión de SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 40 ss., cuando desde la perspectiva de la sociología del conocimiento denuncia la tendencia al eclecticismo de una parte de la ciencia jurídico-penal alemana caracterizada por una convivencia desordenada de los más diversos puntos de vista valorativos y métodos, modas de argumentación y perspectivas problemáticas que, según el autor, en su proyección sectorial en muchas ocasiones no contribuye a una clarificación progresiva según se prolongue la discusión sino que, por el contrario, cuanto más dura aquélla el panorama pasa a ser más complejo.

2.1. Con el afán de ir arrojando luz y a efectos expositivos cabe así identificar en primer lugar el problema de la “neutralidad” como una cuestión de límites de la complicidad punible. Así lo reconoce expresa o tácitamente, como acabamos de señalar, el sector mayoritario de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión. Con todo un sector significativo de autores enmarcan este problema desde una perspectiva más general como una cuestión de **límite de toda conducta de participación dentro de la discusión sobre el alcance de la teoría de la imputación objetiva**¹⁰. Al tantear el “límite mínimo” de la participación parece como si los fundamentos debieran replantearse y se estudia la legitimidad del castigo de casos límite de contribución a hechos delictivos ajenos a partir de una reconstrucción sistemática con base en las modernas tendencias de la teoría de la imputación objetiva.

Ello no debe sorprender pues, como ya advertía entre nosotros TORIO LOPEZ, la teoría de la imputación objetiva no debe ser asumida exclusivamente en el estrecho marco de los delitos de resultado sino que, en cuanto principio metódico superior, sus manifestaciones han de proyectarse igualmente sobre otros sectores de la teoría del delito a lo largo de la cual estaría ésta diseminada y, por tanto, también al campo de la participación criminal¹¹. Desde este punto de partida, por tanto, no es difícil de comprender que la discusión en sede de complicidad acabe por reconducirse a los criterios de imputación objetiva¹².

2.2. Esa retroacción hacia los fundamentos tiene otra clave de comprensión desde la perspectiva de la función que el **aspecto subjetivo** despliega en la definición de las constelaciones de casos de comportamiento “neutral”. Es lugar común en la literatura la relación de una serie de ejemplos académicos¹³ que a pesar de su irrelevancia y alejamiento de la práctica forense son traídos a colación porque permiten llevar al extremo las argumentaciones y revelar los puntos clave de discusión¹⁴: es el caso de quien entrega un refresco a aquel que está

¹⁰ Este es el planteamiento del que parte entre nosotros, por todos, FEIJOO, *Límites*, pp. 11 y 12; y BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 147 ss. En la literatura alemana véase en tal sentido, por todos, JAKOBS, *Regreßverbot*, p. 1 ss.; DEL MISMO, *Strafrecht*, p. 696 ss. (existe traducción al castellano DEL MISMO, *Derecho*); DEL MISMO, *Akzessorietät*, p. 253 ss. (existe traducción al castellano DEL MISMO, *Accesoriedad*, p. 125 ss.); FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 230 ss. y p. 280 ss. Insistimos en que la ubicación de la cuestión en la discusión sobre los criterios de imputación objetiva es absolutamente dominante pero varía la postura de aquéllos autores que parten de una aproximación más inductiva con base en casos concretos en sede de complicidad y la de quienes, como los señalados, parten de una perspectiva más general con un desarrollo más estructural del problema subyacente con relación a las instituciones de la Parte General.

¹¹ Por ahora TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 35; DEL MISMO, *Fin de protección*, p. 384. Véase todavía *infra*, punto 1.2. en esta misma introducción.

¹² Que para un significativo y creciente sector doctrinal es tanto como decir criterios o elementos de la propia tipicidad por cuanto tienden hacia una ampliación progresiva de la teoría de la imputación objetiva como reformulación de la propia tipicidad. Así, de forma precursora entre nosotros, TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 41 ya se manifiesta favorable a equiparar imputación objetiva con tipicidad; DEL MISMO, *Fin de protección*, p. 383 ss. Véase también SUAREZ GONZALEZ/CANCIO MELIA, *La reformulación*, p. 50 ss., con una síntesis aquilatada de este sector doctrinal y ulteriores referencias bibliográficas tanto de la literatura alemana como española.

¹³ Véase, por ejemplo, los que relaciona WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 426.

¹⁴ El tema, sin embargo, presenta una indudable vertiente práctica en el ámbito de la delincuencia económica y de la actividad empresarial. No es casualidad que las recientes decisiones jurisprudenciales en el ámbito germánico hagan referencia a este campo como en el denominado <<**caso de la carne de antilope**>> en el que, primero el tribunal de apelación (Cantón de Basilea), y posteriormente en el año 1993 (13.10.1993) el Tribunal Supremo de Suiza, condenaron a una empresa proveedora de carne como cómplice en un delito de estafa. La empresa en cuestión entregó en torno a 400 toneladas de carne de antilope africano que posteriormente fue vendida por la empresa compradora como carne europea. El

robando y lo solicita por el esfuerzo que le supone el desarrollo de la actividad delictiva¹⁵; o el de quien vende una laya para el jardín a quien acaba de ver abandonar una pelea que todavía continúa a la puerta de su establecimiento¹⁶. Sin ninguna duda al margen de un contexto delictivo el hecho de proporcionar un refresco o la venta de elementos de jardinería o de un destornillador¹⁷ son conductas del todo irrelevantes para el derecho penal (“neutras”) pero –y así se plantea la cuestión- la discusión se inicia allí donde el sujeto que, por ejemplo, presta el servicio de venta *tiene conocimiento –más o menos seguro, más o menos fundado en datos objetivables- del actuar delictivo* del destinatario de la prestación en cuestión. Tal y como HASSEMER pone de manifiesto a la hora de definir lo que haya de entenderse por “actos neutrales”, lo característico de éstos no puede ser captado mediante una contemplación externa sino que será lo “interno” lo que trastoca el significado del comportamiento dependiendo de la comprensión y calificación del hecho de los conocimientos adicionales que tiene el sujeto en cuestión y de los que no necesariamente dispone el expectador objetivo¹⁸.

Abstrayéndonos del marco de proyección de la cuestión de la neutralidad de la contribución en sede de participación el problema esencial se reconduce sistemáticamente, siguiendo a MIR PUIG, al debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar este siglo acerca de las bases de la teoría del delito: a saber, el del papel de lo objetivo y lo subjetivo en el interior de dicha teoría¹⁹. Nos encontramos ante supuestos en los que parece decidirse la tipicidad con base esencialmente en la pura voluntad de favorecimiento de conductas ajenas, o en el mero conocimiento de su posterior utilización delictiva, pero sin que haya al parecer una correlativa aportación objetiva del eventual partícipe de suficiente entidad y concreción respecto del hecho delictivo principal. La conducta neutra, habitual, cotidiana, que el sujeto lleva a cabo todos los días (venta de pan, de utensilios de ferretería; transacciones económicas a través de la red bancaria; conductas de venta o de provisión de materias primas en el tráfico económico-empresarial...) sin tacha posible ninguna de antijuridicidad, fungiría así como base objetiva endeble sobre la que se proyectan las dudas de si no juega más bien el papel de coartada o excusa para una intervención que se decide desde un principio, *a priori*, por el desvalor de

Tribunal hace responsable también a la empresa proveedora por haber vendido con conocimiento de que la venta iba a ser delictiva [puede consultarse una descripción de los hechos más detallada en Bundesgerichtsentscheidungen –BGE- 119 IV 112, y en WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 426, que desarrolla asimismo un estudio de la más reciente jurisprudencia suiza (p. 425 ss.)]. Respecto de Alemania debe traerse a colación el caso del <<Dresdner Bank>> en el que se investigó la posible complicidad de los empleados del banco en delitos contra la Hacienda Pública (puede consultarse al respecto la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23.03.1994 en *Wistra* 1994, p. 221 ss.) o el ya señalado *supra* del abogado que elabora folletos informativos en negocios de especulación (sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 20.09.1999, *NStZ* 2000, p. 34 ss). Todo ello determina que junto a la discusión dogmática sobre también un especial interés la perspectiva político-criminal a la que todavía en esta introducción habremos de referirnos.

Conviene subrayar que cuando hemos hecho referencia a la delincuencia en el ámbito económico y empresarial ésta debe entenderse en un sentido criminológico, esto es, siguiendo a MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Parte General*, p. 66 ss., en un sentido notablemente más amplio que el estrictamente jurídico y comprensivo, por tanto, de figuras de delitos patrimoniales clásicos como, en el ejemplo antecitado, la estafa. Baste de momento con esta indicación que será completada inmediatamente en lo que sigue, particularmente al hilo de las consideraciones político-criminales *infra*, apartado 1.2., en esta misma introducción.

¹⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 290.

¹⁶ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 264.

¹⁷ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunwert*, p. 54.

¹⁸ HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 42.

¹⁹ MIR PUIG, *Sobre lo objetivo*, p. 661.

intención del sujeto que demuestra con su actuación su solidaridad con el delincuente o el mero desinterés ante la eventual utilización delictiva de su contribución a la que no renuncia, no obstante, por el interés lucrativo de su negocio. La asimetría de lo objetivo y lo subjetivo a favor de esto último levanta la voz de alarma sobre el riesgo de una excesiva subjetivización del tipo y, yendo más lejos aún, sobre el riesgo de materialización del denostado derecho penal de autor que castigue la pura intención (*Gesinnungsstrafrecht*) contraviniendo de raíz el <<principio del hecho>>.

Esta pugna de equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo es, por cierto, dentro de la propia teoría de la imputación objetiva una de las cuestiones que, siguiendo a TORIO LOPEZ, compromete el propio destino teórico de la misma²⁰. Destino que depende de que se presenten de forma satisfactoria y coherente el conjunto de datos –¿también subjetivos?– que en definitiva condicionan el juicio de imputación ¿(puramente) objetiva? El problema de fondo apunta por tanto al propio objeto de valoración del injusto, a la materia de prohibición y a la cuestión de si cabe ya en sede de tipicidad objetiva tomar en consideración –y hacer por tanto depender de ellos– diversos datos “subjetivos”. Este es, también a nuestro juicio, el auténtico “nudo gordiano” destacado una y otra vez en un plano general por MIR PUIG²¹ y que tendrá a lo largo de este trabajo particular la función de estructurar y centrar el discursar del mismo, encaminándose hacia un intento de clarificación de sus implicaciones en los límites de la complicidad.

2.3. Desde este mismo punto de vista de la importancia que juega el aspecto subjetivo y, en particular, el conocimiento delictivo, resultan recurrentes los esfuerzos por dar una respuesta a este conjunto de supuestos “neutros” en coordinación con las **figuras de omisión pura y de comisión por omisión**²².

Se advierte, por una parte, del riesgo de que una excesiva subjetivización de los tipos de participación, especialmente de la complicidad, puede derivar en una aceptación implícita de posiciones de garante genéricas que servirían para exigir responsabilidad por el hecho de que se conozca que el autor principal va a cometer un delito, al margen, por tanto, de que se produzca de forma simultánea una actuación favorecedora eficaz en el tipo objetivo. La alusión a la conducta “neutra” no dejaría de ser una coartada para exigir responsabilidad por comisión cuando en realidad la exigencia de responsabilidad se fundamenta únicamente en una obligación de boicot del delincuente potencial que de infringirse daría lugar a la imputación a título de partícipe²³. Metafóricamente podríamos describir la situación como de intrusión subrepticia de las

²⁰ TORIO LOPEZ, *Fin de protección*, pp. 388 y 389.

²¹ MIR PUIG, *Derecho*, pp. 233 y 234, defiende que deben deslizarse en el juicio de imputación objetiva conocimientos especiales –a los que reconoce como “datos subjetivos”– e incluso el propio carácter doloso o imprudente del comportamiento por su repercusión en el grado de peligro típicamente relevante. Ello no implicaría, sin embargo, que la imputación <<objetiva>> deje de serlo sino simplemente sacar consecuencias de la asunción de que la conducta humana es una “unidad interno-externa” y que ésta debe fungir, por tanto, ya en sede de tipicidad objetiva como objeto de valoración. Véase, para más detalles, DEL MISMO, *Función*, p. 74 ss.; DEL MISMO, *Sobre lo objetivo*, p. 665 ss.; DEL MISMO, *Antijuridicidad*, p. 13 ss. Véase, también, por el momento, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 81 ss. y 106 ss., con una exposición del estado de la discusión sobre las cuestiones, polémicas, de la toma en consideración o no de conocimientos especiales en el tipo objetivo y, en cierto modo relacionado, de la cuestión de la relevancia del aspecto subjetivo –dolo e imprudencia– a la hora de determinar la peligrosidad típica (<<grado de tendencia>>). Para un análisis más detenido nos remitimos a su consideración *infra*, apartado 3.

²² Especialmente en este sentido FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 245 ss. y 308 ss. Véase, también, FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 81 ss.

²³ Por todos, MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281.

formas argumentativas de la comisión por omisión en el tipo de complicidad por comisión produciéndose *de facto* una ampliación de las posiciones de garantía al hacer equivaler a efectos punitivos los favorecimientos eficaces con los “neutros” a partir de que el sujeto tenga conocimiento –más o menos seguro- de las intenciones delictivas del autor principal con quien comparte, por ejemplo, una transacción de bienes o servicios. Ello llevaría a una peligrosa disolución de la frontera entre la comisión activa y omisiva con un efecto expansivo del tipo de complicidad de consecuencias impredecibles.

El recurso a las figuras de omisión parece, por otra parte, obligado habida cuenta de que los casos de neutralidad de la contribución del partícipe, por su caracterización como casos límite con un claro déficit en el tipo objetivo, nos acercan a la controvertida discusión²⁴ sobre las modalidades de **complicidad psíquica y omisiva**²⁵. A la vez el dato del conocimiento de las intenciones delictivas de un tercero activa las prohibiciones que fundamentan las figuras de omisión (particularmente de omisión de deberes de impedir delitos o de promover su persecución –art. 450 CP-). La discusión se sitúa así entre la omisión pura, la comisión por omisión o el límite más bajo de la responsabilidad comisiva del cómplice.

2.4. Otra perspectiva de estudio del problema mucho más compleja se ofrece a través de la contemplación de las conductas de participación en su “límite bajo” en comparación con comportamientos que, aunque materialmente son equivalentes a conductas de complicidad, el legislador, adelantando las barreras de intervención, los ha elevado a tipos autónomos mediante la configuración de **delitos de peligro (abstracto)**²⁶. Se trata en ocasiones de encontrar en los fundamentos del castigo de estas figuras y en las limitaciones del ámbito típico que se desarrollan desde el aspecto subjetivo²⁷, líneas interpretativas que permitan perfilar los tipos de participación. Es como si corrieran de forma paralela los criterios de legitimación a la hora de configurar el “riesgo” típico en las figuras autónomas de peligro abstracto y los esfuerzos por fundamentar la intervención en casos de complicidad en donde resulta especialmente relevante el “riesgo” de utilización delictiva de la contribución por un tercero. Por ello se trae a colación esta comparación con los delitos de peligro en determinados sectores de actividad como,

²⁴ Así se manifiesta, por todos, MIR PUIG, *Derecho*, p. 409.

²⁵ Véase el estado de la cuestión, ampliamente, en LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 309 ss. y 330 ss.

²⁶ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 263, hace así referencia a determinadas “organizaciones” adelantadas que entrañan el estigma de un contexto delictivo debido a su configuración estereotípica como inadecuadas socialmente. A tales organizaciones les resultaría inherente al menos una posible utilización delictiva posterior y por ello forman unidad con la realización que supone el hecho principal. Quien lleva a cabo tal organización no puede distanciarse del delito al margen de cuál sea su voluntad concreta. Cabe imputarle, en definitiva, el inicio delictivo y, por ello, por lo general son declaradas como antinormativas como puestas en peligro abstracto (así, por ejemplo, custodia de material explosivo, drogas, armas...).

²⁷ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 25, hace referencia a las limitaciones en el tipo subjetivo de figuras de la Parte Especial, equivalentes materialmente a comportamientos de complicidad, precisamente para responder a las críticas de peligrosa derivación hacia un derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*) que se lanzan contra quienes defienden en las conductas de cooperación ciertos correctivos subjetivos.

Desde una perspectiva más amplia también resulta relativamente habitual el recurso a comparaciones estructurales con determinados delitos de peligro para así fundamentar restricciones interpretativas en el tipo de complicidad. Así, por todos, ROXIN, *Was ist*, p. 506, cuando hace alusión a los estrictos requisitos típicos del § 140 (aprobación de hechos delictivos) como límite analógico para evitar una excesiva punición de puras conductas de eventual complicidad que expresan una pura solidaridad con el hecho del autor principal. No debería ir más allá el límite “general” de punición del partícipe que los límites “especiales” que se derivan de los delitos de peligro.

particularmente los que tienen que ver con instrumentos peligrosos (armas, por ejemplo) en la medida en que se castigan conductas que suponen materialmente favorecimientos de conductas delictivas ajenas²⁸.

Esta perspectiva de estudio del problema enlaza a su vez con el papel legitimador que la normativa extrapenal del ámbito sectorial de actividad que corresponda (venta de armas, normativa bancaria, etcétera) puede desplegar. Normativa que está en la base de algunas de las prohibiciones penales configuradas a través de delitos de peligro abstracto²⁹ y que, como es sabido, exige una coordinación racional de las diversas esferas de intervención jurídica de suerte que el reproche penal suponga siempre un *plus* de ilicitud que haga posible el correcto desenvolvimiento de la función de *ultima ratio* que debería corresponder al instrumento punitivo³⁰. Se trata en definitiva de analizar la coordinación entre los distintos ámbitos jurídicos con la esfera penal a la hora de valorar si la conducta habitual, cotidiana, desarrollada en el ejercicio de la actividad laboral y con “aparente” respeto de la regulación sectorial, supone ya un manto legitimador suficiente que debe operar negando la posible relevancia penal de la conducta.

Desde una perspectiva sistemática global la consideración de los tipos de participación en su límite inferior se acercaría a similares problemas de fundamentación que los delitos de peligro abstracto resultando común a ambos las dificultades por identificar criterios que permitan justificar la relevancia típica de conductas que parecen por su insignificante aportación “objetiva” a conductas delictivas ajenas más bien integradoras de meros ilícitos administrativos.

Se enlaza también a partir de las consideraciones expuestas con el tópico de la **adecuación social** que como criterio interno dentro de la moderna teoría de la imputación objetiva juega un papel destacado en la discusión de la relevancia típica de las “conductas neutras” tal y como podremos comprobar más adelante³¹.

2.5. Otra perspectiva, evidente por otra parte, desde la que debe contemplarse el problema que nos ocupa es la que atañe a la **teoría de la participación** y su relación con el **iter criminis**: al referirnos a contribuciones al hecho delictivo principal éstas pueden llevarse a cabo antes y durante la fase ejecutiva y sin duda, como más adelante podremos observar, la relativa cercanía espacio-temporal entre los actos de participación y el desarrollo de actos ejecutivos por parte del autor principal será un criterio que, con diversos matices, es manejado por una parte de la literatura específica a la hora de trazar la frontera entre la complicidad punible y los comportamientos neutros³². Por ahora baste con avanzar que lo expuesto parece abrir perspectivas para un enriquecimiento de la discusión que lleve a delimitar con mayor precisión criterios a partir de la comparación del tipo de complicidad y su relación con el hecho principal (<<accesoriedad cuantitativa>>), por un lado, y, por el otro, a partir de los esfuerzos por delimitar

²⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 273.

²⁹ TORIO LOPEZ, *Los delitos*, pp. 827, 828, 837 ss.

³⁰ Preocupación creciente de la doctrina como se refleja, recientemente, en la sólida aportación de CORCOY BIDASOLO, *Delitos*, pp. 21-22 que enlaza el ámbito dogmático de la discusión relativa a los delitos de peligro abstracto con la controversia político-criminal relativa a la expansión del derecho penal. Véase, también, la obra fundamental de SILVA SANCHEZ, *La expansión*, especialmente, p. 97 ss.

³¹ Realiza un esfuerzo especial por adaptar el criterio de la adecuación social en el marco de la cuestión que nos ocupa HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 81 ss.

³² Véase, en tal sentido, por todos, FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 61 ss. y 72 ss.; SCHUMAN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 57 ss.; FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 289 ss.; PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del § 13, 157.

los actos ejecutivos con base en la “inmediatez” entre el acto del que se cuestiona su carácter ejecutivo respecto de aquellos otros que de forma clara realizan el tipo de la Parte especial. A pesar de las diferencias estructurales entre la teoría de la participación y la del *iter criminis* cabe sin embargo profundizar en algunos aspectos que enlazan con la “teoría de los actos intermedios” y con las dificultades para hallar un equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa³³.

2.6. El problema de la neutralidad de la contribución encuentra otro importante campo de proyección, en todo caso más sectorial³⁴, entre las conductas de **encubrimiento**. Una parte significativa de la doctrina alemana³⁵, y recientemente también entre nosotros³⁶, así lo reconoce en el tratamiento conjunto de estos supuestos con los de complicidad con alusión a casos ya clásicos en la literatura³⁷ como el de la venta de billetes para el uso de transporte público a quien se sabe que huye de la Justicia; u otros como los del expendedor de gasolina que tiene ubicado su establecimiento cerca de la frontera y que llena el depósito contra el correspondiente precio de quien sabe que es un delincuente que se está dando a la fuga; o el del empleado del banco que hace entrega del dinero al cliente que lo había depositado previamente en cuenta a pesar de que le reconoce en su calidad de prófugo en busca y captura y de caer en la cuenta de que el dinero entregado se usará para posibilitar la huida³⁸.

Todavía resulta más evidente la relación de estas conductas de favorecimiento postdelictivo con las de participación en sentido estricto en aquéllos supuestos en que, como OTTO recientemente ha subrayado, se prometa antes de la comisión del delito que los actos de encubrimiento sobre los que sea discutible su carácter de “neutrales” fueran a realizarse una vez ejecutada la acción criminal. Podría resultar absurdo que, por ejemplo, se llegara a considerar atípica la acción de llenado del depósito de gasolina del delincuente fugado como encubrimiento

³³ Véase, por todos, recientemente, ALCACER GUIRAO, *Tentativa*, especialmente, p. 45 ss. (respecto del aspecto subjetivo) y p. 54 ss. (respecto de la teoría de los actos intermedios dominante en la literatura alemana y asumida, con matices, por el autor). Véase, en otro plano, una vez más, TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 35 ss.; y DEL MISMO, *Fin de protección*, p. 384 ss., que permite una contemplación paralela de los problemas de imputación objetiva de la teoría de la tentativa y de la participación (así como de otras instituciones).

³⁴ Nos referimos así a especificidades que vienen determinadas por las características de la regulación de la Parte Especial –igual que a continuación destacaremos también respecto de las labores de asesoramiento jurídico- y que a diferencia de lo hasta ahora señalado no hacen relación por tanto tan directa a las implicaciones respecto de instituciones de la Parte General.

³⁵ Véase, por todos, FRISCH, *Zum tatbestandmäßigen Verhalten*, p. 915 ss.; DEL MISMO, *Tatbestandsprobleme*, p. 2471 ss.; KÜPPER, *Strafvereitelung*, p. 385 ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 59; NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 507; OTTO, *Vorgeleistete Strafvereitelung*, p. 192. Véase, también, el completo estudio de BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 11 ss., que hace un repaso y exposición de la doctrina alemana.

³⁶ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 11 ss.; y, también, RUIZ RODRIGUEZ, *El delito*, p. 105 ss.

³⁷ Es recurrente la referencia a VON BAR que, ya a principios de siglo, respecto de la figura del favorecimiento según el Código penal alemán de entonces (§ 257 *Begünstigung*), discutía los criterios para determinar la tipicidad de contribuciones neutrales en la esfera del encubrimiento. A este autor se debe la mención desde entonces al ejemplo -y la consiguiente discusión de su relevancia típica- de la venta de un billete transoceánico. Véase, por todos, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, pp. 59 y 60; BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 28.

³⁸ Ejemplos tomados de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, pp. 58 y 59. Más ejemplos y un análisis del problema desde la perspectiva de la regulación en el CP 1995 del encubrimiento personal en BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, pp. 14, 15 y, al hilo de la exposición de su toma de postura p. 32 ss.

pero, sin embargo, pudiera llegar a castigarse como complicidad en el caso de que esta prestación se hubiera prometido antes de la realización delictiva³⁹.

2.7. Por último, sin ánimo de exhaustividad⁴⁰, conviene destacar el especial campo de proyección que puede encontrar el problema que nos ocupa respecto de la actividad de asesoramiento que dispensan los **abogados** y, más en general, de la puesta a disposición de información jurídica. Podría pensarse en el supuesto de un abogado experto en derecho fiscal que da información técnica sobre la regulación impositiva a un cliente del que sospecha –o tiene seguridad– que va a utilizarla para intentar defraudar al fisco. Sin duda variará sustancialmente la calificación intuitiva sobre la tipicidad de estas conductas en función de los detalles relativos al contexto delictivo: así, siguiendo a JAKOBS, no parece que deba derivarse responsabilidad para quien da cumplida información de los países en los que no cabe la extradición para los autores de delitos contra la Hacienda Pública⁴¹. Por el contrario, como venimos indicando, en una reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 20.09.1999⁴² se ventila el supuesto de hecho en el que un abogado a petición de un empresario que se dedica a “negocios especulativos” (*Warenterminhandel*) elabora un folleto informativo que, según se considera probado, tenía la función de neutralizar las posibles objeciones de los potenciales clientes de no estar suficientemente informados sobre los riesgos de los negocios que se les proponía. El empresario quería dar una impresión de seriedad a pesar de que perseguía únicamente fines fraudulentos y, al parecer, el folleto informativo contribuía a la puesta en escena delictiva a pesar de que, en un contexto diferente, no consistiera más que en un suministro de información “neutro”.

Como ya se viene destacando en la doctrina alemana⁴³ constituiría éste un sector con peculiaridades propias habida cuenta de las implicaciones jurídico-constitucionales y procesales inherentes al ejercicio del derecho de defensa. Por ello no parece que puedan trasladarse, sin más, a este particular ámbito las reflexiones, criterios y conclusiones sobre las contribuciones neutras a una actuación delictiva ajena⁴⁴. Todo ello, en definitiva, hablaría a favor de un tratamiento específico y diferenciado de este conjunto de supuestos⁴⁵.

³⁹ OTTO, *Vorgeleistete Strafvereitelung*, p. 192 ss.

⁴⁰ Debe tenerse en cuenta que los problemas de Parte General implicados tienen necesariamente una proyección específica según los distintos ámbitos delictivos y la regulación particular de la Parte especial. Es ilustrativo al respecto el trabajo sectorial de BLANCO CORDERO, *Negocios*, p. 263 ss.; DEL MISMO, *El encubrimiento*, p. 11 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 971 ss., en que va analizando los contornos típicos, respectivamente, del delito de blanqueo de capitales, del encubrimiento personal y del delito de defraudación tributaria.

⁴¹ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 262.

⁴² NStZ 2000, p. 34 ss.

⁴³ Así, expresamente, WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 10, dejando desde un principio al margen del objeto de estudio esta constelación de casos.

⁴⁴ Así AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 19, quien, acertadamente, destaca los intentos de justificación fuera de la tipicidad respecto de este conjunto de supuestos.

⁴⁵ Se ocupa específicamente del problema MALLISON, *Rechtsauskunft, passim*, con una particular atención a la “información jurídica pura” (p. 18), esto es, la proporcionada no sólo por abogados o profesionales del derecho (p. 76 ss.) sino toda aquella que consista en una información sobre la situación jurídica sea o no fruto de una consulta de parte. El autor, tras un análisis del problema desde la complicidad, inducción y autoría toma postura básicamente a partir de consideraciones en sede de causas de justificación (p. 98 ss., especialmente p. 120 ss.). Véase, más recientemente, ROGAT, *Die Zurechnung*, más centrado en los profesionales del derecho y, desde una perspectiva más práctica, HÄCKER, *Wirtschaftsstrafrecht*, p. 2300 ss.

3. Sirva lo hasta ahora expuesto como primera aproximación a un tema que, por su multiplicidad de perspectivas de abordaje y por el calado de las cuestiones dogmáticas subyacentes, da pie a reproducir en su seno algunos de los problemas más discutidos y polémicos de la Parte General desde la referida a los criterios y alcance de la imputación objetiva, o la función del aspecto subjetivo en la tipicidad y su implicación en la diferenciación entre el tipo objetivo y subjetivo, hasta los límites de las posiciones de garantía, de los delitos de peligro abstracto, la teoría de la participación (complicidad psíquica, omisiva...), de la tentativa, etcétera. Ello también debería permitir entender el grado exagerado de disenso que separa a los autores que se han pronunciado al respecto lo cual, como veremos más adelante, dificulta en extremo una agrupación racional de las diversas posturas según tendencias generales⁴⁶. A ello quizás también ha contribuido el abuso del método inductivo a partir de una casuística muy heterogénea que ha determinado que cada autor ampliara o desviara el objeto de análisis en función de los casos que con diversos matices se traían a colación. Con las mismas palabras, títulos y denominaciones se discute en ocasiones sobre puntos de partida y problemas muy diferentes. Este estado de la discusión entendemos que requiere de estudios sectoriales, también desde la perspectiva de los problemas de Parte General comprometidos⁴⁷, que necesariamente habrán de esforzarse por rebajar el núcleo de problemas sobre los que fijar la atención.

3.1. En este sentido la presente contribución renuncia, como primera limitación, a un desarrollo de la cuestión desde la **perspectiva histórico-dogmática**. Ya señalábamos antes que el problema del equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo acompaña a la evolución de la teoría del delito por lo menos a lo largo del pasado siglo y siendo éste el punto clave desde el que enfocar la calificación jurídico-penal de los llamados comportamientos “neutros”, cotidianos o habituales, no debería sorprender a estas alturas que nos enfrentemos a viejos problemas con nueva terminología⁴⁸. En efecto, como destaca AMELUNG es mérito de JAKOBS que las constelaciones de casos de aparente complicidad directamente ligadas a la actividad económica (“neutrales”) hayan pasado a ser objeto de discusión de la Parte General⁴⁹ pero reconoce con la doctrina dominante la sombra del problema en algunos supuestos de la jurisprudencia alemana que nos retrotraerían por lo menos a principios del siglo XX⁵⁰.

El intento quizás más serio por situar el problema en su dimensión histórico-evolutiva ha sido inspirado por JAKOBS y algunos de sus seguidores entre los que debe destacarse la sólida aportación de FEIJOO SANCHEZ con su brillante y concisa monografía, la primera que entre nosotros aborda esta cuestión, sobre los *Límites de la participación criminal ¿Existe una <<prohibición de regreso>> como límite general del tipo en derecho penal?* En ella dedica toda la primera parte a contextualizar desde un punto de vista histórico el problema de la “neutralidad”

⁴⁶ Subraya también esa dificultad de clasificación BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 29 y 181.

⁴⁷ No nos referimos ahora, por tanto, al estudio según ámbitos delictivos sino a la necesidad de tratar las implicaciones de Parte General de forma relativamente aislada según perspectivas sectoriales para evitar un sobredimensionamiento estéril.

⁴⁸ Tal y como señala TORIO LOPEZ, *Fin de protección*, p. 383 ss., la teoría de la imputación objetiva no es en realidad tan nueva sino más bien a lo sumo una nueva manifestación del método teleológico-valorativo. Dicha teoría presenta, según este autor, una cierta fascinación lingüística pero en realidad en nada se distingue de la tipicidad. Intentar rastrear el problema de la neutralidad a lo largo de la evolución histórico-dogmática de la tipicidad como categoría desbordaría completamente el marco de este trabajo.

⁴⁹ Así se manifiesta AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 9 con relación a la contribución de JAKOBS, *Regreßverbot* de 1977, tal y como *infra* en esta misma introducción habremos de subrayar.

⁵⁰ Véase, por todos, el detallado análisis de la jurisprudencia que lleva a cabo MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 282 ss. También WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, p. 41 ss.

de las contribuciones (<<acciones neutrales>>)⁵¹ como límite normativo en los diversos tipos de participación⁵². Como el título indica, el estudio se aborda a partir del significado histórico y reformulación moderna de la <<prohibición de regreso>> y es este tópico el que esencialmente sirve de guía a la hora de trazar el objeto de estudio tanto en su dimensión sincrónica como diacrónica.

El recurso a la <<prohibición de regreso>> como tópico de resolución de estas constelaciones de casos no suscita, sin embargo, ni mucho menos, consenso en la doctrina⁵³. Puede incluso afirmarse que el núcleo de la discusión se sitúa precisamente en la definición en general de los criterios de imputación objetiva lo cual tiene su reflejo posteriormente en los tópicos que en concreto se esgrimen para la argumentación sobre la relevancia típica de los casos límite de participación. Desde esta perspectiva más amplia rastrear con profundidad las implicaciones de contribuciones al delito desarrolladas en el ámbito de la actividad laboral cotidiana del partícipe desbordaría el objeto de estudio que, sin embargo, entendemos debe abarcar en el estadio de discusión actual lo que podría denominarse la “**fase moderna**” del mismo que puede situarse en torno a finales de la década de los años 70. Ya que fue precisamente un estudio de JAKOBS relativo a la prohibición de regreso en los delitos de resultado el que dio en 1977 un nuevo impulso al debate replanteando los términos de la discusión y avivándola de forma eficaz a la luz del volumen de publicaciones que en el ámbito germánico en la década de los 80 y, sobre todo de los 90, siguieron al respecto⁵⁴.

A este renacimiento de la discusión no han resultado ajenos algunos **pronunciamientos jurisprudenciales** relativos a las actividades de determinadas entidades financieras de renombre que atrajeron inmediatamente el interés doctrinal. Es el caso principalmente del <<Dresdner-Bank>>⁵⁵ en el que resultó objeto de enjuiciamiento la actividad de algunos empleados del banco que posibilitaron a los clientes la apertura de cuentas anónimas en filiales situadas territorialmente fuera de Alemania. El hecho de “facilitar” mediante el anonimato del producto financiero que los clientes pudieran transferir sumas elevadas de dinero que, eventualmente, pudieran servir a una posterior evasión fiscal puso sobre la mesa la cuestión de la calificación como complicidad de aquellos comportamientos –e incluso de la actuación de la propia dirección- que se verificaban, conviene recordarlo, en el marco de su actividad laboral cotidiana.

A nadie se le escapa que la implicación en procesos penales de agentes económicos del peso estratégico en el entramado de la actividad productiva como el de los bancos iba por fuerza a desencadenar un amplio debate social y a renglón seguido jurídico. Máxime cuando a partir de 1994 el Tribunal Constitucional de Alemania, al despejar las dudas declarando su conformidad con la Ley Fundamental⁵⁶, allanó el terrero para que se multiplicaran las investigaciones por

⁵¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 12.

⁵² FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 17 ss.

⁵³ Críticos con el rendimiento de dicho criterio en relación con los actos neutros, por todos, AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 16; PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante de § 13, 155; NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 509 ss.; WEIGEND, *Grenzen*, p. 200.

⁵⁴ Básicamente coincide en situar la reactivación de la discusión a partir de la citada contribución de JAKOBS, entre nosotros, por todos, BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 3, 4 y 29.

⁵⁵ Véanse los detenidos comentarios de RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 41 ss.; LÜDDERSEN, *Beihilfe*, p. 329 ss.

⁵⁶ Puede consultarse la sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 23.03.1994 en *Wistra* 1994, p. 221 ss. Véanse, además de los comentarios desde la perspectiva sustantiva ya citados con anterioridad (RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 41 ss.; LÜDDERSEN, *Beihilfe*, p. 329 ss.), por todos, los de OTTO, *Anmerkung*, pp. 409 y 410; y STRECK, *Anmerkung*, pp. 355 y 356, desde una óptica más práctica

presunta complicidad <<sistemática>> de las instituciones financieras en delitos contra la Hacienda Pública⁵⁷.

Todo ello ha contribuido sin duda a convertir este debate en uno de los de moda en la literatura alemana de finales del siglo XX⁵⁸ y a que en cierto modo quede especialmente justificada la consideración prioritaria de la doctrina de aquel país germano⁵⁹. Bastará en principio, según lo expuesto, con intentar desarrollar una exposición ordenada de los pronunciamientos doctrinales en la materia ciñéndonos esencialmente a la producción dogmática de lo que hemos denominado “fase moderna” del problema.

3.2. Como segunda limitación hemos considerado conveniente centrarnos en los problemas de **complicidad** dejando a un lado las implicaciones que para la inducción pudiera presentar el problema⁶⁰. Ya señalábamos con anterioridad que la literatura específica acoge mayoritariamente este punto de vista y, por otra parte, parece que los primeros pronunciamientos jurisprudenciales en Alemania⁶¹ permiten augurar que vayan a ser precisamente supuestos de cooperación no necesaria⁶² los que mayor relevancia práctica vayan a presentar.

Dentro de la complicidad se explorará preferentemente el supuesto de cooperación en **comisión por actos positivos, material y dolosa** dejando para un análisis más incidental los supuestos de complicidad por omisión, psíquica o imprudente. La opción preferencial se justifica porque hemos considerado que en el estado actual de la discusión resulta más adecuado centrar el análisis en el núcleo de la complicidad dejando para investigaciones posteriores el trasladar

y centrada también en aspectos procesales. Más en profundidad sobre la responsabilidad de los empleados de banca por la participación en negocios ilegales de los clientes es fundamental, en el ámbito germano, la monografía de LÖWE-KRAHL, *Die Verantwortung*; más resumidamente, DEL MISMO, *Beteiligung*, p. 201 ss.; y, entre nosotros, SILVA SANCHEZ, *El Derecho*, p. 901 ss.; y, aunque más centrada en los aspectos del blanqueo de capitales, la monografía de BLANCO CORDERO, *Responsabilidad*, especialmente p. 115 ss.

⁵⁷ Todavía en Junio de 1999 informaciones periodísticas (DEIA, viernes 18 junio 1999) daban cuenta de la apertura de investigaciones formales por parte de la Fiscalía alemana de Frankfurt en este caso contra el Deutsche Bank por un supuesto delito de colaboración en evasión de impuestos. Se alude en concreto, como en el caso del Dredner-Bank, a la transferencia masiva de fondos de los clientes alemanes a cuentas anónimas de Suiza y Luxemburgo para facilitar la evasión fiscal con el conocimiento de los empleados del banco (se habla de hasta un centenar de confesiones de empleados) y de los directivos de la entidad. En la misma información también se hace referencia al pago por parte del Dresdner Bank de una multa de 20 millones de euros en marzo de 1999 como resultado del acuerdo al que llegó la entidad con la Fiscalía de Düsseldorf para poner fin a las pesquisas.

⁵⁸ Así se manifiesta, por ejemplo, AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 9.

⁵⁹ Véase, para el estado de la discusión en Suiza, Austria y el mundo anglosajón, BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 112 ss., 124 ss. y 133 ss.

⁶⁰ Véase, en tal sentido, FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 63 ss. Desde una perspectiva más general, por todos, GOMEZ RIVERO, *La inducción*, especialmente, pp. 78 ss. y 322 ss.

⁶¹ Un análisis completo de la jurisprudencia que incluye los supuestos más recientes en que se inicia el reflejo de la discusión doctrinal en la aplicación práctica véase en WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 425 ss. (respecto de Suiza) y DEL MISMO, *Hilfeleistung*, p. 169 ss. (respecto de Alemania). También da amplia información actualizada sobre pronunciamientos jurisprudenciales alemanes OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 436 ss.

⁶² FEIJOO SANCHEZ, *Límites, passim*, como ya indicábamos, aborda el tema, sin embargo, desde una perspectiva más amplia planteándose los límites de la participación, esto es, de *cualquier* participación. También BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 9 adopta un enfoque más amplio que el aquí seguido al centrar su estudio en torno a la cooperación –necesaria y no necesaria– aunque, a diferencia de FEIJOO SANCHEZ, no aborda sistemáticamente los problemas respecto de la inducción.

las reflexiones, propuestas interpretativas y conclusiones que se vayan extrayendo a los campos más polémicos y discutidos de la complicidad (omisiva, psíquica, imprudente)⁶³. Aspiramos por tanto a tantear el límite inferior de la participación pero pisando terreno relativamente consolidado desde el punto de vista dogmático al referirnos básicamente dentro de aquél al núcleo del mismo, considerando de forma menos principal las constelaciones de casos que son objeto al día de hoy de un mayor disenso doctrinal.

3.3. Dejando a un lado, por tanto, las implicaciones que el tema objeto de estudio deba plantear a las diversas conductas de autoría o las demás formas de participación, aun dentro de la complicidad simple el hilo conductor de la presente contribución se cifra en torno a la función, relevancia y alcance que los “**conocimientos especiales**” deban tener a la hora de determinar la tipicidad de las conductas pretendidamente “neutras”⁶⁴. Me explico.

Como podrá irse comprobando a lo largo de la exposición crítica de las diversas posiciones doctrinales⁶⁵, a pesar de que hay un espectro relativamente amplio de posiciones a la hora de buscar la incardinación sistemática del problema, mayoritariamente se centra la discusión en los elementos y criterios de imputación objetiva en el tipo objetivo de complicidad. De forma aún más precisa podría incluso trazarse un **criterio clasificador** a partir de la combinación de elementos subjetivos y objetivos que se acepten como criterios de imputación. La forma de definir el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo resulta ser así, a nuestro juicio, el punto de partida clave que luego determinará como corolario la manera de resolver las constelaciones de casos y, de forma particular, ocupa un lugar central en la argumentación la relevancia que el conocimiento “especial” que el eventual partícipe pueda tener –con mayor o menor grado de seguridad- respecto de la resolución delictiva ajena a la hora de valorar la tipicidad de las contribuciones.

Al ocupar la discusión sobre el aspecto subjetivo y, precisamente, el relativo a los conocimientos especiales, el centro de interés necesariamente se verán desplazados a una toma en consideración secundaria la delimitación de las fronteras con las figuras de omisión tanto pura⁶⁶ como en comisión por omisión, así como con comportamientos incardinables en delitos de peligro abstracto. Tampoco serán preferentemente atendidas las posibilidades de entronque estructural entre la teoría de la participación y del *iter criminis* ni, por último, campos delictivos más específicos como los relativos al encubrimiento, el delito de blanqueo o los que ocupan las conductas llevadas a cabo en el ejercicio del derecho de defensa. Respecto de todas estas

⁶³ Sobre el estado de la discusión, por todos, MIR PUIG, *Derecho*, p. 409 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho*, p. 513 ss. Especialmente respecto de la polémica admisión de la comisión imprudente, recientemente, a modo de reflejo del amplio espectro de posiciones, PEREZ MANZANO, *Autoría, passim*, concluyendo la impunidad de toda participación imprudente (expresamente, pp. 109 y 110); más resumidamente, DEL MISMO, *La impunidad*, p. 139 ss. (expresamente pp. 165 y 166); MIR PUIG, *La infracción*, p. 499 ss. (negando la complicidad imprudente pero no tal posibilidad para otras formas de participación); FEIJOO SANCHEZ, *Una polémica I y II*, p. 1 ss. (I) y p. 1 ss. (II), admitiendo toda forma de participación imprudente (pp. 6 y 7 –II-); en sentido similar, DEL MISMO, *La participación*, pp. 271 y 272. Con relación a la complicidad psíquica y omisiva, por todos, LOPEZ PEREGRIN, pp. 309 ss. y 330 ss.

⁶⁴ Incide recientemente en la literatura alemana en este aspecto como clave clasificatoria y de agrupamiento de las posturas de los autores AMBOS, *Beihilfe*, p. 721 ss., especialmente en su conclusión (p. 725) cuando alude al papel central del “conocimiento” –seguro o potencial- sobre la resolución delictiva ajena.

⁶⁵ Véase *infra*, apartado 3.

⁶⁶ También limita el estudio dejando al margen la delimitación e implicaciones del problema respecto de la figura de delito de impedimento –y denuncia- de otros delitos (art. 450 CP) BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 2 y 9.

cuestiones, por tanto, habremos de resignarnos a realizar únicamente, en su caso, algunas sugerencias que deberían ser acogidas en consecuencia aun con mayor cautela por constituir líneas abiertas de investigación.

1.2. Perspectiva político-criminal: entre la “dogmática sin consecuencias” y una actitud constructiva

1. La complejidad –y oscuridad- dogmática del estado actual de la discusión respecto de los actos neutros como límite o frontera de la complicidad punible tiene también una posibilidad de abordaje desde la **perspectiva político-criminal** que puede resultar en este caso especialmente fructífera.

Como es de sobra conocido, es mérito atribuido fundadamente a ROXIN haber sabido destacar la necesidad de deslizar en la reflexión dogmática consideraciones político-criminales que operen como verdaderos principios rectores de la interpretación y construcción sistemática. La nueva orientación metodológica⁶⁷, mayoritariamente asumida al día de hoy⁶⁸, abre sugerentes perspectivas en el tema que nos ocupa habida cuenta de que los supuestos de complicidad que mayor incidencia práctica tienen se vienen situando mayoritariamente en el ámbito de la **delincuencia económica**⁶⁹. Es cierto que no son las únicas constelaciones de casos que giran alrededor del tópico de la neutralidad pero, sin duda, son precisamente los supuestos que tienen que ver con las grandes corporaciones financieras o la delincuencia ecológica, las defraudaciones al fisco, la actividad empresarial, etcétera, los que de forma determinante han avivado la polémica⁷⁰.

Podría incluso llegar a afirmarse que el estudio “dogmático” de conductas de complicidad en el límite de lo punible sólo puede llegar a encauzarse de forma plenamente satisfactoria y adquirir así nueva luz si se tiene debidamente en cuenta que su campo de proyección práctico aboca a reproducir en el debate las diferentes posiciones político-criminales enfrentadas. Con otras palabras, estamos hablando de viejos problemas que al proyectarse sobre los nuevos campos de “expansión” del derecho penal reaparecen en la discusión dogmática –en ocasiones

⁶⁷ Cuyo inicio viene situándose en la conferencia que el Profesor de München impartió el 13 de mayo de 1970 en la Academia de Ciencias de Berlín (ROXIN, *Política Criminal*, p. 15 ss.) y cuya importancia ha sido equiparada al conocido *Programa de Marburgo* de VON LISZT. Así MUÑOZ CONDE en ROXIN, *La evolución*, p. 12.

⁶⁸ Véase sólo ROXIN, *Strafrecht*, p. 154 ss. (existe traducción al castellano de la segunda edición DEL MISMO, *Derecho*) y, entre nosotros, MIR PUIG, *Derecho*, p. 109 y bibliografía allí recogida.

⁶⁹ Debe entenderse la “delincuencia económica” más bien, siguiendo a MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Parte General*, p. 66 ss., en su sentido criminológico lato, esto es, como comprensiva de la delincuencia socio-económica en su sentido jurídico estricto y amplio y, más allá aún, de otras familias delictivas que, desde un criterio jurídico más estricto, deberían quedar al margen como podrían ser algunas figuras patrimoniales “clásicas”(así, particularmente la estafa) u otros grupos más discutibles como los delitos contra el medio ambiente. Es esta la perspectiva que más nos interesa desde la óptica político-criminal y desde la que se enlazará de forma fluida con el llamado derecho penal de empresa como ámbito que marca sin duda la discusión. La referencias, por tanto, a la delincuencia (socio-)económica deberán ser entendidas en adelante con las matizaciones apuntadas. Véase, también, una delimitación terminológica y conceptual, con matices diferenciadores respecto de la de MARTINEZ-BUJAN PEREZ, pero coincidente en lo esencial respecto de lo indicado, por todos, BAJO FERNANDEZ/BACIGALUPO SAGGESE, *Derecho Penal Económico*, pp. 3 ss. y 25 ss.

⁷⁰ De forma coincidente subraya BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 5, la creciente atención al problema de comportamientos aparentemente neutrales como límite de cooperación punible respecto de delitos “modernos” como los atentatorios contra el orden socioeconómico o el medio ambiente.

bajo el ropaje de una nueva terminología- con un nuevo impulso que, en gran medida, se puede atribuir al hecho de que operan como correa de transmisión del gran debate político-criminal subyacente⁷¹. La irrupción del derecho penal en ámbitos de actividad desarrollados mayoritariamente por las clases medias y altas de la sociedad posindustrial y posmoderna otorga un nuevo contexto que, a la vista del volumen de contribuciones al menos en Alemania, tiene el efecto de activar la discusión –a veces hasta la extenuación estéril- sin que, sin embargo, sea posible entender las posiciones en el mismo desde una pretendida “coherencia sistemática” valorativamente neutra. El problema de las contribuciones neutras en el ámbito laboral no se reduce, con ser cierto, al del entendimiento dogmático del aspecto subjetivo en la tipicidad o al de los criterios de imputación objetiva sino que estos últimos deben poderse fundamentar y explicar también a partir de actitudes político-criminales esenciales que deben reflejar una toma de posición ante la necesidad y proporción con que el instrumento punitivo debería intervenir en los nuevos sectores de expansión, particularmente, del mundo económico-empresarial⁷².

Esta dimensión político-criminal del debate se ha puesto de manifiesto hasta el momento de manera más bien excepcional en la literatura específica. Autores como AMELUNG o TAG, con diversidad de matices, sitúan acertadamente el contexto de la discusión dogmática en las coordenadas de la nueva sociedad de la división del trabajo⁷³ y a la vez se hace deslizar suavemente la sospecha de que, a pesar de la disparidad de fundamentaciones, mayoritariamente se acabe por coincidir en el resultado de otorgar impunidad a las conductas objeto de discusión⁷⁴ como si el hecho de que los sectores sociales potencialmente implicados en la red del sistema penal (¿los “ricos” y “respetables” a la cárcel?) operara como prejuicio ideológico –en sentido negativo- condicionando indebidamente el debate científico.

Debate que siguiendo a SCHÜNEMANN en su atinada descripción de la “situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana” podría muy bien ubicarse como punto de partida, a grandes trazos, entre una “dogmática sin consecuencias” y aquella otra que combina en un pensamiento dualista la lógica material y la razón práctica⁷⁵. Respecto del primero de los

⁷¹ Véase SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 15 ss., con una exposición sintética y rica en matices de los términos del debate.

⁷² SILVA SANCHEZ, *La expansión*, pp. 40-41 hace referencia además de a la delincuencia de las empresas (delitos fiscales, medioambientales, consumo...) a la criminalidad organizada (narcotráfico, terrorismo, pornografía), a la corrupción político-administrativa o al abuso de poder, incluso a la violencia conyugal y al acoso sexual como sectores de la criminalidad que ocupan el primer plano de la discusión social. Sectores que entrarían así en la nueva Política criminal como reacción contra la criminalidad de los poderosos. Con todo, aunque sea este conjunto de nuevos ámbitos el que centre el debate político-criminal de la expansión del derecho penal no conviene olvidar que es éste un fenómeno generalizado que también encuentra proyección en otros sectores quizá en un contexto más abonado por factores puramente ideológicos. Véase con relación a las tendencias expansivas del Derecho penal respecto de los llamados delitos contra la discriminación LANDA GOROSTIZA, *La política*, p. 1 ss.

⁷³ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 9, afirma que la cuestión de la punibilidad de contribuciones a delitos ajenos desde contextos propios de la actividad económica debería ser sin duda uno de los temas más discutidos en la sociedad de la división del trabajo. TAG, *Beihilfe*, p. 50.

⁷⁴ Así HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, pp. 44 y 82, quien de forma especialmente clara alude a la posibilidad de que los correctivos que se pretenden introducir en el ámbito punible de la complicidad puedan obedecer simplemente a que no guste el resultado que arroja la aplicación consecuente de la normativa penal y, por ello, a la hora de ofrecer su propia propuesta es consciente del riesgo de que el criterio de la “adecuación” pudiera actuar como auténtico caballo de Troya para “lavar” la cara a actuaciones socialmente aceptadas pero antijurídicas desde el punto de vista jurídico-penal.

⁷⁵ SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 19. Diagnóstico quizás excesivamente radical y simplificador que, en el tema que nos ocupa, precisa de una aproximación mucho más matizada como enseguida vamos a poder comprobar. Crítico en parte con este planteamiento ya advertía SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p.

bloques, y en lo que a nosotros en este momento más nos interesa, el profesor alemán hace referencia fundamentalmente a dos orientaciones: la de la escuela de Frankfurt y la del funcionalismo radical, siendo esta última, con JAKOBS a la cabeza como representante más genuino, la que encuentre una mayor atención en este trabajo habida cuenta que un sector muy representativo de las contribuciones sobre los actos neutros proviene de dicha corriente de pensamiento. En cualquier caso, sería común tanto al “individualismo monista” de la escuela de Frankfurt como al funcionalismo radical una labor dogmática que deja vía libre a aquella actuación legislativa que pueda desarrollarse sin una oposición crítica mínimamente efectiva: los primeros vendrían a “retirarse a los siglos XVIII y XIX” no mostrando interés en el afán por construir una dogmática penal acorde a las nuevas coordenadas de la sociedad actual; los segundos, henchidos de puro decisionismo, se ofrecerían en un cúmulo de argumentaciones circulares como expediente legitimador de cualquier programa legislativo sin ser capaces –todo lo contrario- de oponer una mínima barrera de contención⁷⁶.

Con riesgo de una excesiva simplificación podrían resumirse entonces las actitudes político-criminales esenciales en dos: una constructiva, que no renuncia a la intervención penal en los nuevos campos de expansión con una aspiración de control del legislador y otra, estéril, que con estrategias diferenciadas, no muestra una capacidad suficiente de oposición y control eficaz. Planteado el debate en estos términos puede muy bien rastrearse su sombra advirtiendo desde ahora que el tema que nos ocupa no admite una dicotomía tan nítida que habrá necesariamente de ser matizada.

2. Como acabamos de señalar, algunos autores hacen expresa la **necesidad político-criminal de dejar fluir la intervención jurídico-penal** frente a conductas de complicidad que se desarrollen en contextos laborales. Quizás es NIEDERMAIR, discípulo de ROXIN, quien de una manera más clara se pronuncia por no hacer una excepción y aplicar los mismos criterios de imputación de responsabilidad a estas constelaciones de casos que, desde su punto de vista, podrían verse injustificadamente privilegiadas⁷⁷: la supuesta “neutralidad” no es tal, de suerte que no puede hablarse de estos supuestos como si de una nueva categoría o criterio restrictivo de la participación se tratara. No habría más novedad en el tema que nos ocupa que los campos de proyección del problema y ante estos no debe retraerse el instrumento punitivo si no se quiere caer en una manipulación ideológica de los criterios dogmáticos.

A este respecto debe recordarse que la Jurisprudencia alemana, no por supuesto con referencia expresa a la terminología de la neutralidad, ya conocía a principios del siglo XX supuestos, particularmente en el campo de la entonces considerada delincuencia sexual, en que el conocimiento del actuar delictivo ajeno era el dato clave sobre el que giraba la discusión de la relevancia jurídico-penal de la contribución. Así MEYER-ARNDT recoge el ilustrativo supuesto en el que el *Reichsgericht* en 1906 conoció del caso en que se analizaba la relevancia penal como complicidad al proxenetismo por conductas dirigidas a proveer de diversos bienes esenciales (pan, vino...) al titular de una casa de citas⁷⁸. Desde la perspectiva que desarrolla NIEDERMAIR

89 ss., sobre las posibilidades de una posición restrictiva –garantista- partiendo del Derecho penal funcional, incluso del funcionalismo radical.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, pp. 20 ss. (especialmente p. 36) y 36 ss. (especialmente p. 40).

⁷⁷NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, expresamente p. 544 sobre el riesgo de privilegiar injustificadamente en ámbitos como el de la criminalidad económica y medio-ambiental.

⁷⁸ Curiosamente el alto Tribunal determinó que en el caso del pan, aunque éste servía día tras día para la satisfacción de las necesidades vitales tanto del proxeneta como de las prostitutas, dicha contribución no podía ponerse estrictamente en relación con la actividad desarrollada en el burdel. Por el contrario, en lo que al vino respecta, “máxime habiendo sido éste suministrado a crédito” (sic), sí cabía establecer una

podría entonces lanzarse la pregunta de si ahora que el punto de mira del derecho penal se puede dirigir a sujetos y campos de actividad “más respetables” nos deben entrar tantas dudas.

Un sector de la doctrina, como habremos de ver⁷⁹, podría así incardinarse en la corriente que pretende una labor dogmática constructiva optando con claridad por una reconstrucción de las categorías en clave crítica pero sin renunciar a dar vía libre al instrumento punitivo en los sectores de expansión del moderno derecho penal.

3. Otro sector mayoritario de la doctrina⁸⁰ concentra, sin embargo, sus esfuerzos en destacar los aspectos más criticables y peligrosos que una generalización del castigo de supuestos de contribuciones “neutras” al parecer entrañaría en aras de poner las bases para una consideración muy restrictiva de los supuestos límites y reducir así al mínimo los casos a castigar como complicidad.

De forma acertada se advierte del riesgo de que el instrumento punitivo se acerque a modelos de intervención propios del **derecho penal de la “actitud interna” (Gesinnungsstrafrecht)** canalizado a través de una excesiva subjetivización de los criterios de imputación. No debería por ello bastar el mero conocimiento de que el autor ha tomado una resolución delictiva: si el partícipe no realiza a su vez algún tipo de aportación eficaz respecto del hecho principal se estaría castigando entonces prescindiendo absolutamente de que haya de concurrir cierta acción y resultado de favorecimiento. Esta línea argumentativa puede encontrarse de forma especialmente clara en la contribución de WEIGEND quien entiende que los actos neutros no existen como categoría y que los problemas que bajo tal denominación se plantean reciben una solución adecuada mediante la recuperación -y dotación de contenido- del desvalor de resultado dentro del ámbito de la participación delictiva⁸¹. Al margen de la posición concreta de este autor, representa en su esencia la desconfianza de un conjunto notable de la doctrina que cree ver en los intentos por castigar supuestos de complicidad mediante aportaciones neutras una nueva ampliación de las barreras de intervención punitiva que se pretende materializar a costa del debido equilibrio entre el desvalor de acción y resultado⁸².

Enlazando con el debilitamiento de las exigencias en torno al desvalor de resultado son numerosas las voces que alertan del riesgo de que se acabe por instituir una suerte de posición de garante genérica según la cual ante el conocimiento de una resolución delictiva ajena existiría la obligación de evitar que el hecho principal continúe su curso hasta el punto de que no cabría llevar adelante aquellas prestaciones o intercambios de bienes o servicios habituales en el sector de actividad correspondiente. Todo sujeto que ocupara una posición en el entramado productivo que pudiera favorecer una resolución delictiva ajena quedaría convertido, llevando la argumentación hasta el final, en una especie de policía obligado a interrumpir su actividad cotidiana (prestación de servicios, bienes, información...) como forma de obstaculizar la futura

relación entre dicha actividad y la propia de la casa de citas ya que, según el Tribunal, suponía su ofrecimiento un motivo más para visitar el local y de esta forma se favorecía de forma específica el negocio prohibido. MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 282.

⁷⁹ Véase *infra*, apartados 3.3 y 3.4.

⁸⁰ Véase *infra*, apartado 3.2.

⁸¹ WEIGEND, *Grenzen*, p. 206 ss.

⁸² Así, por todos, HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 43 y WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 428. También, entre nosotros, con relación al delito de blanqueo de capitales, destaca conclusivamente este aspecto (lógica de “excomuniación económica”) y lo enlaza con el riesgo de derecho penal de la actitud interna y la filosofía subyacente de desconfianza estatal frente al ciudadano “enemigo” BLANCO CORDERO, *Negocios*, pp. 290 y 291.

actuación delictiva. O, con otras palabras, al fundamentarse así la responsabilidad penal en realidad se estaría admitiendo una suerte de **obligación jurídica de boicot y aislamiento social contra el delincuente** bajo la amenaza de sanción penal⁸³.

En definitiva, si se aceptara que el desarrollo de la actividad laboral habitual atraviesa el umbral de lo prohibido únicamente por el conocimiento de una futura actuación delictiva se estaría castigando no tanto por actuar favoreciendo eficazmente el hecho principal sino, más bien, por no haber evitado o, al menos, dificultado la actuación antijurídica. Bajo el ropaje de la imputación por complicidad activa se habría consumado la infiltración de la lógica de las posiciones de garantía con una amplitud tal que el coste en esferas de libertad sería simplemente insoportable para una Estado de Derecho. Coste que amenazaría con una paralización de la vida económica ante cuya creciente complejidad no resulta funcional la incertidumbre que generaría el hecho de tener que analizar ante cada operación económica su potencial implicación en actuaciones futuras que, por definición, dependen de voluntades criminales ajenas. Pero más allá de la funcionalidad o no de las opciones de incriminación para el aparato productivo, los riesgos señalados de deslizamiento al castigo por la intención o hacia una indebida ampliación de las posiciones de garantía apuntan en definitiva a una cuestión de principios: la de la imagen normativa que ha de servir de fundamento y legitimación al instrumento penal y que se debate entre un derecho penal destinado a “enemigos”, a sujetos potencialmente peligrosos, o, por el contrario, a ciudadanos libres⁸⁴.

Seguramente FRISCH ha sabido destacar este aspecto de una forma más penetrante al hilo de la reflexión sobre las condiciones en que legítimamente cabría exigir responsabilidad por comportamientos que posibilitan o favorecen el llevar a cabo una decisión delictiva ajena. Por el momento baste con señalar que, según dicho autor, no sería suficiente que pudiera constatarse sin más un grado mayor o menor de peligro de utilización delictiva de la contribución. Castigar en tales circunstancias, al margen de otras consideraciones sobre la eficacia de tal prohibición que ahora no vienen al caso, limitaría la libertad de actuación de forma inaceptable y revelaría una **lógica estatal de la desconfianza frente al ciudadano**. No basta con una elevación del peligro por encima de lo normal a la luz de las circunstancias del caso para admitir tal sacrificio de la libertad en aras de la protección de bienes jurídicos: son tantas las conductas susceptibles de utilización delictiva que la asunción de dicha lógica desembocaría en la sociedad de la desconfianza en la que nos veríamos constantemente en la obligación de analizar nuestros propios actos por si otros pudieran servirse de ellos para actuar antijurídicamente. El otro, nuestro conciudadano, sería reducido así a un delincuente en potencia, imagen normativa radicalmente opuesta e incompatible con la que debe derivarse de la Ley Fundamental: esto es, la de aquella persona responsable, capaz y dispuesta a respetar el Derecho⁸⁵.

4. El conjunto de riesgos y objeciones que se han señalado no es patrimonio exclusivo de aquel sector de la doctrina que se muestra más restrictivo al castigo de conductas de complicidad “neutras”. Algunos autores, como veremos, orientan su esfuerzo precisamente a poner de manifiesto los criterios y correcciones que han de ser tenidas en cuenta para evitar la

⁸³ Así se trasluce, entre otros, en la crítica que MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281 ss., realiza desde la perspectiva de que estas conductas pudieran calificarse como complicidad psíquica. Véase, también, por todos, la certera crítica de NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 519 ss., contra FRISCH por los riesgos de extender y generar analógicamente una suerte de posición de garantía genérica a partir de las obligaciones subyacentes a los delitos de omisión pura.

⁸⁴ En el sentido destacado por JAKOBS, *Kriminalisierung*, p. 751 ss. (existe traducción al castellano DEL MISMO, *Criminalización*, p. 293 ss.).

⁸⁵ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 265 ss.

materialización de los peligros señalados sin renunciar, sin embargo, a propuestas más punitivas. Con todo, no cabe duda, que dichos riestos y objeciones constituyen el acervo argumental utilizado para fundamentar una actitud político-criminal que podría tildarse de menos “agresiva” en el sentido de que en sus resultados opta por una mayor contención del derecho penal.

Antes de perfilar más en detalle los términos del debate político-criminal conviene, sin embargo, destacar que, en cualquier caso, esto es, al margen de que se opte por una mayor o menor incriminación de constelaciones de casos, no parece que habría dificultad en reconocer **algunas claves descriptivas de la problemática de los “actos neutros”** desde esta perspectiva de las tensiones expansionistas en que se sitúa. Claves que, de forma sintética y resumida, muy bien permiten calificar el problema de la complicidad en el límite como auténtico **síntoma de la expansión** del derecho penal y ejemplo paradigmático de los efectos y problemas interpretativos que genera la necesidad de acomodo de las categorías dogmáticas tradicionales ante las nuevas coordenadas sociales en que se desenvuelven los fenómenos delictivos. O, de forma convergente, síntoma de los problemas que genera la “normativización” de la categorías de la teoría del delito.

Desde esta perspectiva el problema de los actos neutros brinda una interesante posibilidad descriptiva de tales tensiones por cuanto que permite descubrir que en los puntos más adelantados de intervención se producen desbordamientos estructuralmente análogos en los distintos contornos exteriores del edificio conceptual de la teoría del delito. Con otras palabras, las conductas de aparente complicidad objeto de estudio no acaban de presentarse con un perfil nítido en cuanto a su carácter de acción u omisión o, desde otro ángulo, en cuanto a su carácter de complicidad física o psíquica. Igualmente presenta perfiles típicos de complejidad análoga a los que nos encontramos a la hora de interpretar figuras delictivas de las calificadas como delitos de peligro abstracto y obligan a un permanente ajuste de los límites con las figuras de omisión tanto propias como impropias. Es como si por querer forzar la categoría de la complicidad, por querer comprender nuevos supuestos, se rompiera la coherencia sistemática y su recomposición sólo fuera posible mediante la redefinición de las distintas “orillas” de la teoría del delito que están implicadas produciéndose un efecto “desestabilizador” en cascada de las distintas instituciones entrelazadas en la Parte General.

Los actos neutros de complicidad al menos en el ámbito de la delincuencia económica en el sentido criminológico amplio que estamos manejando, se desenvuelven en una realidad social estructuralmente diferente de la destinataria del derecho penal clásico. Sería éste, por tanto, un sector paradigmático de la sociedad postindustrial en la que, siguiendo a SILVA SANCHEZ, los niveles de complejidad e interacción individual por las necesidades de cooperación y división funcional han llegado a cotas hasta ahora desconocidas. Precisamente por esa profunda interrelación entre esferas de organización individual y creciente interdependencia la indemnidad de los bienes jurídicos depende cada vez en mayor medida de la realización de conductas positivas –de control de riesgos- por parte de terceros⁸⁶. El entramado económico en el que se desarrollan las actividades laborales que eventualmente pueden convertirse en contribuciones a delitos ajenos tienden entonces a ser objeto de una “relectura normativa” fruto de la cual se diluye la separación estricta entre esferas de responsabilidad. Se explicarían así las dificultades para diferenciar el carácter activo u omisivo de múltiples ejemplos de contribución neutral lo cual no debería extrañar habida cuenta que una de las características de la dogmática de la globalización es precisamente una exasperación de

⁸⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 23.

la de los delitos de comisión por omisión y una reconstrucción de los mismos en términos de infracción de vigilancia⁸⁷.

No vamos a extendernos más en este sentido⁸⁸ pues por el momento baste, **resumiendo**, con situar el contexto del problema que nos ocupa como reflejo de las tensiones incriminadoras e hiperresponsabilizadoras propias del nuevo derecho penal en expansión cuyo reverso en el plano dogmático es precisamente el riesgo de dilución de fronteras -o, si se prefiere, de “flexibilización” y excesiva normativización de las categorías- de la teoría del delito con la consiguiente necesidad de reconstrucción de las mismas. Reconstrucción que se canaliza y concentra, principalmente, en los esfuerzos por ordenar el aspecto subjetivo en la imputación objetiva y, más allá aún, en la tipicidad. Aspecto que, sin embargo, es, por una parte el que podría calificarse como “flanco más débil” de la teoría de la imputación objetiva y que, por otra parte, precisa en su reequilibrio, y de ahí su extrema complejidad, de una actuación atenta a la coherencia sistemática con otras instituciones como la teoría de la tentativa, delitos de peligro, figuras omisivas...en las que estructuralmente también repercuten las opciones que allí se tomen⁸⁹.

5. Los esfuerzos de adaptación de las categorías dogmáticas por parte de la doctrina en materia de actos neutrales no permiten, sin embargo, una lectura en clave político-criminal coincidente con los planteamientos generales esbozados con anterioridad. No desde luego por lo que al funcionalismo radical hace referencia que, lejos de servir de pantalla legitimadora y pista de aterrizaje de corrientes de interpretación expansivas, por el contrario, va a representar las posturas más restrictivas y, si se quiere, “garantistas” reservando en sus resultados las mayores cotas de impunidad⁹⁰. Frente a ello es el funcionalismo más moderado el que mantiene posturas interpretativas más expansivas y que en los resultados apuntan a una mayor voluntad de incriminación de supuestos reduciendo la zona libre de prohibición de conductas de complicidad⁹¹.

Más adelante será el momento de entrar en detalles pero conviene desde ahora enmarcar el debate doctrinal en dos grandes posturas: una restrictiva liderada por el funcionalismo radical y otra más “constructiva” o “expansiva” preconizada por el funcionalismo

⁸⁷ SILVA SANCHEZ, *La expansión*, pp. 23 y 84. Orientación que coincide en un plano más general con el “nuevo paradigma” del concepto del delito en torno a la infracción del deber tal y como apunta GÜNTHER, *De la vulneración*, p. 489 ss.

⁸⁸ Desde otro plano, los actos neutros y su eventual necesidad de incriminación se enmarcarían igualmente en la tendencia de la sociedad postindustrial a la reducción de las fronteras del riesgo permitido (SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 31 ss.), aspecto este que será objeto de atención en la discusión dogmática sobre los criterios restrictivos del tipo de complicidad a donde nos remitimos, *infra*, apartado 3.

⁸⁹ Véase TORIO LOPEZ, *Fin de protección*, pp. 384, 388 y 389 y DEL MISMO, *Naturaleza*, pp. 35 y 42 ss.

⁹⁰ Véase, principalmente, con matices diferenciales entre ellos pero en la línea apuntada, JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 260 ss.; FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 295 ss.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 54 ss. También, entre nosotros, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 270 ss. y, más recientemente, FEIJOO SANCHEZ, *Limites*, p. 59 ss., especialmente p. 73 ss. Para un análisis más detenido de las posturas me remito *infra* al apartado 3 también en lo que sigue.

⁹¹ Por ahora, ROXIN, *Zum Strafgrund*, p. 365 ss.; DEL MISMO, *Was ist*, p. 501 ss. En la misma línea pero yendo más allá con la actitud quizás más punitiva NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 537 ss. Se puede situar también en esta corriente general, entre nosotros, BLANCO CORDERO, *Negocios*, p. 283 ss.; DEL MISMO, *El encubrimiento*, p. 32 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; DEL MISMO, *Limites*, p. 147 ss.; y GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 428 ss. Véase, también, *infra* apartado 3 y en lo que sigue.

moderado⁹². Esta última postura está logrando además imponerse al menos de momento en los primeros pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia tanto en Suiza como en Alemania en lo que constituye a su vez un significativo giro de ésta respecto de pronunciamientos anteriores⁹³.

En efecto, la postura tradicional de la jurisprudencia alemana apuntaba a intentar solucionar el problema en el tipo subjetivo⁹⁴ lo cual, al margen de los resultados concretos respecto del castigo o no de conductas de complicidad, suponía de forma implícita negar la “neutralidad” como criterio autónomo produciéndose una ampliación potencial del espectro de complicidad punible que sólo encontraba correctivos –tardíos- en el tipo subjetivo. Las fundadas críticas a esta posición por los riesgos de derecho penal de la intención llevarán al funcionalismo radical a un movimiento pendular opuesto: esto es, no sólo no puede hacerse depender la relevancia penal de la contribución del puro tipo subjetivo sino que, ya con anterioridad, en el propio tipo objetivo, debe procederse además a una depuración de datos pretendidamente subjetivos negándose –y este es el punto clave- que puedan tener relevancia, entre otros, los conocimientos especiales del sujeto a la hora de realizar el juicio de imputación objetiva. Tal posicionamiento, ya lo hemos señalado, lleva a negar en demasiadas ocasiones la complicidad.

En el tema objeto de nuestra atención se contradice, por tanto, de forma nítida la tesis de SCHÜNEMANN según la cual los esfuerzos del **funcionalismo radical** lejos de tener potencial crítico otorgan un fácil expediente legitimador y llevan sin más a una capitulación de la dogmática ante la voluntad del legislador⁹⁵. Más en la línea de lo indicado por SILVA SANCHEZ se demostraría en este sector particular de la discusión el potencial crítico y garantístico que puede también alcanzar el funcionalismo incluso en su versión más radical⁹⁶ pero que, a nuestro juicio, alberga aquí, sin embargo, el riesgo de una excesiva inflexibilidad que puede llevar a una cuando menos sospechosa inhibición del instrumento punitivo.

El **funcionalismo moderado**, por el contrario, ocupa una posición tanto dogmática como político-criminal más equilibrada: se hace frente –y se critica igualmente- la postura que pretende remitir el problema al tipo subjetivo y se pretende así conjurar el peligro de que la complicidad dependa exclusivamente de la voluntad favorecedora del sujeto. Pero dentro del tipo objetivo optan por un equilibrio entre criterios objetivos y subjetivos. En particular se acepta la relevancia de los conocimientos especiales como dato a integrar en los criterios de imputación. Esta opción “objetivo-subjetiva” otorgará como tendremos ocasión de comprobar una mayor flexibilidad al juicio de imputación “objetiva” lo que abrirá en no pocas ocasiones la puerta a la intervención penal en supuestos que, desde el funcionalismo más radical, pretenden dejarse al margen del ámbito de prohibición de la complicidad. La apuesta dogmática del funcionalismo moderado se sitúa así en el plano político-criminal entre la primera jurisprudencia que declaraba –en el tipo objetivo- “a todos cómplices” y la del funcionalismo radical que tiende a no ver complicidad alguna en la mayoría de los supuestos. Esta postura equilibrada y posibilista que abre las puertas de la intervención penal de manera ajustada y sin riesgo de desbordamiento, ha logrado seducir por ello a la jurisprudencia germana más reciente que va desplazando la solución de

⁹² De forma coincidente señala FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 53, que la moderna discusión debe situarse esencialmente entre las posturas mantenidas por JAKOBS y ROXIN, precisamente, como es de sobra conocido, los representantes más cualificados del funcionalismo radical y moderado.

⁹³ WOHLERS, *Hilfeleistung*, p. 170 ss.

⁹⁴ Véase, por todos, HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 44; TAG, *Beihilfe*, pp. 50-51; AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 17.

⁹⁵ SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, p. 40.

⁹⁶ SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 89 ss.

estos problemas al tipo objetivo, todavía de una manera dubitativa y contradictoria, pero irrumpiendo en los nuevos –y no tan nuevos- sectores de la delincuencia económica con todo el peso del *ius puniendi*.

Esta descripción de trazos gruesos adquiere múltiples matices de entre los que debe destacarse que la opción por integrar entre los criterios de imputación los denominados conocimientos especiales conforma todavía un campo de juego excesivamente amplio. La asunción de criterios “subjetivos” en el tipo objetivo cumple la función de posibilitar en mayor medida el castigo de constelaciones de casos pero su rendimiento, es evidente, dependerá fundamentalmente de cómo se conciban éstos y, sobre todo, de la concepción y fundamentos que cada autor otorga a la imputación objetiva y más allá a la propia tipicidad. Lo que queremos destacar es que deberá prestarse especial atención a la propia definición –expresa o tácita- de los conocimientos especiales⁹⁷ así como a los criterios complementarios que, según los autores, son más o menos rigurosos y que, en definitiva, cumplen una **función de filtro** más o menos acusada⁹⁸.

6. Podríamos concluir estas consideraciones introductorias desde la perspectiva político-criminal destacando, por tanto, que el problema dogmático trascendental que se cifra en la concepción, relevancia e incardinación sistemática de los denominados conocimientos especiales debe ser examinado de forma particularmente atenta con relación a los efectos sobre la incriminación de constelaciones de casos y su valoración político-criminal en los sectores paradigmáticos de la “expansión” del derecho penal. La postura tradicional de la jurisprudencia necesitaba sin duda de una corrección sistemática reconduciendo el problema de la neutralidad desde el tipo subjetivo al objetivo. Sin embargo, para evitar los riesgos de una indebida subjetivización del problema tampoco parece lo adecuado pasar al otro extremo: esto es, a negar toda relevancia a datos “subjetivos” dentro del tipo objetivo tal como hace el funcionalismo más radical. Ni basta el conocimiento de una resolución delictiva ajena ni tampoco es este dato absolutamente irrelevante.

La postura que defenderemos coincide en situar el problema en el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo dentro de la discusión de la moderna teoría de la imputación objetiva explorando así sus implicaciones en el tipo de la complicidad⁹⁹. Será así fundamental buscar

⁹⁷ Entendemos que urge a este respecto una clarificación que intentaremos llevar a cabo en la exposición *infra*, apartado 3, sobre si debe otorgarse una relevancia equivalente a un conocimiento <<seguro>> de resolución delictiva ajena con relación a una solamente <<probable>> o <<muy probable>>.

⁹⁸ Compárese, como ejemplo ilustrativo, la posición defendida por RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 41 ss. (resumidamente p. 47) que alude, además de al “conocimiento seguro” –objetivamente- de que se cometerá un delito ajeno, a otro conjunto de criterios (requisitos necesariamente cumulativos) para poder castigar por complicidad como el de que la conducta constituya un favorecimiento <<específico> de la lesión del bien jurídico afectado por el hecho principal; o que no se trate de una conducta que, a la vez y de forma inseparable, sirva al fin delictivo pero también a otro –u otros- no delictivos; y, finalmente, que no se trate de supuestos de recuperación de aquello que originariamente se encontraba en poder del sujeto, en su ámbito de actuación, habiendo sido posteriormente entregado a un tercero con obligación actual de devolverlo. Con un planteamiento mucho menos condicionado por subcriterios, por el contrario, véase NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 537 ss., quien prácticamente se conforma para solucionar el problema con proyectar los criterios generales de imputación que defiende –en la línea de su maestro ROXIN- sin añadir subcriterios específicos. Como veremos, aunque ambos autores comparten la necesidad de deslizar en el juicio de imputación objetiva los conocimientos especiales, sus resultados respecto de las constelaciones de casos varían, sin embargo, notablemente.

⁹⁹ Nos adheriremos, así, como hemos venido sugiriendo *supra*, al sector doctrinal que asegura que la imputación objetiva no debe restringirse a los delitos de resultado y debe proyectarse también, entre

correctivos y ordenar criterios respecto del desvalor de acción y su debido entendimiento dando como fruto, además, una línea interpretativa perfectamente cohonestable con una actitud político-criminal intervencionista pero, a la vez, con potencial crítico y de control racional del legislador (*lege ferenda*) y de excesos subjetivistas en la interpretación (*lege lata*).

A la búsqueda de ese equilibrio, cabe también avanzar desde ahora, no debe partirse del apriorismo de considerar que estamos ante una suerte de “nueva categoría” o límite de la participación. Se podrá comprobar, por el contrario, que un sector mayoritario de la doctrina, desde posiciones muy diversas, acaba reconociendo que los problemas a que nos enfrentamos no resisten una aproximación relativamente abstracta¹⁰⁰: la frontera entre la contribución neutra y la complicidad punible exige, con otras palabras, una toma en consideración de todas las circunstancias del caso y un reajuste permanente del juicio de peligrosidad que no puede ser sustituido –aunque sí facilitado– por otros criterios a un nivel de abstracción superior. La labor, probablemente, es la de determinar los elementos y criterios en juego y su mutua relación dialéctica y de preponderancia a la hora de decidir el caso pero ello, de ninguna manera, podrá ni deberá sustituir la valoración *ad casum* exigible en cada supuesto.

1.3. Constelaciones de casos y más delimitaciones del objeto de estudio

Expuestas de forma sumaria las claves dogmáticas y político-criminales del problema de la neutralidad de algunas contribuciones aparentemente favorecedoras de un delito ajeno y delimitado el objeto de estudio, falta una última observación relativa a las **constelaciones de casos** que prioritariamente serán tenidas en consideración. Sin perjuicio de una exposición de grupos de casos (*infra* apartado 2) la presente contribución girará en torno a aquellos supuestos que tienen que ver con el desarrollo de **actividades laborales estándar**, esto es, básicamente, comportamientos en la órbita de la **delincuencia económica en un sentido criminológico amplio**. Y ello por diversas razones. En primer lugar porque, como ya hemos expuesto, centran el debate político-criminal. En segundo lugar porque, desde una perspectiva práctica, parece que son los supuestos que están empezando a ser objeto de consideración por parte de los tribunales al menos en el ámbito germano y, en consecuencia, avanzan con mucha probabilidad los problemas que también entre nosotros puedan llegar a ocupar la práctica forense. Por último, pretendemos de alguna manera completar la incipiente bibliografía que en nuestro país ha comenzado a aflorar. En este sentido, FEIJOO SANCHEZ en su estudio dispensa expresamente una atención preferente a supuestos relativos al homicidio y las lesiones¹⁰¹, punto de vista que,

otros, al campo de la participación. Así, expresamente, TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, pp. 35, 43 y 47 defiende que estamos ante un “principio metódico superior” que se ramifica y disemina por todo el sistema. También, partidarios entre nosotros de proyectar los criterios de la teoría de la imputación objetiva en la complicidad LUZON PEÑA, *La determinación*, p. 891; DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La autoría*, p. 496; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho*, pp. 514 y 515; LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 225 ss.; GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 428 ss.; BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; DEL MISMO, *Límites*, p. 147 ss. FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 11 y 12, persigue en su monografía precisamente el objetivo de “(...) trasladar los avances dogmáticos de la <<teoría de la imputación objetiva>> al ámbito de la participación criminal” (p. 12).

¹⁰⁰ Especialmente tajante JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 264, quien asegura que la determinación del sentido delictivo (objetivo) es problemática y así debe ser por la necesidad de realizar el juicio normativo a la luz del contexto. Insiste, entre nosotros, de forma magistral en la preponderancia del momento normativo y su dependencia de la consideración de los criterios de valoración a la luz de la amplia gama de circunstancias concretas que posean relevancia TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 39 ss. y p. 46.

¹⁰¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 13 indica que se ocupa sobre todo de la participación en delitos de homicidio y lesiones porque han protagonizado tradicionalmente la discusión doctrinal sobre la prohibición de regreso que es, en definitiva, la perspectiva que estructura el desarrollo de su monografía. También

en nuestro caso, pretendemos completar dirigiéndonos con las limitaciones *supra* mencionadas a otros campos aunque manteniendo igualmente la perspectiva general en el enfoque.

1.4. Estructura del trabajo

Para abordar el estudio se parte de una estructura que descansa sobre los siguientes pilares.

En primer lugar se hará una presentación clasificatoria de diversas constelaciones de casos (apartado 2) que aspira a facilitar la posterior exposición de la doctrina sobre el estado de la cuestión, a la vez que ilustrar el análisis teórico-sistemático sobre un *corpus* de casos variado y explicitado en sus características fácticas más esenciales.

La exposición, a continuación (apartado 3), del estado doctrinal será la más extensa. En el análisis de posturas predominará antes el enfoque crítico que el meramente descriptivo y se centrará, como eje fundamental, en los matices del problema de equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipicidad. Se ha renunciado a un análisis de tesis autor por autor en una arriesgada apuesta de agrupamiento que se reconoce especialmente difícil por la heterogeneidad de puntos de vista. Los grupos de autores, además, se exponen según las posiciones más relevantes y representativas pero comunes en detrimento de especificidades de cada autor y a la búsqueda de poder dibujar un panorama según tendencias.

Todo ello desembocará en una toma de postura que habrá de cumplir también una función recapitulatoria de conclusiones (apartado 4) que ya habrán ido extrayéndose y defendiéndose a lo largo de todo el trabajo. Saltando del plano dogmático a otro más político-criminal (apartado 5) se intentará, continuando con las conclusiones, una relectura del estado de la cuestión a la luz de los resultados a que abocan las diversas posturas doctrinales.

Para finalizar (apartado 6) se proyectarán las conclusiones alcanzadas sobre la resolución de las diversas constelaciones de casos en aras de ilustrar la tesis defendida pero sin vocación de un análisis exhaustivo, ni definitivo, de cada supuesto, sino, más bien, de marcar las líneas interpretativas y los resultados que arroja la toma de postura. Pretende ser, por último, un colofón gráfico que contribuya a clarificar las propias posiciones a la vez que a estimular el debate.

alude a que la gravedad de estos delitos han ofrecido terreno abonado a una mayor extensión de la participación criminal en la práctica.

2. CONSTELACIONES DE CASOS: CLASIFICACIÓN

1. A lo largo del apartado anterior, a la vez que se iban presentando los aspectos dogmáticos y político-criminales implicados y, en particular, aquéllos que van a centrar nuestra atención, han sido mencionadas y tácitamente esbozadas diversas constelaciones de casos y también los posibles criterios clasificatorios subyacentes. Así, desde el punto de vista dogmático, y a modo de recapitulación, podrían traerse a colación supuestos de contribuciones a hechos delictivos ajenos consistentes más bien en conductas omisivas o lindantes con supuestos de comisión por omisión a título de partícipe¹⁰² frente a conductas más claramente comisivas. Desde el punto de vista subjetivo la línea clasificatoria apuntaría, en otra dirección, a separar conductas dolosas frente a la complicidad imprudente en el supuesto de que la punición de esta última se admitiera. También podrían crearse constelaciones de supuestos a caballo entre conductas de participación favorecedora en sentido estricto y aquellas otras que, aunque fueran equivalentes materialmente a las primeras, encontrarán una reconducción más fácil a tipos configurados como delitos de peligro, o a supuestos lindantes con la inducción (complicidad psíquica), etcétera.

No ya propiamente desde la perspectiva dogmática sino más bien desde una óptica sectorial merecían también una consideración particular dos grupos diferenciados: los supuestos de información jurídica y, más concretamente, la actividad de los abogados en posibles conductas delictivas de los clientes; y, en segundo lugar, aquellos que tienen que ver con eventuales encubrimientos de hechos delictivos ajenos.

Ya señalábamos, sin embargo, que todos estos grupos de casos quedan en principio al margen de nuestro específico objeto de estudio por lo que los supuestos que a continuación van a presentarse parten de las limitaciones expuestas y se ciñen por tanto, básicamente, a conductas de complicidad material y dolosa por actos positivos.

2. Dentro de este estrecho campo de comportamientos que pueden ser constitutivos de complicidad (material y dolosa por actos positivos) podrían distinguirse, **tres grupos de casos**¹⁰³: comportamiento dirigidos a la “satisfacción de necesidades vitales” (A); supuestos que

¹⁰² A modo de ejemplo es recurrente la referencia al clásico supuesto mencionado por *FRANK* en el que un cazador, tras entrar en un establecimiento de bebidas, cuelga su escopeta en la entrada. En el local se produce una disputa y uno de los contendientes toma el arma matando a una persona. Véase, por todos, *FRISCH, Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 249, con un estudio de supuestos de omisión –y de “acciones” normativamente equivalentes a conductas omisivas- (p. 245 ss.). También el discutido supuesto sugerido por *ROXIN, Täterschaft*, pp. 485 y 486 (existe traducción al castellano *DEL MISMO, Autoría*), relativo a un atentado contra un estadista que va a ser llevado a cabo en una época políticamente convulsa. La conducta que realmente interesa no es tanto la del autor/es principal/es que, ante las dificultades de penetrar en la casa de la víctima por la estrecha vigilancia, se deciden a acceder por la casa contigua; sino, más bien, la del vecino que se da cuenta de los planes de los terroristas pero, que como odia al político contra el que se va a atentar, deja sin cerrar la puerta de su casa para así “facilitar” a los autores del atentado su acceso a la vivienda. Todo ello sin que los autores del hecho principal supieran de la voluntad y actividad “favorecedora” del vecino en cuestión.

¹⁰³ Puede resultar útil a efectos informativos sobre diversos supuestos y casos, muchos de ellos extractados de la jurisprudencia alemana, la clasificación que ofrece *WOHLLEBEN, Beihilfe*, p. 7 ss. Renunciando a la exhaustividad al dejar fuera del objeto de estudio un conjunto de constelaciones de casos (encubrimiento, participación necesaria, actividades de información jurídica...p. 10), parte de una división cuatripartita: en primer lugar supuestos que hacen referencia a negocios de intercambio en los que el “favorecedor” actúa simplemente conforme al rol de su puesto profesional; en segundo lugar, casos de cooperación en las que el “favorecedor” lo es en calidad de empleado; en tercer lugar,

se agotan en el mero cumplimiento de obligaciones jurídicas no específicamente penales (B); y, finalmente, participación en negocios de intercambio de bienes o servicios no incluidos en ninguno de los grupos anteriores (C). De entre estos tres sólo uno, el último, será el que realmente centre la discusión tanto dogmática como político-criminal y en el que se concentran, además, aquellos supuestos de hecho que pueden tener una mayor relevancia práctica en contraste con los otros dos primeros grupos que giran en torno a ejemplos, en mayor o menor medida, <<de laboratorio>> o notablemente alejados del núcleo de conductas punibles de complicidad.

La diferencia entre estos tres subgrupos no debe, en cualquier caso, exagerarse ni pretende una separación estricta ni menos aún definitiva. La clasificación no obedece a una diferencia estructural notable entre unos y otros comportamientos sino que persigue más bien fines de mayor claridad expositiva y de ordenación de la materia objeto de discusión separando los ejemplos de cátedra de aquéllos otros que responden a dinámicas comisivas reales o previsibles. Ya advertíamos en la introducción que en el tema que nos ocupa han proliferado todo tipo de contribuciones en las que aunque se parte de presupuestos dogmáticos diferenciados y de todo tipo de ópticas de aproximación, curiosamente hay una coincidencia casi unánime a la hora de recoger determinados supuestos límite cuya elaboración perseguía originariamente fines argumentales de “coherencia dogmática” de la postura defendida. La construcción de supuestos más o menos alejados de la realidad, aunque no sea objetable metodológicamente, sí que puede resultar perjudicial cuando prolifera hasta el extremo de condicionar en exceso los términos del debate. Nuestra clasificación pretende así no tanto excluir de la discusión sino, en cierto modo, relegar –y proporcionar- el peso de determinados supuestos en beneficio de un mayor espacio para aquéllos que presentan una mayor cercanía a la incipiente práctica jurisprudencial y a las líneas de futuro que implícitamente se van esbozando.

3. Como aclaración previa antes de exponer cada grupo deben realizarse una ulterior matización. La clasificación no prejuzga la solución dogmática ni la valoración político-criminal de las constelaciones de casos sino que pretende exponer un material básico de trabajo que sirva de posterior guía en el análisis de las posiciones de cada autor y, sobre todo, que permita ilustrar el alcance y consecuencias de la tesis que finalmente defenderemos¹⁰⁴. Por ello, de momento, bastará con una breve introducción de cada grupo en términos más asertivos que argumentativos para listar a continuación, sobre todo en el tercer y último grupo, diferentes ejemplos de referencia.

comportamientos en que el “favorecedor” satisface otras pretensiones –u obligaciones- jurídico-civiles; y, finalmente, aquellos comportamientos en que, según el autor, se persiguen otro tipo de intereses no de índole laboral ni jurídica. Su utilidad y mérito residen en el esfuerzo por reconducir la materia y el análisis doctrinal a la luz de los resultados sobre la necesidad de castigo de constelaciones de casos previamente definidos. De forma análoga en nuestra contribución vamos a seguir en parte esta metodología pero, a diferencia del autor citado, a partir de una delimitación y concreción previa de las cuestiones dogmáticas y político-criminales a abordar de manera preferente. La tesis de WOHLLEBEN, por el contrario, carece de un punto de partida en términos similares lo que aboca a una clasificación, a nuestro entender, como mínimo opinable, con riesgo de solapamiento entre los diversos grupos definidos y, en cualquier caso, de escasa utilidad a los efectos perseguidos en esta contribución.

¹⁰⁴ La clasificación, en definitiva, no excluye que en el discurrir del trabajo se vayan diluyendo las fronteras entre los grupos sugeridos hasta el punto que se demuestre como inviable una separación tajante entre los diversos casos a la luz de las implicaciones dogmáticas y político-criminales de los mismos. Puede por tanto avanzarse que su distinción será más de grado que una de naturaleza más radical.

4. Por último, debe tenerse en cuenta que la mayoría de los supuestos han sido extraídos de la literatura científica y la jurisprudencia alemanas habiéndose, por ello, introducido casi siempre modificaciones de mayor o menor entidad con el fin de adaptarlas de forma más adecuada a nuestra propia realidad jurídica. De cualquier manera, cuando proceda, siempre se hará referencia a la fuente a partir de la cual se ha formulado el supuesto concreto no teniendo por qué ser aquélla la primera que hizo referencia al supuesto o el autor que originariamente lo formuló. El hecho de que haya un cuerpo de casos de referencia que casi todos los autores traen a colación ha determinado la introducción de matices diferenciales en los mismos que en cierto modo hacen variar el supuesto aparentemente idéntico: desde nuestra perspectiva hemos optado por referir la fuente que, a partir de los matices correspondientes y contexto en que se formula, nos ha resultado más sugerente e idónea para ilustrar los problemas subyacentes.

2.1. Supuestos de “satisfacción de necesidades vitales”

Se trataría de casos en los que la contribución de un tercero se dirige a satisfacer necesidades básicas, vitales (proporcionar alimento, casa, ayuda médica...) de un (potencial) delincuente planteándose la discusión sobre su eventual eficacia “favorecedora” en el momento en que se producen en “contextos delictivos” que podrían comprometer su apariencia no específica ni de clara orientación al hecho delictivo principal. La referencia a estos comportamientos como grupo ya se encuentra en la doctrina alemana¹⁰⁵ si bien sus perfiles no están todavía suficientemente delimitados pues tal y como RANSIEK pone de manifiesto no parece fácil determinar qué haya de entenderse por “necesidad básica” o “vital”¹⁰⁶ Su característica más propia no sería, sin embargo, la de verse acompañada –en relación de mayor o menor proximidad- por un contexto delictivo que, como veremos, no deja de ser <<el problema>> que traspasa a todos los supuestos que vamos a tratar, sino las propiedades extraordinariamente genéricas de la propia contribución cuyo eventual efecto favorecedor parece proyectarse más sobre el autor mismo que sobre lo que éste haga o tenga proyectado llevar a cabo¹⁰⁷.

Por ceñirnos al “núcleo” de supuestos que la literatura parece incardinar en esta línea¹⁰⁸ vamos a limitarnos a señalar únicamente tres casos de referencia:

a.1. [CASO 1] Un carnicero y un panadero proveen de forma habitual con productos de primera necesidad al proxeneta que regenta un local de prostitución quien destina las viandas a la cocina común que se ubica en el propio local de citas y en la que diariamente desayunan, comen y cenan tanto las prostitutas como el propio proxeneta¹⁰⁹. El carnicero y el panadero saben con

¹⁰⁵ Véase, por todos, RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 46; AMELUNG, *Die Neutralisierung*, pp. 11, 12 y 20, con ulteriores referencias bibliográficas de la literatura alemana. Véase, también entre nosotros, BLANCO CORDERO, *Negocios*, pp. 284 y 285.

¹⁰⁶ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 46. Así, por ejemplo, BLANCO CORDERO, *Negocios*, pp. 284 y 285, hace referencia, en el contexto de análisis del delito de blanqueo de capitales, a los “negocios necesarios para la vida” en términos ciertamente amplios pues incluye no sólo las contraprestaciones consistentes en alimentos, vivienda o vestido, sino también en cuidado corporal, cultura e incluso en participación en la vida social u otras necesidades humanas no básicas.

¹⁰⁷ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 46.

¹⁰⁸ Siguiendo a AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 11, sería el caso –que a continuación vamos a mencionar- del suministro de pan y vino a una casa de citas el que de forma mayoritaria recogería la doctrina a este respecto.

¹⁰⁹ Ejemplo tomado –y modificado- de MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 282. Este autor reproduce parcialmente una decisión del Tribunal del *Reich* de principios del siglo pasado en donde también es objeto de enjuiciamiento la actividad de provisión de bebidas alcohólicas. Esta última fue objeto de

seguridad que el proxeneta utiliza menores de edad en la casa de citas, en ocasiones con empleo de violencia, a quienes induce a la prostitución:

- **variación a.1.1. [CASO 2]:** el carnicero y el panadero sospechan –no descartan- por los movimientos de personas que se producen en el local, las costumbres, antecedentes, colaboradores y comentarios del proxeneta y el aspecto de algunas de las prostitutas, que se trata de menores de edad o que eventualmente se utiliza la violencia contra aquéllas para obligarles a llevar a cabo algún acto concreto de prostitución.

a.2. [CASO 3] La dueña de un bar atiende como de costumbre a un cliente habitual que desayuna en el local todos los días¹¹⁰. El cliente antes de recibir la prestación le confiesa que va a cometer un atentado mortal esa misma mañana. A pesar de ello la dueña no duda en servirle un copioso desayuno y prepararle, tal y como el cliente se lo solicita, dos bocadillos más para llevar:

- **variación a.2.1. [CASO 4]:** el cliente, de etnia gitana, es conocido en el barrio por su historial de delitos contra la propiedad, especialmente de supermercados. Ese día al servirle el desayuno puede ver cómo, en compañía de otros clientes, y notablemente excitados, consultan un plano de ciudad en el que se encuentra marcado con un aspa roja un supermercado de reciente apertura. La dueña por la conversación y circunstancias cree estar ante lo que parece ser la discusión de los detalles de un “golpe” inminente. Al finalizar la consumición solicitan de la encargada que les prepare para llevar unos cuantos bocadillos.

a.3. [CASO 5] Un sujeto se encuentra en el interior de la Facultad de Medicina en un lugar apartado del pasillo donde se ubican las máquinas expendedoras de tabaco. Es manifiesto que está utilizando una ganzúa para intentar forzar la cerradura que le permita extraer la recaudación del día de la máquina en cuestión. El día es extremadamente caluroso lo que se agudiza por el esfuerzo al aplicar la ganzúa. En las inmediaciones un grupo de estudiantes celebran el paso de curso, bebiendo y brindando con latas de refresco. Aunque se habían apercebido de la actividad llevada a cabo en la máquina de tabaco ante la solicitud del autor de que le convidaran a una lata refrescante, uno de los estudiantes le entrega una de ellas tras lo cual prosigue su labor de forzamiento¹¹¹.

2.2. Cumplimiento de obligaciones jurídicas no específicamente penales

condena como complicidad punible mientras que la entrega de pan, productos de carnicería, etcétera, resultaron impunes. Al margen de la redacción concreta y de la interpretación de los tipos penales relativos a la prostitución en Alemania a principios del siglo XX entendemos que puede ser de utilidad el supuesto con relación a los artículos 187 ss. del CP 1995 con las debidas matizaciones y de darse los elementos típicos de autoría correspondientes.

¹¹⁰ Ejemplo tomado –y modificado- de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 67.

¹¹¹ Ejemplo tomado –y modificado- de ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 3 y 5.

En este grupo de casos¹¹² la característica común puede verse en el hecho de que el desenvolvimiento ordinario de una relación jurídica previa puede ofrecer la base material sobre la que descansa un eventual favorecimiento delictivo ajeno. Los diversos matices que pueden fluir en esta constelación de supuestos dificulta aún más que en el grupo anterior trazar una línea nítida entre estos comportamientos y algunos de los que a continuación (grupo 2.3.) van a referirse. En tal sentido aquí sólo serán traídos a colación tres casos en los que cabe separar formalmente de manera más clara la relación jurídica previa de lo que sería, en su caso, un eventual favorecimiento posterior de un hecho delictivo a partir de la función que cumpla el objeto de la prestación –o contraprestación- debida según la obligación jurídica previa.

b.1. [CASO 6] El acusado, que mantenía una relación de convivencia esporádica con una mujer, le transfiere regularmente una cantidad económica habida cuenta de la difícil situación que ésta atraviesa. Tiene conocimiento de que su compañera recibe el dinero pero que, a pesar de ello, oculta este ingreso de forma sistemática para así poder recibir una ayuda social mensual para su subsistencia por parte de los Entes Públicos y que, de otra manera, no podría recibir¹¹³.

b.2. [CASO 7] Un sujeto, haciendo frente al vencimiento de su obligación, procede a liquidar su deuda con el acreedor de quien sabe que va a utilizar el dinero que se le va entregar para hacerse con los medios necesarios para poder llevar a cabo un determinado delito¹¹⁴.

b.3. [CASO 8] Un cliente encarga –y paga- a un profesional del bricolaje que le haga un determinado armario a medida a pesar de que sabe que no paga sus impuestos¹¹⁵:

- **variación b.3.1. [CASO 9]:** en una clínica dental el odontólogo tiene por costumbre no extender factura alguna tras el cobro de los servicios prestados. Un cliente habitual, emparentado por afinidad con el médico, tiene conocimiento de que el citado dentista declara un volumen de operaciones muy inferior al realmente realizado, defraudando así en su declaración impositiva al fisco para lo cual la falta de soporte documental de los cobros es un elemento relevante. A pesar de ello, el cliente continúa acudiendo a la consulta y nunca se ha planteado exigir ningún justificante de los pagos realizados por temor a que, de hacerlo, tenga que pagar más dinero por cada intervención al serle eventualmente repercutido el correspondiente impuesto.

¹¹² Debe subrayarse que el grupo de casos que WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 9, denomina como “satisfacción de (otras) pretensiones jurídico-civiles (el favorecedor satisface sus obligaciones jurídico-civiles)” nosotros vamos a integrarlo, parcialmente al menos, en el grupo que a continuación de este se expondrá. También en una línea similar BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 47; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 1001, hace referencia expresa a grupos de ejemplos en que se vendrían a satisfacer obligaciones civiles aunque en unos casos concluye la atipicidad (delitos de defraudación tributaria) mientras que en otros alude a que deben enfocarse estos supuestos como verdaderas causas de justificación (encubrimiento).

¹¹³ Ejemplo tomado –y levemente modificado- de MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 282.

¹¹⁴ Ejemplo tomado de JAKOBS, *Strafrecht*, p. 696.

¹¹⁵ Ejemplo tomado de ROXIN, *Was ist*, p. 512.

2.3. Participación en negocios de intercambio de bienes o servicios

Los casos que a continuación se van a esbozar apuntan a la tensión interpretativa que genera la contribución que el sujeto lleva a cabo y que, ajustada “aparentemente”, externamente, al rol propio de trabajo¹¹⁶ que desempeña, se presentan, a la vez, en una tormentosa relación con un hecho delictivo ajeno del que no parece poderse distanciar a efectos de responsabilidad. Es el propio objeto de la prestación-contraprestación el que parece favorecer el desarrollo delictivo principal acompañado, además, por el conocimiento –más o menos seguro- del contexto delictivo que rodea la actuación del sujeto eventual cómplice. La “relación” entre “favorecimiento” y hecho principal se materializa, en cualquier caso, en términos de mayor concreción que la mera satisfacción de necesidades puramente vitales del autor y se dirige de forma más claramente reconocible al hecho principal. Desde este punto de vista, y a diferencia del primer grupo de casos, podemos avanzar que hay una peligrosidad, un nivel de riesgo, más elevado o, con otras palabras, una contribución más específica.

En ocasiones la propia prestación (o contraprestación) fluye en un contexto obligacional extrapenal, pero, a diferencia del segundo grupo, este componente no es tan determinante ni tan claramente separable de la aportación aparentemente delictiva. Son supuestos, si se quiere expresar así, más al límite que las constelaciones anteriormente sugeridas de mera satisfacción de obligaciones civiles o no penales por cuanto los contornos, el contexto y el objeto propios de la relación jurídica extrapenal fluyen paralelamente, cuando no se confunden, con una actuación aparentemente favorecedora del delito que amenaza con contaminar y desbordar la relación contractual marco.

c.1. [CASO 10] El apoderado del departamento de compras de una empresa tiene conocimiento de que su jefe infringe notoria y diariamente la normativa medioambiental en la producción pero, a pesar de ello, lleva a cabo su labor¹¹⁷:

- **variación c.1.1. [CASO 11]:** el dueño de un restaurante contrata a una empresa de recogida de residuos para que le vacíe la fosa séptica de su establecimiento. El gerente de la empresa de recogida se dirige al local en un camión en compañía del conductor, empleado bajo sus órdenes, y proceden al vaciado. Posteriormente el gerente toma la decisión de verter la carga, unas ocho toneladas de residuos en estado líquido, en un colector que conduce directamente a una ría con abundante riqueza de fauna marina. El empleado es quien realiza la maniobra física del vertido y se apercibe de que la carga cae directamente a la ría. Dicho empleado tiene conocimiento de la irregularidad del vertido pero no duda en llevarlo a cabo siendo, por otra parte, habitual proceder desde que hace ya cinco años trabaja en esa empresa¹¹⁸;

¹¹⁶ Véase también la clasificación que expone WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, p. 23 ss., que distribuye en tres grupos (intercambio de objetos; entrega de informaciones; y otras prestaciones) lo que el autor define como “comportamientos favorecedores condicionados por el marco laboral” (*berufbedingtes Förderungsverhalten*) y que, esencialmente, se trata de supuestos que nosotros integramos en este tercer grupo salvo lo referido a la entrega de información (abogados...) y alguna otra excepción aislada.

¹¹⁷ Ejemplo tomado –y en las variaciones modificado- de MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 285.

¹¹⁸ Ejemplo tomado –y levemente modificado- de la STS 13 marzo 2000 (Ar. 3315; Ponente Diego Antonio RAMOS GANCEDO).

- **variación c.1.2. [CASO 12]:** “A” provee de materia prima a uno de sus clientes “B” quien, a partir de aquélla, elabora productos de venta directa al público. “A” conoce que “B” en la elaboración de sus productos no respeta la normativa de protección del medio ambiente y que precisamente por ello obtiene una posición competitiva en el mercado que le permite un volumen de negocio creciente que revierte a su vez en una creciente demanda de materia prima¹¹⁹;
- **variación c.1.3. [CASO 13]:** “A” es proveedor de un elemento químico a una empresa que tras su uso en la producción genera aguas contaminantes que son vertidas en cantidades superiores a las permitidas por la correspondiente licencia. Por el volumen y asiduidad de demanda del material químico que provee y por la fluida relación con la empresa acreedora “A” sabe positivamente que se realizan vertidos ilegales pues conoce los términos de la licencia y que las cantidades demandadas exceden notoriamente las que deberían utilizarse para producir de conformidad con los vertidos autorizados¹²⁰.

c.2. [CASO 14] Una empresa proveedora de carne al por mayor suministra unas 400 toneladas de carne de antílope africano que posteriormente fue vendida por la empresa compradora como carne europea con un precio de venta al público muy superior, por tanto, al que se hubiera podido conseguir de haberse declarado la procedencia africana. La empresa proveedora tenía conocimiento de las maniobras defraudatorias que iba a llevar a cabo la empresa compradora. El precio de venta al por mayor no se correspondía tampoco con el de mercado, acercándose más bien al de venta al por mayor de carne europea lográndose, así, una operación mucho más rentable¹²¹.

c.3. [CASO 15] Un panadero, a pesar de conocer las intenciones homicidas de uno de sus clientes habituales, le vende el pan que pretende utilizar para envenenar a su esposa:

- **variación c.3.1. [CASO 16]:** el pan objeto de venta ha sido moldeado por el panadero con unos determinados huecos en su interior de tal forma que resulte idóneo para albergar debidamente escondido el veneno¹²²;
- **variación c.3.2. [CASO 17]:** el dueño de una papelería vende a su amigo y cliente habitual papel y tinta aun sabiendo que éste se dispone a realizar con ellos una falsificación documental¹²³;
- **variación c.3.3. [CASO 18]:** el dueño de una ferretería vende un destornillador al cliente de quien sabe que lo va a utilizar para llevar a cabo un robo con fractura¹²⁴;
- **variación c.3.4. [CASO 19]:** dos grupos de aficionados de equipos rivales se enzarzan en una pelea delante de una tienda de artículos deportivos con grandes escaparates de cristal que permiten divisar el altercado callejero. Uno de los intervinientes en la reyerta penetra en

¹¹⁹ Ejemplo tomado –y modificado- de MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 285.

¹²⁰ Ejemplo tomado de NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 528.

¹²¹ Ejemplo tomado de la Sentencia del Tribunal Supremo de Suiza de 13 Octubre 1993 (Bundesgerichtsentscheidungen –BGE- 119 IV 112).

¹²² Ejemplo tomado de JAKOBS, *Regreßverbot*, p. 27.

¹²³ Ejemplo tomado de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 62.

¹²⁴ Ejemplo tomado de ROXIN, *Was ist*, p. 514.

el establecimiento y pretende comprar un bate de beisbol. El dueño de la tienda lo vende y cobra el precio¹²⁵;

- **variación c.3.5. [CASO 20]:** el dueño de una tienda de aparatos electrónicos le vende a un cliente un filtro de circuito cerrado idóneo para desactivar la señal que impide visualizar las emisiones correspondientes a los no abonados de un canal de televisión de acceso restringido. El filtro, no obstante, también puede tener otros usos como el de decodificador de televisiones amateurs¹²⁶.

c.4. [CASO 21] El director de una sucursal local, con autonomía de decisión al respecto, concede un préstamo en las condiciones normales a un cliente del cual no cabe descartar que vaya a utilizar el dinero para financiar una actividad delictiva¹²⁷:

- **variación c.4.1. [CASO 22]:** el director de una sucursal autoriza la transferencia de fondos desde la cuenta del cliente en el país a otra cuenta de una filial del banco en el extranjero a través de un producto financiero (Cuenta CpD) que se caracteriza por la posibilidad de admitir ingresos anónimos en que no consta quién realizó el abono. Se comprueba que el cliente defrauda a Hacienda al no declarar el capital depositado en la cuenta anónima¹²⁸.

c.5. [CASO 23] Un taxista en detenido en la calle por un potencial cliente. Tras indicarle la dirección a la que desea dirigirse y antes de poner en marcha el vehículo el cliente hace saber al taxista que en realidad se dirige a cometer un atentado mortal contra un famoso político que está dando una conferencia en el lugar de destino. El taxista lleva al cliente y cobra su carrera según la tarifa normal¹²⁹.

c.6. [CASO 24] El gerente de una empresa ubicada en la orilla de un río ofrece una cantidad de dinero al dueño de un predio colindante, conocido por sus conocimientos del entorno, a cambio de información detallada sobre las características del río, su fauna marina, caudal, pureza de las aguas, tráfico marino, lugares de mejor y más fácil acceso de camiones, etcétera...El dueño del predio sospecha que el gerente se está informando para llevar a cabo vertidos ilegales pues viene observando la actividad de la empresa desde hace tiempo y en particular determinadas actividades nocturnas (movimientos de camiones, acumulación de residuos...). A pesar de ello le da toda la información posible pues desea cobrar la contraprestación y, además, que se produzca algún vertido contaminante para así poderse acoger a ayudas públicas y cobrar indemnizaciones que le permitan cerrar su actividad agropecuaria y obtener beneficios rápidos. Efectivamente se produce un posterior vertido que integra un delito contra el medio ambiente;

- **variación c.6.1. [CASO 25]:** mismo supuesto que el anterior pero el dueño del predio colindante tiene conocimiento seguro de las actividades de vertidos ilegales e imposición de cuantiosas multas por ilícitos administrativos por ser funcionario de la Administración y haber tenido acceso a expedientes de la citada empresa. El gerente, sin embargo, desconoce su condición de funcionario y procede a recabar la información.

¹²⁵ Ejemplo tomado –y modificado- de ROXIN, *Zum Strafgrund*, p. 380; FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 60.

¹²⁶ Ejemplo de la jurisprudencia suiza tomado de WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 437; DEL MISMO, *Hilfeleistung*, pp. 171 y 172.

¹²⁷ Ejemplo tomado –con leves modificaciones- de JAKOBS, *Strafrecht*, p. 699.

¹²⁸ Ejemplo de la jurisprudencia alemana, <<caso Dresdner-Bank>> (sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 23.03.1994 en *Wistra* 1994, p. 221 ss.).

¹²⁹ Ejemplo tomado –y levemente modificado- de ROXIN, *Was ist*, p. 513.

c.7. [CASO 26] La secretaria de un reputado arquitecto redacta una carta manifiestamente injuriosa a dictado de su jefe quien la envía inmediatamente al destinatario¹³⁰:

- **variación c.6.1. [CASO 27]:** la secretaria personal del gerente de una empresa pasa a limpio un documento del que le consta que incorpora datos falsos y que su jefe pretende hacer pasar por verdaderos en la correspondiente declaración de impuestos¹³¹.

c.8. [CASO 28] El empresario "A" lleva a cabo una cesión legal de trabajadores a "B" a pesar de conocer la intención confesa de éste de utilizar a los trabajadores para realizar, más allá del trabajo contratado, horas extras que no se declararían a efectos de practicar las retenciones impositivas correspondientes¹³²:

- **variación c.8.1. [CASO 29]:** el empresario cedente sospecha que el cesionario terminará por lograr que los trabajadores, del ramo de la construcción, estén dispuestos a trabajar a destajo y sin las debidas medidas de seguridad a cambio de un mayor sueldo, como así efectivamente ocurrirá. No obstante cede a los trabajadores.

¹³⁰ Ejemplo tomado de SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 62.

¹³¹ Ejemplo tomado de WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 431.

¹³² Supuestos inspirados en el caso que describe MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 283, relativo al empresario que cede a trabajadores a pesar de que considera probable que el cesionario no está dispuesto a retener las cantidades correspondientes a las obligaciones tributarias.

3. LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA SOBRE LOS ACTOS NEUTROS EN LA COMPLICIDAD: ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. A pesar de las dificultades ya señaladas en la introducción debido a la falta de homogeneidad en la literatura específica, tanto en los puntos de partida como incluso en el mismo objeto de estudio, podría sugerirse una consideración de las diversas posturas en **cuatro grupos de teorías**. Dicha clasificación obedece al criterio del lugar sistemático en que de forma preferente se tiende a situar la discusión sobre la punibilidad, o no, de contribuciones a hechos delictivos ajenos. Salvo posiciones marginales o sectores regulativos muy particulares¹³³ puede afirmarse que la gran mayoría de la literatura científica y la propia jurisprudencia decide sobre la relevancia penal de esta clase de supuestos en la **tipicidad**: el criterio a que aludimos hará referencia, por tanto, de forma aún más precisa, a la ubicación de la cuestión dentro de dicha categoría¹³⁴ como problema del tipo subjetivo u objetivo o de ambos a la vez en sus diversas combinaciones. Hagamos un esbozo previo, introductorio, antes de iniciar, de forma más detenida, el análisis de cada uno de ellos.

1.1. Puede definirse un primer grupo de posiciones, ya cabe avanzar que muy minoritario, como <<**teorías subjetivas**>> en la medida en que tienden a ver la especificidad de estos casos exclusiva o preponderantemente en el tipo subjetivo pero –y esto es fundamental para comprender la clasificación que se expone– dando de forma implícita por supuesto que las contribuciones “neutras” realizadas satisfacen <<formalmente>> los requisitos del tipo objetivo. Quien, por ejemplo, vende un destornillador, o un bate de beisbol, provee de materias primas a otra empresa o redacta una declaración defraudatoria de impuestos para un tercero, etcétera,

¹³³ Véase, resumidamente, AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 29 ss.; TAG, *Beihilfe*, p. 51. También FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 312 ss., quien señala en su compleja propuesta de criterios un grupo de supuestos que deberían ser reconducidos al estado de necesidad o, más precisamente, a su lógica subyacente para determinar la frontera entre conductas de omisión pura y de comisión por omisión. Se trata éste, en cualquier caso, de un criterio complementario que no desplaza el tratamiento del núcleo del problema en sede de tipicidad tal y como más adelante se expondrá al analizar la postura de este autor dentro de las teorías objetivas “puras”. Acertadamente crítico con tal propuesta, como veremos, NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 519 ss. Entre nosotros también acude a las causas de justificación para determinados grupos de casos BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 47.

¹³⁴ En esta contribución partimos de una concepción tripartita matizada en la línea de la sostenida por ROXIN, *Strafrecht*, p. 232 ss. y 235, 236, cuando propugna que el tipo y la antijuricidad como categorías deben permanecer separadas sistemáticamente si bien tal diferenciación no excluye que ambas conformen el tipo total de injusto. El “injusto” es, por tanto, una categoría de unidad superior en la que cabe contemplar los aspectos diferenciados de la tipicidad y de la ausencia de justificación, constituyendo ambos partes “no independientes” dentro del injusto. El concepto de tipicidad, como categoría separable sistemáticamente de la antijuricidad, es, por tanto, el “tipo de injusto” (*Unrechtstatbestand*), pero no es idéntico al “injusto” (*Unrecht*). Nos adherimos así al sector mayoritario de nuestra doctrina: véase, por todos, CEREZO MIR, *Curso*, pp. 93 y 81 ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho*, p. 451 ss.; CUELLO CONTRERAS, *EL Derecho*, pp. 395 y 393 ss.; GOMEZ BENITEZ, *Teoría*, p. 277 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho*, p. 287 ss.; QUINTERO OLIVARES, *Manual*, pp. 302 ss. y 297 ss. También, LUZON PEÑA, *Curso*, pp. 329 y 330, quien admite el carácter mayoritario de dicho sector, si bien se adhiere a la teoría de los elementos negativos del tipo en la línea de GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, p. 33 ss.; MIR PUIG, *Función*, p. 85 ss.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito*, p. 31. SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 396 ss., por un lado mantiene una concepción bipartita del delito – antijuricidad y sancionabilidad– a la vez que incluye en el dolo el conocimiento de los presupuestos objetivos de justificación afirmando que “tipicidad y exclusión del injusto penal tienen idéntica función material”; pero, por otro lado, asegura que ello “tampoco supone necesariamente acoger en toda su extensión la teoría de los elementos negativos del tipo, esto es, la idea de la total identidad de significado (e intercambiabilidad) de los elementos <<positivos>> y <<negativos>> del <<tipo total de injusto>>”.

con un conocimiento más o menos seguro de la realización delictiva ajena, estaría desarrollando una conducta objetivamente imputable y serían entonces las características concretas del dolo que presenta el eventual cómplice las que permitirían, en su caso, excluir la tipicidad.

Esto supone, como veremos, una consideración naturalista y excesivamente amplia del ámbito de prohibición de las normas penales que huérfana de criterios materiales en el tipo objetivo establece un correctivo tardío en el tipo subjetivo que, si bien en el caso concreto puede excluir igualmente la punición de conductas, entraña una lectura normativa que puede dar pie a declarar en principio como complicidad punible un sector insoportablemente extenso de conductas según los parámetros que deberían regir en un Estado social y democrático de Derecho. Subyace una peligrosa subjetivización de la responsabilidad que nos acerca a modelos de intervención del derecho penal de la “actitud interna” y de “autor” a la vez que vacía de contenido los criterios de tipicidad material e imputación objetiva cuya virtualidad queda relegada a una de carácter más bien puramente formal. Además una tal concepción abre en exceso la puerta a los problemas de arbitrariedad judicial al hacer depender casi en exclusiva (sin filtros objetivos complementarios) la calificación penal de la prueba, siempre difícil, del lado subjetivo.

1.2. En el otro extremo se encuentran las que denominaremos <<**teorías objetivas “puras”**>>. Renuncian estos autores, siempre dentro de la tipicidad, a otorgar relevancia a filtros subjetivos en un doble sentido. En primer lugar no creen que sea un problema de dolo (ni imprudencia). En esencia su planteamiento reivindica, por seguridad jurídica, un primer escalón de relevancia típica en el nivel objetivo para evitar que la contribución sea calificada de complicidad punible en función –ni exclusiva ni primordialmente - de la intención favorecedora del eventual partícipe: el tipo de complicidad no puede depender sólo de que el sujeto actúe con dolo. Debería partirse, como primer presupuesto, de un comportamiento externo perturbador manifestado objetivamente (esto es, intersubjetivamente favorecedor) sobre el que sólo pasado ese nivel debería considerarse el tipo subjetivo: si no hay contribución “objetivamente” favorecedora por mucha intención dolosa de favorecer que se dé ésta no puede contaminar “hacia atrás” (desde un punto de vista sistemático) la calificación previa convirtiendo en relevante lo que era irrelevante por falta de tipo objetivo.

El problema se ubica así en el tipo objetivo y se postula además, en segundo lugar, una separación tajante entre lo objetivo y lo subjetivo que nos lleva a un segundo filtro “objetivo”: a la hora de determinar cuándo se está ante una contribución “objetivamente” favorecedora se niega toda eficacia a datos subjetivos y, en particular, al dato del conocimiento –sea este seguro o de probabilidad- sobre la intención de un tercero (eventual autor) de llevar a cabo un hecho delictivo principal. Dicho de forma más concluyente: lo que haya de ser “contribución delictiva” no puede depender en un principio, de acuerdo al carácter secuencial de las categorías de la teoría del delito, ni esencial ni accidentalmente de que quien actúe sepa que lo actuado se inscribe en un contexto delictivo más o menos próximo. La cualidad objetivamente delictiva de la contribución (tipo objetivo), por tanto, debe de depender de otros criterios previos que no pueden conmovirse ni matizarse por ese dato “subjetivo” del conocimiento delictivo: lo contrario, sentencian estos autores, llevaría a una inaceptable infiltración del tipo subjetivo en lo objetivo y en su caso a una disolución del carácter “objetivo” de la imputación.

Habremos de insistir, para un cabal entendimiento de este conjunto de teorías, que la idea rectora es que no cabe “convertir” en partícipe a alguien porque “sabe” que lo que está haciendo pueda –o vaya- a ser utilizado por un sujeto decidido a delinquir: ¡el delincuente no puede decidir los espacios de libertad del resto de ciudadanos en función de sus intenciones! La

limitación de la libertad del partícipe exige por ello algo más que ese dato “subjetivo” que se relega pues al tipo subjetivo.

Esta teoría objetiva pura se puede oponer como extremo a las teorías subjetivas ya que el desplazamiento del problema –adelantándolo- al tipo objetivo (primer filtro objetivo) y la negación de relevancia de datos “subjetivos” en esta sede (segundo filtro objetivo) convierte ciertamente en “neutras” a buen número de conductas que no requieren ya de correctivos posteriores para ser declaradas desde un principio –y de raíz- atípicas.

1.3. En un punto intermedio entre las teorías objetivas puras y las teorías subjetivas la mayoría de autores adopta una **posición ecléctica, mixta**, que parte de un anclaje del problema de la neutralidad en el **tipo objetivo** pero que admite, según dos grandes grupos, diversos niveles de relevancia para lo que vendrían a ser datos o criterios subjetivos. No se propugna una caracterización tan “objetiva” del tipo negándose a admitir que la inclusión de datos llamados “subjetivos”, por ejemplo, el conocimiento de resoluciones delictivas ajenas, pueda llegar a comprometer el carácter objetivo del juicio de imputación. A partir de aquí, matices aparte, cabe identificar una sinuosa frontera entre quienes tienden a mostrar como criterio general un mayor grado de exigencia para admitir la tipicidad en casos de dolo eventual y quienes, por el contrario, no derivan de los diversos grados de dolo necesariamente diferencias estructurales a la hora de valorar si una contribución aparentemente neutral ha abandonado ya la zona libre.

Con relación a este último grupo de autores podríamos hablar de **teorías mixto-objetivas** desde el punto de vista de que los criterios de imputación objetiva admiten datos “subjetivos” pero sin llegar tan lejos como para condicionar con criterios adicionales el tipo objetivo según que el autor lleve a cabo una contribución con dolo directo o eventual. Domina en este sentido el perfil “objetivo” de un juicio unitario de imputación aunque incluya como datos a tener en consideración el de los conocimientos “especiales” y, entre ellos, especialmente el de la resolución delictiva ajena.

1.4. Van más allá, por último, las **teorías mixto-subjetivas** porque, en definitiva, combinan un doble filtro subjetivo: esto es, en primer lugar, admiten datos subjetivos en el tipo objetivo y además ello les lleva, en segundo lugar, a asumir *de facto* diferencias estructurales (esto es, subcriterios generales) de imputación según sean casos de partícipes con dolo directo o eventual respecto del contexto o resolución delictiva ajena. Ello no quiere decir, como veremos, que la clase de dolo *determine en exclusiva* la relevancia típica sin más. Debe insistirse en que se parte de la necesidad de que se hallen satisfechos los requisitos pertinentes para integrar el tipo objetivo pero se admite que las distintas clases de dolo responden a situaciones “objetivamente” (intersubjetivamente) diferentes que requieren, por tanto, una diferente consideración sistemática.

No es lo mismo que del contexto se derive una probabilidad rayana en la seguridad de que el sujeto destinatario de la contribución llevará a cabo un delito grave que la mera probabilidad no apoyada suficientemente en indicios objetivos. Pues bien, cuando en dichos contextos el eventual partícipe realiza una contribución su calificación dependerá, por tanto, del propio juicio (intersubjetivo) ex ante de pronóstico sobre la probabilidad –seguridad- de realización delictiva ajena y condicionará también la presencia y grado de dolo. Por ello la frontera entre conocimientos especiales y dolo es más fluida y se aprecia un juicio de imputación objetiva que “va y viene” del tipo objetivo al subjetivo en un difícil equilibrio de separación teórica entre ambos tipos, pero no tajante ni estanco de acuerdo con un juicio global de tipicidad. Los “conocimientos especiales” se adscriben así al tipo objetivo e incluso determinan diferentes

criterios de imputación en ese nivel pero a la vez enlazan con el propio tipo subjetivo del que, sin embargo, se diferencian: no será lo mismo dolo y conocimiento de intención delictiva ajena pero, en cierto modo, interaccionan.

2. Así expuestas las diversas posturas vamos a abordar su análisis con mayor detalle partiendo de la más tradicional –la teoría subjetiva- para posteriormente seguir con las teorías objetivas “puras”, mixto-objetivas y mixto-subjetivas.

3.1. Teorías subjetivas

Si los actos aparentemente neutrales de complicidad son contribuciones realizadas en el ámbito o contexto laboral a un hecho delictivo ajeno, las teorías subjetivas vendrían a recoger aquellas posturas que preconizan que será el tipo subjetivo, el dolo, del eventual partícipe el que nos dará la clave para determinar si esa apariencia de inocuidad responde a la realidad o, por el contrario, la contribución es complicidad punible. Dicho más tajantemente: la relevancia típica de la contribución dependería, según esta concepción, <<esencialmente>> del dolo del partícipe de suerte que si hay voluntad de favorecimiento del hecho principal ésta contamina la aportación accesoria situándola dentro del ámbito de prohibición de la norma.

3.1.1. La postura tradicional de la jurisprudencia alemana

1. Esta parece ser, según reconoce la propia doctrina alemana¹³⁵, la postura mantenida por la jurisprudencia tradicional de aquel país que recientemente, sin embargo, ha corregido su rumbo desplazando el problema al tipo objetivo en la línea de la propuesta sugerida por ROXIN¹³⁶. La ventaja y razón de un tal emplazamiento sistemático del problema podría buscarse en una aproximación intuitiva e irracional desde un pretendido sentido popular de la justicia (<<Rechtsgefühl>>) tal y como apunta atinadamente WOLFF-RESKE¹³⁷. Ello, sin embargo, en absoluto está en condiciones de compensar las múltiples objeciones que a ello se pueden oponer de las que a continuación se expondrán las más fundamentales.

Para ello partamos de uno de los primeros supuestos de la jurisprudencia alemana¹³⁸, el llamado <<caso del burdel>>, ilustrativo de los modos argumentativos que impregnan las tesis que pretenden reconducir al tipo subjetivo el problema de la neutralidad de determinadas contribuciones en el marco laboral a un hecho delictivo ajeno. En el supuesto en cuestión¹³⁹ el acusado había provisto con determinadas cantidades de vino a una casa de citas aceptando en las condiciones de pago un aplazamiento (“a crédito”). En los razonamientos del Tribunal del Reich (sentencia del 14 de junio de 1906) se concluye el castigo por complicidad al proxenetismo ocupando un lugar central el argumento según el cual a la hora de proveer el producto no se

¹³⁵ HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 44; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 56; TAG, *Beihilfe*, p. 50; WOLF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, pp. 57 y 183.

¹³⁶ ROXIN, *Leipziger Kommentar*, § 27, 20, afirma que se da un acercamiento tendencial en la jurisprudencia a las posiciones por él mantenidas (y de las que nos ocuparemos *infra*, apartados 3.1.4. al presentar las teorías mixto-subjetivas y 3.1.2.) pero subrayando, al mismo tiempo, que los tribunales no sostienen todavía una concepción cerrada y clara. Más recientemente, en el mismo sentido, DEL MISMO, *Was ist*, p. 515.

¹³⁷ WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, pp. 57 y 183.

¹³⁸ WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, p. 41 ss., asegura que, salvo error u omisión, el caso más antiguo data del año 1904 en el que el Tribunal del Reich enjuició un supuesto de asesoramiento jurídico por parte de un abogado que versaba, a petición del cliente, sobre la relevancia penal de una ayuda a la fuga de un familiar encarcelado.

¹³⁹ Reproducido con variaciones *supra*, apartado 2, CASOS 1 y 2.

limitó el acusado a desarrollar la labor propia de su sector laboral sino que, yendo más allá, demostró la voluntad de hacer posible la actividad de la casa de citas. Ello viene deducido, entre otros, del dato de que el producto que se sirvió era vino y además se pactó un aplazamiento del pago lo cual permitiría constatar la dirección final de la conducta.

En la misma línea argumental el tribunal compara la acción de proveer vino con la de otros productos como el pan o la carne negando, sin embargo, en tales casos la existencia de complicidad por parte del panadero o el carnicero. Al parecer faltaría entonces una conducta objetiva de favorecimiento ya que no cabe establecer una estrecha relación entre dichos productos –pan o carne- y la actividad de la casa de citas: si se trata de vino, por el contrario, existiría esa “estrecha relación”.

2. Como se puede observar el tribunal se maneja de forma solapada en un plano argumental que abraza los dos niveles –objetivo y subjetivo- de la tipicidad sin una clara distinción conceptual entre ambos¹⁴⁰ pero en el que, a nuestro entender, predomina el aspecto subjetivo. Siguiendo a WOLFF-RESKE el órgano judicial parece partir de una presunción de que los comportamientos favorecedores llevados a cabo en el ámbito laboral no entrañan esencialmente una voluntad de favorecimiento¹⁴¹. Por ello si el tribunal llegara a constatar a través del material probatorio que el sujeto quería favorecer el hecho principal entonces se está dispuesto a contemplar la conducta objetiva desde otra óptica que permita calificarla como favorecimiento punible. El dolo de favorecimiento convierte “hacia atrás” al tipo objetivo en otra realidad que ya no permite admitir la impunidad de la conducta laboralmente neutra sino que se colorea y contamina con la voluntad convirtiéndose en auténtica complicidad punible.

Al hilo del ejemplo del suministro de pan o vino ambas conductas integrarían en principio el tipo objetivo aunque no se declare expresamente y sólo si falta el dolo favorecedor decae la tipicidad. El esfuerzo argumental de la jurisprudencia hurta, sin embargo, el debate en ese nivel del tipo objetivo y permite que consideraciones puramente subjetivas y morales –¿es más reprobable el suministro de vino que de pan?- inspiren finalmente la decisión global del juicio de tipicidad. Desde el prejuicio subjetivo se releen los hechos demostrándose la ausencia de filtros objetivos suficientemente sólidos.

Al margen, por tanto, de declaraciones teóricas sobre la diferenciación de tipicidad objetiva y subjetiva ésta última se demuestra como la clave de la calificación desde la que un mismo comportamiento se convierte en “objetivamente” favorecedor o permanece “neutral” en la zona libre volatilizándose según la pura voluntad del partícipe todo contenido objetivo previo sobre el que debería de proyectarse posteriormente el dolo.

3.1.2. Pervivencia doctrinal de las tesis subjetivas: la postura de SCHILD TRAPPE

1. Una postura como la expuesta al hilo de sentencias de principios del ya pasado siglo XX y que, al día de hoy, ha sido abandonada por la propia jurisprudencia germana, parece que no debería de poder encontrar reflejo en la moderna discusión dogmática tan centrada precisamente en desarrollar y enriquecer el tipo objetivo y, particularmente, la(s) teoría(s) de la

¹⁴⁰ Compárese, por ejemplo, la interpretación del supuesto de hecho más en clave de tipo objetivo de MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 282, con la exposición que lleva a cabo WOLFF-RESKE, *Berufbedingtes Verhalten*, p. 43, mucho más aquilatada en torno al tipo subjetivo.

¹⁴¹ WOLFF-RESKE, *Berufbedingtes Verhalten*, p. 43.

imputación objetiva¹⁴². Por ello, como venimos insistiendo, el problema de la neutralidad en la complicidad encontrará su campo de controversia en el estado actual de la doctrina sistemáticamente en el tipo objetivo. Sin embargo no debe dejar de hacerse mención a la singular postura de la monografista suiza SCHILD TRAPPE que, a nuestro juicio, encaja materialmente con las tesis subjetivas más allá de la heterodoxa formulación conceptual y terminológica de su propuesta.

Tal y como ROXIN señala la obra de SCHILD TRAPPE titulada *¿Cooperación inócua? Estudio sobre el fundamento y límites de la cooperación* (Bern, 1995) es menos un análisis del problema de los actos neutros que una propuesta –radicalmente novedosa– de entendimiento de la complicidad en su conjunto¹⁴³. La autora parte así de una definición de las conductas de favorecimiento que, ante la heterogeneidad de supuestos que alberga esta figura jurídica, encuentra su mínimo común denominador nada menos que en la <<cooperación psíquica en el ámbito afectivo>>. La esencia de la complicidad estaría en la conducta de favorecimiento “psíquico” no al hecho realizado por el autor sino al autor mismo, por lo que la consumación se produce cuando éste recibe la influencia psíquica correspondiente. De ahí que, en lo que al desvalor de acción hace referencia, queda definida la cooperación como “influencia psíquica (dolosa) en el ámbito afectivo de un (futuro) autor criminal quien ya cuenta con dolo de realización de un determinado hecho delictivo pero todavía no ha comenzado su ejecución”¹⁴⁴.

La influencia psíquica sobre el autor tampoco es suficiente para integrar el desvalor de acción de la conducta del partícipe. A ello debe añadirse la necesidad de que el autor sea consciente del acto de solidaridad del cooperador: el favorecimiento consiste entonces en una manifestación de solidaridad por parte del cómplice hacia el autor que sea reconocible y, en última instancia, aceptada por éste¹⁴⁵.

La definición de la cooperación como forma de participación se cierra con el necesario complemento del desvalor de resultado que, de conformidad con la exigencia de accesoriedad, se remite a la necesidad de que efectivamente se lleve a cabo el hecho principal al menos hasta la fase de tentativa punible¹⁴⁶.

Basta la breve exposición realizada de la postura de SCHILD TRAPPE sobre la cooperación para comprender su alejamiento de la concepción absolutamente mayoritaria de la complicidad¹⁴⁷ precisamente por hacer residir la esencia de todo favorecimiento en el aspecto psíquico y dirigido al autor del hecho. Como ROXIN subraya, esto convierte la forma más discutida de complicidad, esto es, la psíquica consistente en el refuerzo de la decisión delictiva del autor, nada menos que en el prototipo¹⁴⁸ por lo que las tradicionales formas de favorecimiento físico o intelectual sólo tendrán relevancia en la medida en que puedan ser reconducidas a la modalidad indicada.

¹⁴² Nos remitimos, por todos, a la abundante bibliografía citada en LUZON PEÑA, *Curso*, p. 373 ss.; MIR PUIG, *Derecho*, p. 213 ss.; ROXIN, *Strafrecht*, 287 ss.

¹⁴³ ROXIN, *Recensión*, p. 29.

¹⁴⁴ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, pp. 96 y 97.

¹⁴⁵ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 97.

¹⁴⁶ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 101.

¹⁴⁷ En el sentido de partir de la complicidad física como modelo o núcleo del concepto y relegar a un segundo plano, e incluso rechazar, la modalidad psíquica. Véase, por todos, ya GIMBERNAT ORDEIG, *Autor*, p. 205 ss., y, recientemente, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 309 ss., 165 ss. y 225 ss., con ulteriores referencias bibliográficas.

¹⁴⁸ ROXIN, *Recensión*, p. 29.

2. En la misma línea, resultará igualmente polémica y discutible la fundamentación de la solución dada al problema específico de los actos neutros que son definidos como la cooperación prestada en el ejercicio de la actividad (laboral) cotidiana mediante comportamientos en sí mismos considerados inócuos¹⁴⁹. El problema es presentado, acertadamente, como una suerte de “prueba de fuego” para la teoría de la participación y lo aprovecha la autora para hacer un repaso de sus tesis.

Los actos pretendidamente neutros pertenecerían según SCHILD TRAPPE a la modalidad de complicidad física o intelectual por lo que partiendo de la definición que ella da no entrañan ninguna especificidad ni merecerían un tratamiento separado o particular. Su relevancia dependerá de que el comportamiento correspondiente, por ejemplo, el caso de la venta de un panecillo debidamente conformado para una finalidad delictiva [*supra* CASO 16], constituya una auténtica influencia psíquica en el ámbito afectivo del autor principal y, en definitiva, sea un acto de solidaridad reconocido y aceptado por aquél¹⁵⁰. Es importante destacar que las circunstancias “objetivas” del comportamiento de cooperación reducen su relevancia dentro del propio tipo objetivo de complicidad hasta casi desaparecer en la medida en que no son tenidas en cuenta sino como vía de conocimiento de la “influencia psíquica” en el autor. Si el eventual partícipe quiere solidarizarse con el autor y éste reconoce y acepta dicha manifestación casi podría decirse que da igual cual sea la vía elegida como vehículo de transmisión: la entidad objetiva del favorecimiento prácticamente se volatiliza.

Sirva de ejemplo, aunque no sea de los relativos a los actos neutros, la equiparación de la autora entre la conducta de proporcionar una palanqueta al ladrón y la de colocarle a efectos puramente estéticos una pluma en el sombrero antes de dirigirse a realizar el hecho delictivo¹⁵¹: ambas pueden convertirse en complicidad punible o resultar irrelevantes en función de que representen un acto de solidaridad con el autor y éste lo reconozca y acepte.

Como se puede comprobar hasta ahora hemos ceñido la exposición al tipo objetivo de la complicidad pudiendo concluir ya en este nivel el riesgo de extrema subjetivización que entraña la propuesta analizada: un desvalor de acción que descansa esencialmente sobre el influjo psíquico en el ámbito afectivo del autor principal se encuentra mucho más cerca del denostado modelo de derecho penal de autor y de la actitud interna que de una tipicidad construida sobre el hecho. Se trata de una definición de la tipicidad de la conducta del cómplice en la que se desplaza el núcleo desde el acto de favorecimiento (a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal) hacia una manifestación e indagación de la actitud de solidaridad con éste. Más allá de la propuesta formal se desdibujan las fronteras entre el tipo objetivo y el subjetivo vaciando este último de contenido al primero¹⁵². De forma gráfica se consuma una “invasión” del tipo subjetivo al objetivo confundiendo el favorecimiento con la manifestación de solidaridad.

Podría así concluirse que la concepción de SCHILD TRAPPE en realidad encaja en las tesis subjetivas pues se lleva al extremo la lógica de dotar de relevancia esencial al aspecto subjetivo si bien su plasmación sistemático-formal hace ya patente dicha subjetivización en los propios criterios de definición del desvalor de acción.

¹⁴⁹ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 182.

¹⁵⁰ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, pp. 186 y 187.

¹⁵¹ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 187.

¹⁵² ROXIN, *Recensión*, pp. 29 y 30, destaca el riesgo de Derecho penal de la actitud interna (Gesinnungsstrafrecht) y de autor (Täterstrafrecht) a la vez que destaca, también, su influjo en la asimetría entre el desvalor de acción y de resultado.

3. La crítica señalada sobre los riesgos de bascular hacia modelos de derecho penal alejados del Estado social y democrático de Derecho constituye, en otra dirección, un lugar común en el acervo argumental de aquellos sectores doctrinales que precisamente defienden la necesaria primacía del tipo “objetivo” como garantía de seguridad jurídica frente a los riesgos de una excesiva “subjetivización”. No tanto frente al caso extremo de SCHILD TRAPPE, sino sobre todo ante posiciones como la de ROXIN u OTTO¹⁵³, se alzan voces para denunciar la, al parecer, indebida infiltración del tipo subjetivo en el objetivo. Se critica el manejo de criterios diferenciados y requisitos distintos en el tipo objetivo según el acto pretendidamente neutro de favorecimiento se lleve a cabo con dolo directo o eventual. Tal diferenciación sería así la prueba evidente de que es el tipo subjetivo el que, indebidamente, condiciona y resta “objetividad” a los criterios de imputación. Sin perjuicio de un análisis posterior más detenido conviene ya ahora avanzar sintéticamente esa posición objeto de controversia pues resulta clave para poder cerrar con los debidos matices la crítica a la tesis de SCHILD TRAPPE e iniciar, simultáneamente, un intento de clarificación de este punto que, a nuestro juicio, por su abordaje ambiguo y poco preciso ha dado lugar ya a múltiples confusiones.

3.1. Según ROXIN, sin duda el autor más representativo de las tesis mixto-subjetivas, conviene diferenciar aquellos casos en los que los actos cotidianos, neutros, son llevados a cabo con conocimiento seguro de los planes delictivos del autor principal, esto es, con dolo directo, de aquellos otros en que el favorecimiento se realiza contando con la posibilidad de que la contribución vaya a ser utilizada por el autor principal para fines delictivos, esto es, con dolo eventual. La modalidad de dolo determinaría, en definitiva, la mayor (dolo directo) o menor (dolo eventual) amplitud del tipo de complicidad¹⁵⁴. De forma más precisa, cuando el favorecedor tiene conocimiento seguro de los planes delictivos del autor habrá complicidad punible sólo si además la contribución tiene “un claro sentido delictivo” que se da, según ROXIN, cuando la aportación del partícipe sólo resulta valiosa para el autor principal desde la perspectiva de hecho delictivo planeado y el favorecedor lo sabe. El criterio del “sentido delictivo” podría entonces redefinirse como requisito que exige que la aportación del cómplice tenga un sentido “exclusivamente” delictivo desde la perspectiva del destinatario de la contribución del partícipe. Con otras palabras, si la aportación del cómplice tiene (otro) sentido para el autor del delito al margen del plan delictivo ya no habría “claro sentido delictivo” (no hay sentido “exclusivamente” delictivo) y decaería la responsabilidad penal aun cuando se tuviera conocimiento seguro de los planes delictivos del autor y se hubiera hecho una contribución que, por neutra, resulta irrelevante a efectos de tipicidad¹⁵⁵.

Los criterios de definición de la tipicidad varían, sin embargo, cuando el favorecedor carece de conocimiento seguro pero cuenta con la posibilidad de que el autor principal lleve a cabo un comportamiento delictivo. Afirma ROXIN que en estos casos debe negarse como regla general el castigo salvo que –y ahí se introduce un criterio diferente y complementario respecto de los casos de dolo directo- haya una “reconocible inclinación al hecho” (“erkennbare Tatgeneigheit”) delictivo por parte del autor. Criterio este que apunta a una concreción en términos relativamente objetivos (y paralelamente al criterio del “sentido delictivo”) en la medida en que no basta para que se dé dicha “reconocible inclinación al hecho” la mera sospecha

¹⁵³ Y en general la de aquellos autores que incluiremos *infra*, apartado 3.4., entre las teorías mixto-subjetivas a donde nos remitimos para una profundización de sus posiciones.

¹⁵⁴ ROXIN, *Was ist*, p. 513.

¹⁵⁵ ROXIN, *Was ist*, p. 513 y 512-515.

subjetiva del eventual favorecedor sino que requiere concretos indicios que hagan (más) plausible la utilización delictiva posterior de la contribución¹⁵⁶.

3.2. No vamos a entrar en más detalles. Interesa ahora destacar únicamente que la afirmación y crítica contra ROXIN o posiciones similares de que la relevancia típica depende del tipo subjetivo resulta según lo expuesto, cuando menos, poco matizada. Más bien se detecta una readaptación de los criterios del tipo objetivo según las constelaciones de casos en función del dato –también relevante– de que la eventual conducta de favorecimiento se realice en un contexto en el que se conoce la finalidad delictiva del autor principal o esta sólo es posible. El conocimiento seguro o probable revelaría también, en el nivel del tipo objetivo y de los criterios de imputación, situaciones diferenciadas que permitirían hablar de favorecimientos “objetivos” – esto es, intersubjetivos– también diferentes. Más adelante volveremos sobre ello pero, de cualquier manera, subyace a la propuesta de ROXIN y, por extensión, a las de las teorías mixto-subjetivas, una definición del tipo objetivo y subjetivo en la que el conocimiento “especial” sobre los fines delictivos del autor principal hace de puente entre ambos y tiende a una configuración separada del tipo objetivo según la modalidad de dolo. Más brevemente: la clase de dolo se corresponde con situaciones “objetivas” diferenciadas y los criterios de imputación, mejor los subcriterios, tienden a reflejar esos matices.

Deberá, por tanto, diferenciarse en dichas propuestas dolo y conocimiento “especial” del partícipe pues conocer el dato de que un tercero –eventual autor principal– va a llevar a cabo un hecho delictivo no equivale a que hayamos de remitirnos necesariamente al dolo del partícipe, y sólo a éste, como criterio de relevancia. Quienes critican desde las teorías objetivas las posiciones de ROXIN y análogos tienden, sin embargo, a interpretar la referencia a ese “dato subjetivo” como una capitulación ante el tipo subjetivo. Los defensores de las tesis mixto-subjetivas defienden, sin embargo, que ambos –conocimiento de los planes delictivos y dolo de favorecimiento– pertenecen a planos diferentes y que incluso son esenciales para conformar el tipo objetivo.

3.3. Así las cosas y volviendo a la postura de SCHILD TRAPPE no cabe, por tanto, dirigir a las tesis mixto-subjetivas (ROXIN...) la misma crítica de subjetivización del tipo objetivo y de infiltración del derecho penal de autor o de la actitud interna que se destacaban respecto de la autora suiza. Los primeros defienden una concepción sustancial, material, del tipo objetivo en la que además admiten algunos datos subjetivos; la segunda muestra, por el contrario, una ausencia radical de tales criterios objetivos. Un sector de la doctrina, sin embargo, tiende a agrupar bajo el mismo enfoque crítico toda propuesta que incluya una variación de criterios de imputación según datos subjetivos o diferentes clases de dolo, desconociendo las diferentes concepciones materiales del injusto que subyacen. Así WEIGEND, con especial contundencia, no duda en lanzar la crítica a ROXIN de que hacer depender la adecuación social de una conducta favorecedora de elementos subjetivos nos introduce en el denostado *Gesinnungsstrafrecht*¹⁵⁷. Y en un tono más general WOLFF-RESKE asocia a las propuestas de negación de la relevancia típica del favorecimiento en casos de dolo eventual las críticas más duras de riesgo de convertir al derecho penal en un instrumento de censura moralizante de lo interno¹⁵⁸.

¹⁵⁶ ROXIN, *Was ist*, p. 516.

¹⁵⁷ WEIGEND, *Grenzen*, pp. 199 y 200. Véase, también, entre nosotros, las críticas que lanzan desde presupuestos muy diferentes al de WEIGEND tanto FEIJOO, *Límites*, p. 39 ss y 53; como LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 270 ss.

¹⁵⁸ WOLFF-RESKE, *Berufbedingtes Verhalten*, p. 59.

Sin duda las críticas señaladas deben proyectarse sobre la posición de SCHILD TRAPPE en la medida en que sus propuestas vacían de contenido material objetivo la materia de prohibición. No es, por tanto, tan relevante a esos efectos el dato de que dicha autora exija además dolo directo –y sólo dolo directo- como requisito general para definir las conductas de complicidad punible¹⁵⁹. Requisito que se deriva como ella misma indica de la propia lógica que preside su concepción del tipo objetivo y que se concreta en un alto nivel de exigencia en la voluntad de solidarizarse con el autor principal.

Lo que queremos destacar es que el dato verdaderamente relevante a efectos de hacerse acreedora de las críticas arriba indicadas es que SCHILD TRAPPE, a diferencia de la posición en la línea de ROXIN, no hace referencia a un dolo que se proyectaría sobre una contribución objetivamente favorecedora previamente delimitada conforme a criterios materiales, sino a uno cuyo objeto es un desvalor de acción totalmente subjetivizado y psicologizado a la vez que desconectado del desvalor de resultado. Se carece ya en el tipo objetivo de criterios normativos de imputación por lo que materialmente se remite al aspecto subjetivo la labor de configuración de los supuestos relevantes y en su caso la función –absoluta- de filtro. La subjetivización del injusto es por ello total pero acontece desde un punto de vista sistemático-formal antes de que puedan desplegarse consideraciones sobre la modalidad dolosa directa o eventual.

La constatación, en definitiva, y a ello queríamos llegar, de que se reflejen en el tipo objetivo diferencias en los criterios de imputación según las modalidades de dolo –directo o eventual- no fundamenta por tanto hacer sin más tabla rasa. La crítica de abandono del derecho penal del hecho y de tránsito a modelos de responsabilidad por la actitud se justifica allí donde se producen <<sólo>> filtros subjetivos fruto de una concepción de la tipicidad materialmente “pobre”, esto es, vaciada de criterios de imputación que deja en manos de lo subjetivo el criterio esencial de relevancia típica. En tal sentido no son comparables las posturas de las teorías mixto-subjetivas y las subjetivas “puras” ya que mientras que en las primeras se parte de un tipo objetivo “enriquecido” con diversos criterios de imputación la segunda refleja una total ausencia de tales criterios que se materializa en la sobredeterminación del aspecto subjetivo en todos los niveles y hasta el extremo de fusionar y confundir el tipo objetivo y subjetivo en uno solo.

3.2. Teorías objetivas “puras”

1. La denominación de este grupo de teorías como objetivas <<puras>> obedece a que presentan un característico **doblo filtro objetivo** a la hora de abordar la calificación jurídica de las conductas de participación.

En primer lugar, ante la duda sobre la neutralidad de una aportación a un hecho delictivo ajeno reivindican el **tipo objetivo** como sede sistemática de la discusión: el dolo de favorecimiento no es lo verdaderamente relevante sino que puede y debe decidirse previamente, en un plano objetivo, el sentido delictivo de la conducta de complicidad sobre la que, en su caso, de forma posterior, deberá proyectarse también el correspondiente tipo subjetivo. A diferencia de las tesis subjetivas niegan que la clave sobre el sentido delictivo de las contribuciones deba “esperar” a criterios o correctivos subjetivos que no pueden tener la virtualidad de “contaminar” hacia atrás el favorecimiento en cuestión.

En segundo lugar, dentro del tipo objetivo no se admite tampoco relevancia alguna a los llamados “**conocimientos especiales**” ni, particularmente, al dato del conocimiento del plan

¹⁵⁹ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, p. 180.

delictivo del hecho principal por parte del eventual partícipe. La concepción típica subyacente expulsa así del juicio de pronóstico estos elementos que se tildan de “subjetivos” y sobre los que se arroja la crítica de servir de “cabeza de puente” para una inaceptable mezcla del tipo objetivo y subjetivo con nocivas perturbaciones sistemáticas. De forma paralela, aunque no tan unánimemente, se tiende a negar también un diferente del grado de peligrosidad típicamente relevante según haya dolo directo, eventual o imprudencia (<<grado de tendencia>>)¹⁶⁰, dándose así un paso más en el intento de una separación estricta entre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto.

Con todo, frente a la unánime ubicación de la sede de discusión en el tipo objetivo no resulta, sin embargo, tan nítida ni unívoca la consideración, matizada según autores, con relación a la relevancia de los conocimientos especiales, su definición y correlativo posicionamiento respecto del llamado <<grado de tendencia>>: esto es, respecto del problema de si cabe admitir que la peligrosidad que ex ante haya de resultar relevante debe variar en su gravedad en función de la presencia de dolo o imprudencia en el sujeto¹⁶¹. Desentrañar las diferencias y sutilezas entre los autores que adscribiremos a esta tendencia será la labor que iremos progresivamente desarrollando en este apartado. Ahora bien ni las diferencias específicas entre autores, ni siquiera los heterogéneos planteamientos fundamentales sobre la teoría del delito que subyacen a las posiciones de este conjunto de teorías, debe hacernos perder la perspectiva de la similitud esencial en la actitud, solución y argumentación del problema que nos ocupa. Problema que, en cualquier caso, se reconduce a la tipicidad concebida según una tajante separación entre el tipo objetivo y subjetivo en oposición radical a las teorías subjetivas ya vistas.

2. Si se contemplan las teorías objetivas “puras” desde la óptica de la ya analizada práctica jurisprudencial germana, apegada a criterios puramente subjetivos, podría entonces hablarse de una suerte de “**movimiento pendular**”: la fundada crítica de subjetivismo y el riesgo de configurar el injusto con base esencialmente en el puro desvalor de intención parece llevar a una reacción que ponga énfasis en aspectos objetivos que ayuden a dotar de criterios materiales a la tipicidad para así garantizar, en primer lugar, una mayor cota de seguridad jurídica y, en segundo lugar, acercar el modelo de derecho penal a parámetros de intervención punitiva de conformidad con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y lesividad material. Se va así de un extremo (tipo subjetivo) a otro (tipo objetivo) como intento de corregir los problemas apuntados pero, como veremos, se va demasiado lejos por el afán excesivo de “vaciar” el tipo objetivo de todo “subjetivismo” hasta el punto, a nuestro juicio, de convertir los criterios de imputación objetiva en instrumentos inflexibles, rígidos y, en definitiva, inidóneos para captar adecuadamente el sentido de los comportamientos llamados neutros en el marco laboral.

3. Sin duda es mérito de JAKOBS, uno de los representantes más influyentes de las teorías objetivas¹⁶², haber convertido el problema de la relevancia penal de contribuciones dentro del

¹⁶⁰ Véase, para una exposición del problema entre nosotros, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 111 ss.; con anterioridad, también, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos*, p. 39 ss.

¹⁶¹ Este aspecto, no obstante, será objeto de una atención más limitada y esporádica como complemento a la cuestión –central– de los conocimientos especiales.

¹⁶² Cuyas tesis han sido acogidas entre nosotros expresamente, aunque con matices, tanto por FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p.55 ss.; como por LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 271 ss. Los matices se derivan, por lo que a esta última autora hace referencia, de la postura que adopta ante la relevancia o irrelevancia de los conocimientos especiales del cómplice. Desde este punto de vista LOPEZ PEREGRIN acoge la relevancia de los mismos (*op. cit.*, pp. 234-236 –especialmente su pie de página 18-) contra lo que será una de las características principales de los defensores de las teorías objetivas puras pero, a la

marco laboral en objeto de discusión de la Parte General¹⁶³ y de esa forma hacer expresa una cuestión que se ventilaba *de facto* por los tribunales sin una adecuada reflexión, no ya sólo sobre los resultados de los dispersos pronunciamientos judiciales sino, sobre todo, de las implicaciones dogmáticas de las posiciones subyacentes. En tal sentido sigue siendo central la aportación del profesor de Bonn¹⁶⁴ que desde la perspectiva de una propuesta de reformulación de la prohibición de regreso tradicional de FRANK¹⁶⁵ trata de dar una respuesta global y sistemática al hilo de numerosos ejemplos.

Al margen, sin embargo, de su particular y discutible propuesta¹⁶⁶, es innegable tanto en JAKOBS como en otros defensores de las teorías objetivas, el esfuerzo por sistematizar el problema a la búsqueda de un criterio o sub-criterio que nos dé la clave para delimitar la frontera entre la neutralidad y el carácter delictivo de la aportación. En la fase moderna de la discusión se abandona la aproximación intuitiva o de mera proyección de concepciones de complicidad genéricas al estilo de las tesis subjetivas y se acentúa, por tanto, la **preocupación sistemática** combinada con la reflexión según constelaciones de casos.

Autores como JAKOBS¹⁶⁷, SCHUMANN, FRISCH¹⁶⁸ o el propio FEIJOO SANCHEZ¹⁶⁹ van a hacer así referencia a una suerte de “sentido delictivo” (*Deliktischer Sinnbezug*)¹⁷⁰ o equivalente¹⁷¹ como **criterio rector** –descriptivo- que permita ya en sede de tipo objetivo determinar la relevancia jurídico-penal de las contribuciones aparentemente neutras: si presentan “sentido delictivo” desde un principio integrarán entonces el primer escalón de la tipicidad debiendo entrar posteriormente en consideración el tipo subjetivo. Este criterio rector del “sentido delictivo” es descriptivo pues a pesar de la identidad terminológica se explica según

vez, se adhiere expresamente (*op. cit.*, p. 272 ss.) a los planteamientos de JAKOBS, principal representante de aquéllas respecto del problema de los actos neutros. Por ello su incardinación entre las teorías objetivas “puras” debe matizarse y tenerse en cuenta que su posición se acerca también a las tesis mixtas que *infra* serán objeto de análisis.

¹⁶³ Así se manifiesta AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 48. También, *supra*, introducción, apartado 1.1.

¹⁶⁴ JAKOBS, *Regreßverbot*, p. 1 ss.

¹⁶⁵ Una exposición y balance de la tesis tradicional y sus perspectivas de futuro en FEIJOO, *Límites*, p. 20 ss.

¹⁶⁶ Posición que, como expone FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 48 (especialmente su pie 93) ha sido ya corregida por el propio JAKOBS en términos menos “subjetivistas” en una contribución más reciente (JAKOBS, *Akzessorietät*).

¹⁶⁷ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 261 ss.

¹⁶⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 280 ss.

¹⁶⁹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 59 ss.

¹⁷⁰ El criterio formal del “sentido delictivo” es manejado también por otros autores que no adscribimos a las tesis objetivas “puras” pues se combina en su uso con otras opciones sistemáticas, especialmente, con la asunción de conocimientos especiales en sede de tipo objetivo. Dentro pues de las tesis objetivas “puras” habrá que incluir, como expondremos a continuación, con claridad a JAKOBS, SCHUMANN o FEIJOO. De forma no tan nítida a FRISCH pues no defiende una separación tan tajante entre el tipo objetivo y subjetivo. Por último también incluiremos a WOLFF-RESKE y LOPEZ PEREGRIN pero a través de una consideración más secundaria pues, aunque se acogen en lo esencial a las tesis objetivas “puras”, no alcanzan propuestas tan desarrolladas en punto a los criterios materiales y, respecto de LOPEZ PEREGRIN, aunque asume las tesis de JAKOBS, acoge sin paliativos la relevancia de los conocimientos especiales lo que le sitúa más bien en una posición intermedia entre las teorías objetivas “puras” y las mixtas.

¹⁷¹ Como SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 57 que alude al criterio general de “colocarse de forma reconocible de parte del injusto”, esto es, “solidarizarse” con el injusto ajeno, que frente a una apariencia subjetivista implica un criterio objetivo-normativo en el que el acto de solidaridad no es psicológico sino que debe manifestarse –“objetivamente”- en la contribución del eventual partícipe.

cada autor con matices diferenciales relevantes y atiende más bien a la preocupación “sistemática” a que aludíamos dentro de la lógica tópica de la teoría de la imputación objetiva. Será por ello decisivo atender en un segundo nivel a los verdaderos **(sub)critérios** materiales que informan, explican y dotan de contenido al criterio rector general así como a la proyección de los mismos según grupos de casos.

4. La exposición de las teorías objetivas “puras” se estructura, así, en tres apartados que aspiran, según una opción arriesgada por la enorme heterogeneidad de fundamentos, discursos argumentativos y terminológicos de los autores de este sector doctrinal, en primer lugar a una descripción de algunas características comunes a las posiciones de todos ellos en torno al hilo conductor del criterio rector del “sentido delictivo” (o equivalente) de la contribución. Este primer apartado cumple así una función de introducción del planteamiento global de las tesis objetivas que dará paso, en segundo lugar, a un estudio más de detalle en que se irán destacando las similitudes y disimilitudes de los autores a la hora de matizar el criterio general según sub-criterios complementarios. A este respecto será objeto de especial atención el papel que se otorgan a los conocimientos especiales dentro de cada concepción como elementos relevantes a la hora de configurar el desvalor de acción del tipo de complicidad. Finalmente, en un tercer y último apartado, se expondrán algunas conclusiones provisionales.

3.2.1. El “sentido delictivo” (o equivalente) de la contribución como criterio rector: bases comunes de las tesis objetivas “puras”

Es común a las tesis objetivas “puras” un esfuerzo por identificar una especie de criterio rector general o, con otras palabras, un criterio de imputación objetiva (del comportamiento: desvalor de acción) de mayor o menor abstracción en el tipo de complicidad. Como decíamos es más un criterio “descriptivo” que material pues su verdadero sentido depende de los sub-criterios materiales que lo informan y que apuntan a la solución de los grupos de casos según se trate, esencialmente, de contribuciones que se llevan a cabo iniciada ya la fase ejecutiva del hecho principal o, por el contrario, el favorecimiento del eventual partícipe acontezca de forma adelantada en la fase preparatoria o incluso con anterioridad.

En este afán común cabe, sin embargo, diferenciar dos tipos de propuestas: las de JAKOBS¹⁷², FRISCH y FEIJOO SANCHEZ por un lado y la de SCHUMANN por el otro. Veamos a continuación, de forma algo más detenida, el marco de su planteamiento.

3.2.1.1. Las tesis de JAKOBS, FEIJOO SANCHEZ y FRISCH: líneas convergentes

1. JAKOBS enmarca el problema de la neutralidad de contribuciones a un hecho delictivo principal (“participación aparente”) en un acertado plano normativo. El sujeto que lleva a cabo una contribución, sea la venta de un objeto o una determinada prestación que, posteriormente, por ser integrada por un tercero en un plan delictivo, demuestra su carácter causal a la producción de un delito, es una base (“naturalista”) demasiado extensa de responsabilidad que precisa de correctivos (“normativos”). Con otras palabras, debe poder establecerse una “prohibición de regreso” de la responsabilidad del autor hacia atrás, esto es, hacia las contribuciones previas de eventuales partícipes, como regla principal para la delimitación de esferas de imputación¹⁷³. A partir del tópico de la responsabilidad por los actos propios va a realizarse el intento de introducir criterios normativos –“prohibición de regreso”- para

¹⁷² A la que se adhiere con algún matiz LOPEZ PEREGRIN, *Complicidad*, p. 270 ss.

¹⁷³ Resumidamente JAKOBS, *Strafrecht*, pp. 697 y 698.

restringir el ámbito de conductas típicas dentro de la teoría de la imputación objetiva pero en una fase anterior a la imputación estricta del resultado: esto es, hay que renormativizar el desvalor de acción y “enriquecerlo” con criterios adicionales.

La vía para ello parte de la asunción de la accesoriedad pero una vez más, como es habitual en JAKOBS, con matices y terminología *sui generis*. En efecto, la excepción a la responsabilidad por los actos propios se canaliza en esta materia a través de la accesoriedad (cuantitativa): el comportamiento del partícipe, también el del acto aparentemente neutral, tendrá relevancia sólo en la medida en que pueda determinarse con base en criterios normativos –y no puramente naturalísticos- que, en realidad, se trataba desde un principio del inicio delictivo del hecho principal. El partícipe aporta entonces su grano de arena al hecho ajeno en cuanto obra en común de ambos y por ello, porque también es “su” obra, deberá imputársele¹⁷⁴.

1.1. El problema es entonces delimitar cuándo nos hallamos ante esa “obra en común” que determinará la responsabilidad de los copartícipes para lo que JAKOBS distingue varios grupos de casos¹⁷⁵. En un primer conjunto de supuestos niega que la actuación común pueda configurarse por pura arbitrariedad (<<conjunción arbitraria>>¹⁷⁶): esto es, habrá prohibición de regreso si el autor se liga arbitrariamente a un comportamiento de un tercero que sea estereotípicamente adecuado desde un punto de vista social. Si un terrorista amenaza que de proseguir un juicio contra un correligionario matará al ministro de justicia, en caso de que el juez continúe con el proceso no responderá de la muerte del ministro en atentado. No es una “obra en común”. Y no lo es por razones “objetivas” que se cifran en la falta de significado comunicativo general de dicha actuación: lo que material o aparentemente se ha hecho entre varios no tiene por qué ser “su” obra conjunta desde un punto de vista social y menos a efectos de imputación¹⁷⁷.

1.2. También niega JAKOBS la responsabilidad penal en casos de actuación en común pero en las que la <<conjunción parcial>> no tiene por objeto específico la realización delictiva¹⁷⁸. Lo relevante vuelve a ser si objetivamente –desde un punto de vista social- la actuación conjunta tiene sentido delictivo y ello al margen de lo que subjetivamente persigan los intervinientes. Ejemplo paradigmático de este grupo de supuestos lo constituyen los “negocios cotidianos” sean estos de intercambio (unilateral o recíproco) de productos, servicios o información. Así, entre otros, reivindica la prohibición de regreso para el vendedor de comida aunque sepa que el cliente va a usarla para envenenar [*supra* CASO 15]; o para el taxista que sabe que el viajero llevará a cabo un delito en el lugar de destino [*supra* CASO 23].

En este grupo de casos, a diferencia de la <<conjunción arbitraria>>, nos acercamos al núcleo de las actuaciones aparentemente neutras por desarrollarse de forma más clara en el marco laboral según patrones estándar de comportamiento. Alude por ello JAKOBS, abundando

¹⁷⁴ JAKOBS, *Akzessorietät*, pp. 257-259.

¹⁷⁵ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 260 ss.

¹⁷⁶ La denominación del grupo de casos (<<conjunción arbitraria>>) es nuestra al igual que en los supuestos que a continuación se detallan (<<conjunción parcial>> y <<conjunción delictiva>>): inspirada en las propias definiciones de JAKOBS busca, únicamente, fines de claridad expositiva.

¹⁷⁷ Decae la responsabilidad sin invocar criterios “subjetivos”: no habrá responsabilidad del aparente partícipe (el juez en el ejemplo) aunque por inquina personal deseara la muerte del ministro. Como veremos más adelante la configuración de una “organización conjunta” no depende de que el eventual partícipe conozca o quiera o pueda conocer el delito o quepa determinar una relación subjetiva real o potencial con el autor (JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 260). Criterios previos, objetivos, deben servir la base de imputación “objetiva”.

¹⁷⁸ JAKOBS, *Akzessorietät*, pp. 261 y 262.

en la argumentación de irrelevancia penal, que en una sociedad compleja de reparto del trabajo el sentido del contacto social debe poder objetivarse al margen de los fines particulares que pretendan los agentes. El taxista o el panadero desarrollan una labor cuyo sentido –objetivo- se agota en la transferencia de productos o servicios sin que el plan delictivo del destinatario de aquellos deba contaminarlos haciéndolos entrar en el ámbito de prohibición de las normas penales. En la medida en que los planes delictivos no se manifiesten objetivamente en lo que resulta conjunto a autor y eventual partícipe no cabe derivar responsabilidad para este último¹⁷⁹.

El sentido delictivo, por tanto, no puede provenir de que se pretenda utilizar por el autor un comportamiento estándar: el plan del autor no puede cambiar el sentido inócuo de la venta de pan o del transporte en taxi. Pero esto no es más que un argumento asertivo o una petición de principio ya que el presupuesto es que el taxista, aunque sepa que el cliente va a delinquir, puede llevarle y ese comportamiento seguiría siendo estándar; pero ¿por qué es estándar? No parece que JAKOBS exponga razones positivas sino que, como hemos comprobado, tiende a través de los diversos grupos de casos a explicarse en términos negativos, esto es, a señalar qué datos –subjetivos- son irrelevantes para determinar el carácter delictivo –típico- de la contribución. Pero no explicita bajo qué criterios positivos cabe identificar el sentido social, estándar, neutro, de la conducta¹⁸⁰.

1.3. En esa misma línea cierra su análisis al referirse a un tercer grupo de casos en los que sí se produce el sentido delictivo por actuación –“organización”- conjunta (<<conjunción delictiva>>). Se trata de contribuciones que “por definición”¹⁸¹ encajan en un hecho delictivo: se encuentran de tal forma configurados que integran objetivamente un todo con el hecho delictivo principal. Son una parte adelantada de la obra principal¹⁸². Sólo aquí al margen de darse un favorecimiento efectivo o un sentido subjetivo delictivo se produce, a diferencia de los casos anteriores, ese sentido objetivo que se caracteriza por entrañar el comportamiento un estigma de contexto delictivo debido a su configuración estereotípica como inadecuado socialmente. Con

¹⁷⁹ A menos que, según el caso, cupiera identificar que el partícipe ocupa una posición de garante o que debe responder por un delito de omisión pura. JAKOBS, *Akzessorietät*, pp. 262 y 263.

¹⁸⁰ El propio FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 50, quien sigue en parte el planteamiento de JAKOBS, destaca cómo el profesor alemán expone sus tesis “caso por caso” más como método que como principio. Nuestra crítica no se dirige tanto a dicho método sino a la ausencia de un desarrollo mayor en los criterios subyacentes a las soluciones que brinda: el “principio” se enuncia pero luego se aplica tácita y hasta enigmáticamente (véase la crítica que por el uso de terminología críptica y oscura lanza contra JAKOBS MIR PUIG en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología* 1999, 01-c1).

¹⁸¹ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 263 (y ss. en lo que sigue).

¹⁸² Nótese la similitud argumentativa con los criterios que el propio JAKOBS maneja para fundamentar las figuras de peligro abstracto en donde subraya su carácter de “organizaciones adelantadas” cuya legitimidad –excepcional- también va a depender de que la conducta en cuestión se revele como una suerte de “injusto parcial” (JAKOBS, *Criminalización*, p. 313). Supera el marco de este estudio seguir esta línea de trabajo pero véase, LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, pp. 319 ss. y p. 341 ss. (más resumidamente en LANDA GOROSTIZA, *La llamada*, p. 697 ss.), para una propuesta interpretativa que, con relación al delito de provocación al odio, violencia o discriminación (art. 510 CP) y siguiendo en parte al profesor de Bonn, pretende neutralizar los riesgos de derecho penal de autor y de la actitud interna ante las dificultades –estructuralmente similares- de encontrar un adecuado equilibrio entre lo objetivo y subjetivo a la hora de articular el injusto de esta figura “adelantada” de peligro abstracto. Se confirma así, como hipótesis de trabajo, la similitud estructural entre actos de complicidad y determinados comportamientos regulados como figuras de peligro abstracto que materialmente son equivalentes como indica el propio JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 264.

otras palabras: la contribución será castigada como participación punible pues al comportamiento le resulta “inherente” la posibilidad de utilización delictiva¹⁸³.

2. Casi podríamos así concluir la exposición de la postura de JAKOBS¹⁸⁴ en la que no deja de ser criticable la falta de una mayor concreción pues tanto en los casos en que se niega la responsabilidad penal (<<conjunción arbitraria>> o <<parcial>>), como en aquellos en que se afirma (<<conjunción delictiva>>), se invoca el criterio del sentido delictivo del comportamiento como diagnóstico o conclusión interpretativa de los casos pero sin una argumentación suficiente. Esta se ciñe, más bien, a determinar qué elementos o datos no son relevantes antes de explicar detenidamente cuáles lo son. Parece así marcarse una cierta tendencia característica de las tesis objetivas “puras” que invierten por lo general un gran esfuerzo argumental en expulsar de la plantilla del tipo objetivo determinados elementos “subjetivos” conscientes, quizás, de que nadan contra corriente¹⁸⁵.

El “sentido delictivo” de la conducta nos remite por tanto al sentido social de la conducta que habrá de captarse de conformidad con los roles que se asignan al sujeto que presta la contribución en cuestión¹⁸⁶.

3. Menos enigmática pero, sin duda, en la misma línea se revela, entre nosotros, la propuesta, más aquilatada, de FEIJOO SANCHEZ quien expresamente se adhiere al planteamiento general de JAKOBS añadiendo, eso sí, que debe matizarse y concretarse¹⁸⁷. Matices que vendrán, en lo que a nosotros nos ocupa, de la mano básicamente de la diferenciación más expresa de los grupos de casos según se trate de contribuciones realizadas antes o durante la fase ejecutiva del hecho principal y, sobre todo, de los supuestos que clasifica como “casos límite” con los criterios complementarios que allí indica¹⁸⁸.

FEIJOO SANCHEZ, como JAKOBS, reivindica, al hilo del tópico de la responsabilidad exclusiva por las propias conductas, que la conducta del partícipe debe presentar desde un principio un “significado objetivo de cooperación a la ejecución típica”¹⁸⁹. El comportamiento dejará de ser neutro si agota su sentido objetivo en favorecer un delito por lo que si entraña otro

¹⁸³ JAKOBS, *Akzessorietät*, pp. 263 y 264.

¹⁸⁴ Que completaremos *infra*, apartado 3.2.2., al señalar algunos sub-criterios que, ya avanzamos, están más sugeridos que expresamente delimitados y que adolecen, en cualquier caso, de falta de desarrollo suficiente a diferencia, por ejemplo, de la detallada y compleja propuesta de FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 289 ss.

¹⁸⁵ Como enseguida veremos su lógica sistemática les llevará a no reconocer la relevancia de los conocimientos especiales dentro del tipo objetivo contra el sector mayoritario de la doctrina. Véase, de momento, MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 81 ss.; LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 233 ss.

¹⁸⁶ Más claro y explícito en este sentido JAKOBS, *La imputación*, p. 145 ss. LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 272 ss., 270-271 y 253 ss., rechaza el planteamiento general del profesor alemán en lo que a la conceptualización de la complicidad hace referencia (*op. cit.*, p. 264): no acepta por tanto la función rectora de la “competencia” y se sujeta también en el ámbito de la participación a una concepción del derecho penal orientada a la finalidad protectora de bienes jurídicos. Desligado, por tanto, del contexto global acoge, sin embargo, las ideas de JAKOBS por lo que a los criterios de definición de los “actos cotidianos” hace referencia (*op. cit.*, p. 272). Encaja, con otras palabras, el criterio del “sentido delictivo” dentro del tópico del riesgo permitido pero con un planteamiento más próximo al principio de protección de bienes jurídicos y asumiendo también la relevancia de los conocimientos especiales.

¹⁸⁷ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 55.

¹⁸⁸ Sobre los que volveremos a continuación *infra*, apartado 3.2.2.

¹⁸⁹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 59 (y ss. en lo que sigue).

sentido social diferente no merecerá reproche normativo. Dicho sentido, además, y en la misma línea de coincidencia, debe entenderse en términos de exclusividad y huérfano de referencias “subjetivistas” en su precisión: la relevancia penal, con otras palabras, depende de que la conducta se configure, al margen de la conducta del autor principal, de una forma tal que tenga una única (<<exclusiva>>) lectura delictiva para lo cual no han de ser tenidos en consideración el dolo ni los conocimientos especiales¹⁹⁰.

Como vemos la aspiración a delimitar un criterio de imputación objetiva “puro” (“sin subjetivismos”) de la conducta (desvalor de acción) en sede de tipo objetivo, muy ligado a la reformulación de la prohibición de regreso, le hace transitar en un principio por el camino iniciado por JAKOBS. Su aportación, sin embargo, se concreta en una considerable elevación del nivel de elaboración sistemática fruto de la preocupación por dotar de contenido material a los criterios formales¹⁹¹. Ello le llevará a rechazar el papel esencial que en la construcción de JAKOBS juegan los roles a los que expresamente niega FEIJOO SANCHEZ idoneidad como filtros objetivos. El tipo objetivo no tiene que ver con el quebrantamiento de roles especiales sino con la adecuación típica de un comportamiento por lo que el rol no puede erigirse en regla general de imputación. Cuanto más estereotipados estén los roles más fácil será, sin duda, excluir la imputación de riesgos pero ello sólo significa, afirma FEIJOO SANCHEZ, que se trata de un dato sociológico de la realidad a integrar en la valoración jurídico-penal de la conducta, no que haya de fungir como criterio formal de imputación¹⁹².

Los matices críticos contra las tesis de JAKOBS acercan a FEIJOO SANCHEZ hacia una posición de síntesis ente aquel y el criterio rector que maneja SCHUMANN, otro autor que encuadramos entre los partidarios de las tesis objetivas “puras” pero que se aleja formalmente del criterio del “sentido delictivo”. En efecto SCHUMANN alude a la máxima de “solidarizarse con el injusto ajeno”, esto es, colocarse de forma reconocible de parte del injusto (del autor)¹⁹³ como criterio identificativo de las conductas de participación con relevancia penal. Pues bien a la hora de precisar el sentido delictivo el propio FEIJOO SANCHEZ alude también a la necesidad de que se dé cierta connivencia o solidaridad con el hecho posterior del autor¹⁹⁴. Este criterio, como veremos, se muestra en una primera aproximación cercano a las tesis subjetivas por cuanto parece sugerir una suerte de contacto psíquico entre autor y partícipe. Sin embargo en un análisis más detenido podrá comprobarse que en realidad es una fórmula que pretende un criterio de identificación objetivo-normativo de conductas que manifiestan “de hecho” (esto es, a través de la configuración “objetiva” del comportamiento) un mensaje –objetivo- de solidaridad y que, a pesar de la diferencia terminológica, empata en lo esencial con el criterio general del “sentido delictivo”¹⁹⁵.

Antes de ocuparnos de SCHUMANN, sin embargo, conviene hacer una breve exposición de las tesis de FRISCH que no sólo propugna formalmente el criterio del “sentido delictivo”, como

¹⁹⁰ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 59 y 60 y 54. También, explícito en una tal orientación sistemática, DEL MISMO, *El principio*, p. 133 (especialmente su pie de página 107).

¹⁹¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 56.

¹⁹² FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 63. En esta misma línea crítica podría también objetarse a WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten*, especialmente p. 129 ss., la articulación de su propuesta interpretativa precisamente con base en la idea de “rol”.

¹⁹³ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 57.

¹⁹⁴ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 70, 71, 79 y 80.

¹⁹⁵ Con razón señala FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 54, que aunque JAKOBS y SCHUMANN parten de principios diferentes es común a ellos una misma idea central: la exigencia de una “relación de sentido delictivo” (*deliktischer Sinnbezug*) que nosotros, en una traducción más libre, hemos referido de forma más simplificada como “sentido delictivo”.

JAKOBS o FEIJOO SANCHEZ, sino que, probablemente, sea el autor que hasta el momento cuenta con un sistema más acabado y que más ha desarrollado y completado con sub-criterios los principios de imputación en este ámbito del límite mínimo de la participación.

4. A pesar de que FRISCH coincida con JAKOBS o FEIJOO SANCHEZ en la preocupación sistemática y en aludir también al “sentido delictivo”, parte, no obstante, de un planteamiento diferente. En primer lugar relativiza la importancia del tópico de la “responsabilidad por los actos propios” al que concede relevancia pero no exclusiva¹⁹⁶ con lo que se distancia de las nuevas tesis construidas sobre la reformulación de la prohibición de regreso. Admite así que la libertad de actuación no es una constante sino que es susceptible de limitaciones y diferente valoración según las conductas implicadas sean comisivas u omisivas, o según se desarrolle el comportamiento en una “organización del ámbito de dominio propio” o más bien se trate de conductas que, desde un principio, se dirigen a la “modificación o ampliación de ámbitos de poder ajeno”¹⁹⁷.

Se advierte así en este autor alemán un afán por coordinar diversos principios normativos¹⁹⁸ restando importancia a los aspectos formales en favor de la primacía de criterios materiales que deberán ser los que en definitiva desplieguen la buscada función de legitimación de la intervención penal¹⁹⁹. La preocupación por los fundamentos se canaliza a través de un planteamiento general sistemático en que se buscan modelos de limitación estructural de la libertad en aras de la protección de bienes, pero admitiendo en su construcción que dichos modelos sirven para los núcleos de los problemas por lo que habrán de producirse inevitablemente desviaciones y solapamientos²⁰⁰. Se combinan así de forma, a nuestro juicio equilibrada, el planteamiento sistemático y el tópico.

El problema de los actos neutros, en concreto, se ubica como un grupo de casos más dentro de uno de los tres tipos fenomenológicos básicos de comportamientos peligrosos para el bien jurídico: esto es, aquel que comporta un peligro de afección de bienes jurídicos debido a que existe un riesgo –mayor o menor- de que terceros lleven a cabo conductas perjudiciales o amenazantes para dichos bienes, precisamente sirviéndose de las contribuciones en cuestión y que vendrían así a anudarse al hecho principal²⁰¹. Resumidamente se trata de comportamientos que posibilitan, favorecen o dan pie a conductas de terceros que afectan a bienes jurídicos²⁰² en los que trata de ir diferenciando grupos de casos que corresponden a supuestos de omisión –propia e impropia- inducción o cooperación punible frente a aquellos que deberían quedar en la zona libre.

A la hora de establecer el límite mínimo de conductas de favorecimiento, en la misma línea de lo señalado hasta ahora en otros defensores de tesis objetivas, pretende apoyarse en el criterio de que la conducta represente “exclusivamente” un peligro de utilización delictiva, esto es, “sentido delictivo”. No basta con que el favorecimiento sea susceptible de ser usado para fines delictivos junto a otras posibilidades o alternativas “objetivas” de utilización: la creación de un riesgo desaprobado como núcleo del desvalor de acción requiere de un nivel de gravedad de

¹⁹⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 241 ss. También critica, en términos más categóricos, la pura “previsibilidad” como criterio (*op. cit.*, p. 240 ss. y FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 45).

¹⁹⁷ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 242.

¹⁹⁸ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 243 y 244.

¹⁹⁹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 87.

²⁰⁰ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 88.

²⁰¹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 86.

²⁰² FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 230 ss.

peligro mucho más elevado²⁰³ que nos remite a comprobar si antes de llevar a cabo la actuación existían “concretos datos indiciarios” (<<Anhaltspunkte>>) de realización delictiva ajena. Ya que sólo estos datos indiciarios objetivos sobre si hay un tercero decidido a delinquir, o que está a punto de decidirse, pueden convertir en legítima la prohibición penal de la conducta que los favorezca: no cabe ya en dicha situación confiar en la motivabilidad del tercero respecto de la protección de bienes²⁰⁴.

Llegados a este punto debe aún matizarse más. No es que la existencia de datos objetivos de que el tercero se encuentra decidido a delinquir, o está a punto de decidirse, legitimen ya como criterio general la intervención penal. A partir de ese nivel de riesgo cabrá derivar responsabilidad penal según un complejo entramado de (sub)criterios que luego expondremos de forma resumida y de los que debe extraerse como nota común una característica que ya hemos encontrado en los demás defensores de tesis objetivas: la separación tajante del plano objetivo y subjetivo a la hora de seleccionar los datos relevantes para identificar cuándo la contribución se convierte en una parte del hecho delictivo principal²⁰⁵.

La relevancia penal depende, por tanto, de que quepa identificar un “claro sentido delictivo” como característica general de la conducta en el que se excluye en principio que vaya a depender de los fines subjetivos. No se produce, sin embargo, un rechazo tan radical en el sentido visto hasta ahora respecto de la eventual relevancia de conocimientos especiales. Será este un aspecto esencial de la contribución de FRISCH que retomaremos enseguida, después de exponer la postura de SCHUMANN y hacer una breve recapitulación de las bases comunes al planteamiento de conjunto de las tesis objetivas “puras”. Con todo debe avanzarse que, a pesar de los matices, el criterio del “sentido delictivo” en FRISCH determina una vez más como regla general la impunidad de las conductas “neutras” siendo por tanto excepcional su calificación como complicidad punible.

3.2.1.2. La “solidaridad con el injusto ajeno” como “sentido delictivo” ¿objetivo?

1. La propuesta de SCHUMANN parte, al igual que veíamos en JAKOBS o FEIJOO SANCHEZ, de la preeminencia del principio de responsabilidad por los actos propios que encontraría una excepción en los tipos de participación como auténticas causas de extensión de la pena (concepto restrictivo de autor). Sus esfuerzos, además, se concentran expresamente en un desarrollo material del desvalor de acción en respuesta a la tendencia general de la dogmática de poner el acento en aquel frente al de resultado²⁰⁶. Su consideración en un apartado distinto al de los citados autores obedece, por tanto, no a que subyazca un planteamiento esencialmente diferente sino más bien a una terminología equívoca a primera vista que requiere de especial atención para evitar interpretaciones erróneas²⁰⁷.

²⁰³ De lo contrario, argumenta FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 265, se ahogaría la libertad de actuación que debe tener preferencia siempre que aún quepa que la persona vaya a motivarse, ante diversas alternativas, de conformidad con el mandato normativo. Debe confiarse en la motivabilidad de cada persona si no se quiere caer en una sociedad de la desconfianza.

²⁰⁴ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 266 y 267 ss.

²⁰⁵ En claro paralelismo con lo señalado *supra*, en este mismo apartado, respecto a JAKOBS. FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 280 ss.

²⁰⁶ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, pp. 43 ss. y 48.

²⁰⁷ Ya en tal sentido se manifestaba PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 332 que critica en duros términos la dudosa oportunidad de la terminología empleada ya que “evoca inevitablemente contenidos intencionales o incluso emocionales, donde en realidad operan más bien criterios objetivos de imputación

En efecto, renuncia el autor a referirse al criterio del sentido -exclusiva o preponderantemente- delictivo para elevar a tal el de la “solidaridad con el injusto ajeno” que, a la postre, no deja de ser sino su propuesta de fundamento del castigo de la participación en la línea de lo ya propugnado por MAYER²⁰⁸.

2. En primer lugar debe subrayarse que, pese a las apariencias, no estamos ante un criterio propio de las tesis subjetivas. SCHUMANN se muestra categórico en su esfuerzo por ubicar la discusión en el tipo objetivo y desarrollar criterios de imputación para configurar el desvalor de acción específico del partícipe. Lo decisivo es además el discurso argumental que acaba por “objetivizar” lo que haya de ser ese solidarizarse con el autor. Discurso que, por cierto, no puede ni debe negarse, alberga las ambigüedades y riesgos de otro campo dogmático especialmente polémico con el que guarda, a nuestro juicio, un peligroso paralelismo: el de los “elementos de la actitud interna” (*Gesinnungsmerkmale*)²⁰⁹.

La clave de entendimiento de su criterio reside en el momento de daño social que reconoce el autor en ese solidarizarse que supone un “ejemplo intolerable para la comunidad jurídica”: a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico se superpone un atentado a los intereses comunitarios. Con una imagen cercana al mundo religioso se habla por un lado de que la contribución represente una suerte de “apostasía” de los valores fundamentales de la comunidad jurídica que integran toda actitud interna conforme a derecho; pero, a la vez, se exige que esa actitud interna se haya materializado en el hecho correspondiente lo que identifica el comportamiento del partícipe con el delito principal del autor²¹⁰. Dicho quizás de una manera excesivamente simplificadora: no basta con una declaración de simpatía o solidaridad sino que ésta ha de “demostrarse” con los hechos lo que convierte en dominante el aspecto objetivo-material del criterio.

El alcance y potencial restrictivo de sus tesis se demuestra de la mano de alguno de los ejemplos “clásicos” en este ámbito como el de la venta de un destornillador sabiendo casualmente el ferretero que va a ser utilizado en un robo [*supra* CASO 18]. No parece convincente, según SCHUMANN, que haya de castigarse como complicidad muy a pesar de que esa sería la solución que debería de imponerse de seguir los razonamientos de otras voces autorizadas de la doctrina²¹¹. Para defender la impunidad hará referencia a una serie de sub-criterios materiales complementarios que, una vez más, coinciden en lo esencial con los que

próximos a los recientemente planteados por Jakobs en su particular concepción de la <<prohibición de regreso>> (...).”

²⁰⁸ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 49 ss. Para una exposición y valoración resumida de la postura, minoritaria, de H. MAYER véase, por todos, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 118 ss.

²⁰⁹ Véase sobre los elementos de la <<actitud interna>>, por todos, ROXIN, *Strafrecht*, pp. 261 y 262; y, entre nosotros, LUZON PEÑA, *Curso*, pp. 397 y 398. Más en profundidad la monografía de SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale*. Definitivo respecto de su cabal entendimiento en un derecho penal del “hecho” (y a la vez una certera crítica a las tesis de SCHMIDHÄUSER) STRATENWERTH, *Zur Funktion*, p. 171 ss. No cabe profundizar en esta línea por las limitaciones del objeto de estudio. Baste señalar que en SCHUMANN se detecta un esfuerzo paralelo al que ha llevado a interpretar los elementos de la “actitud interna” (e incluso las concepciones de culpabilidad que apuntan a la “actitud interna desaprobada jurídicamente” –*Schuld als rechtlich mißbilligte Gesinnung*–, véase, para una exposición resumida, ROXIN, *Strafrecht*, p. 734 ss.) a la luz de su manifestación en el hecho objeto de enjuiciamiento para salvar así los reproches de derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*) o de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*) o de culpabilidad por la conducción de vida.

²¹⁰ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 49 ss.

²¹¹ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 54 ss.

mantienen otros defensores de las tesis objetivas “puras” al resultar esencial para la relevancia penal del partícipe la cercanía de su contribución al hecho principal y, a un nivel más abstracto, la pertenencia o no de la contribución accesoria a la fase ejecutiva o preparatoria de delito.

Dejamos para más adelante una exposición de dichos sub-criterios pero debe ya avanzarse que demuestran el esfuerzo por evitar que su concepción de la participación lleve a una suerte de nudo desvalor de la intención: como sugiere SCHUMANN, en un contexto argumentativo diferente, no se trata tanto de la actitud interna contraria a derecho sino de que ésta se manifieste en el hecho²¹². Desde este punto de vista debe entenderse, por tanto, la alusión a “colocarse de forma *reconocible* de parte del injusto”²¹³.

La diferencia entre lo sintéticamente expuesto hasta ahora y lo defendido por SCHILD TRAPPE debería resultar ya a estas alturas evidente²¹⁴. La monografista suiza subjetivizaba y psicologizaba su definición de la cooperación en la medida en que se encontraba el núcleo del desvalor de acción en la “influencia psíquica en el ámbito afectivo del autor”²¹⁵; SCHUMANN argumenta, sin embargo, en términos objetivo-normativos una propuesta cuyo único punto en común con las tesis subjetivas es la utilización de una criticable terminología en su línea²¹⁶.

3. Por lo demás no resta sino poner de manifiesto que, como se puede ya deducir de lo indicado respecto del necesario entendimiento “objetivo” de la solidaridad como criterio, también SCHUMANN va a negar relevancia al “conocimiento especial” del eventual partícipe. De conocerse con seguridad que el autor principal va a delinquir, incluso en el caso extremo de que éste así lo exprese y solicite la contribución para tales fines delictivos, no debe ser éste un dato concluyente para imponer el castigo o declarar la impunidad. Con otras palabras, el conocimiento seguro de que el autor principal va a delinquir no determina la “contaminación” de la contribución del (aparente) partícipe²¹⁷. De nuevo ese afán por depurar el tipo objetivo lleva a expulsar a los “conocimientos especiales” quizás no de forma tan categórica como en otros autores pero, sin duda, en la línea común de las tesis objetivas que venimos denominando, por ello, como “puras”. Este aspecto requiere, con todo, de una aproximación más detenida que implica adentrarnos ya en los sub-criterios complementarios de cada autor. Antes de ello, no obstante, conviene llevar a cabo una breve recapitulación.

3.2.1.3. Recapitulación

1. Las tesis objetivas “puras” comparten una preocupación y aspiración sistemática en orden a delimitar criterios de imputación para las conductas de participación en el delito.

²¹² Analiza SCHUMANN el problema paralelo de la neutralidad respecto de conductas de encubrimiento exponiendo, como contraste, las posturas de LENCKNER y V. BAR. Se adhiere a los razonamientos de este último cuando subraya que la relevancia penal no depende tanto de que haya una “motivación interna” de favorecimiento sino cuando ésta se plasma –objetivamente– en el hecho. El favorecimiento (y el solidarizarse) no depende de la intención sino de que ésta se materialice en hechos. SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 58 ss.

²¹³ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 57 (cursiva nuestra).

²¹⁴ De forma coincidente se manifiesta FEIJOO SANCHEZ, *Limites*, pp. 79n y 80 (su pie de página 47) cuando señala la diferencia entre SCHUMANN y SCHILD TRAPPE precisamente como contraste entre una solidaridad en sentido objetivo y un criterio que exige contacto psíquico.

²¹⁵ SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, pp. 96 y 97; y, *supra*, apartado 3.1.2.

²¹⁶ Que en cierto modo recuerda también a lo que FEIJOO SANCHEZ, *Limites*, p. 48 (su pie de página 93) denomina como primera fase de la postura de JAKOBS caracterizada por un cierto “subjetivismo”.

²¹⁷ SCHUMANN, *Strafrechtliches Unrecht*, pp. 68 y 69.

Mayoritariamente se acude al tópico de la responsabilidad por los actos propios para intentar reformular una versión moderna de la prohibición de regreso (JAKOBS, FEIJOO SANCHEZ). Con todo, aun partiendo de otros planteamientos fundamentales diferentes (FRISCH, SCHUMANN) hay cierta coincidencia en todos ellos en proponer el criterio del “sentido delictivo” o equivalentes (“solidaridad con el injusto ajeno”) como parámetro general de relevancia típica.

2. Dicha máxima del “sentido delictivo” viene a canalizar la conclusión interpretativa sobre las conductas accesorias en el nivel del tipo objetivo y precisamente en torno al desvalor de acción. Todo ello en un contexto dogmático en el que mayoritariamente se asumen los planteamientos de la moderna teoría de la imputación objetiva que diferencia lo que sería imputación estricta del resultado de la imputación de la conducta como aspiración general de reformulación de la tipicidad. El carácter del criterio rector aludido en este ámbito de la participación es más de naturaleza formal y descriptiva dependiendo su sentido y alcance últimos de otros (sub)criterios materiales en donde se pueden empezar a detectar algunas diferencias notables según autores.

2.1. Podría establecerse una suerte de graduación desde las posturas de JAKOBS hasta las de FRISCH pasando, como puntos intermedios, por SCHUMANN y FEIJOO SANCHEZ, en cuanto a la menor o mayor elaboración material de los criterios de imputación. JAKOBS vendría así a representar un menor nivel de elaboración que gana en complejidad en el resto de autores culminando probablemente en FRISCH quien, al margen de que se compartan o no sus planteamientos, presenta un grado de elaboración sistemática mayor. Esta constatación se deriva ya de los planteamientos marco y será corroborada en el siguiente apartado.

2.2. También resulta característica una tendencia a definir en negativo el criterio rector aludido por cuanto el mayor esfuerzo argumental se dirige precisamente a expulsar todo dato que se tilda de subjetivo de entre los aspectos que deberían de recogerse en el tipo objetivo de la complicidad. El “sentido delictivo”, se afirma, <<no depende>> del dolo ni de los conocimientos, fines o intenciones del partícipe ni del autor: no depende, al menos, en ese primer nivel en donde <<otros>> deben ser los datos relevantes. Sin prejuzgar lo acertado de tal consideración debe subrayarse su realidad: esto es, que lo más característico de las tesis <<objetivas>> no es la ubicación sistemática del problema en el tipo objetivo sino su pretensión de configuración al margen del conocimiento que el partícipe tenga sobre las intenciones delictivas del autor principal (teoría objetiva <<pura>>). Como veremos esta definición “en negativo” tiende a oscurecer las propuestas materiales positivas (sub-criterios) que en ocasiones no se expresan de forma tan nítida como se asegura la irrelevancia de los datos subjetivos.

Este aspecto, común a todos los autores, admite sin embargo matices. Particularmente FRISCH veremos que no mantiene una postura tan radical como JAKOBS o FEIJOO SANCHEZ. Su comprensión está, sin embargo, necesariamente relacionada con la exposición de los sub-criterios materiales que informan la máxima rectora del “sentido delictivo” y que, a continuación, pasamos a desbrozar.

3.2.2. Criterios materiales subyacentes al “sentido delictivo”

Es posible identificar en los autores que hemos encuadrado dentro de las tesis objetivas “puras” una coincidencia fundamental en el criterio principal para determinar el núcleo de comportamientos favorecedores que sí presentan claro “sentido delictivo”, esto es, que integran el tipo objetivo de la complicidad: se trataría, según formulaciones más o menos expresas, del criterio de la “cercanía” o “proximidad” respecto del hecho principal. Llevar a cabo una

prestación, aún en el marco de una relación laboral, cuando está en marcha la fase ejecutiva del delito ajeno privaría del carácter neutro a la contribución del partícipe trastocándose el sentido social de la misma en uno de naturaleza indudablemente delictiva. La línea divisoria entre fase ejecutiva y fase preparatoria del hecho principal ofrece, por tanto, un primer criterio material que informa el “claro” o “exclusivo sentido delictivo” como criterio rector de identificación de la complicidad punible. Veámoslo.

3.2.2.1. La “cercanía” al hecho delictivo principal

1. JAKOBS, autor que de forma menos expresa asume el criterio material expuesto, alude entre el conjunto de supuestos en que se produce lo que se podría definir como “conjunción delictiva” a aquellas cooperaciones que tienen lugar en el estadio de realización del delito²¹⁸. Insistimos en que no se trata de una formulación expresa ni categórica sino más bien de una hipótesis interpretativa de su oscura sugerencia en donde mezcla como cooperaciones con “sentido delictivo” contribuciones materiales o casos de complicidad psíquica e incluso inducciones, todo ello ilustrado con numerosos y variopintos ejemplos. Pero el hecho es que reconoce que, por lo general, la cooperación en el nivel de lo que posteriormente vaya a ser la fase ejecutiva del delito permite calificar el favorecimiento como un comportamiento adecuado a la realización delictiva principal: el acto de complicidad es entonces “objetivamente”, y desde el principio, una parte del todo delictivo y debe imputársele al partícipe su obrar en común – accesorio- con el autor.

2. FEIJOO SANCHEZ, siguiendo en lo esencial a JAKOBS, abandona la oscuridad de la propuesta del profesor alemán y señala claramente dos grupos de supuestos²¹⁹: favorecimientos anteriores a la resolución delictiva del autor y favorecimientos del delito posteriores al comienzo de la tentativa o del inicio de la ejecución del hecho típico²²⁰. Se trata de una primera división de constelaciones de grupos que no pretende ser tajante: comenzado el estadio de la tentativa “todo favorecimiento *suele* adquirir el sentido objetivo de cooperación o complicidad, aunque la tentativa tampoco sea una barrera fija para limitar la imputación”²²¹. No estamos ante un criterio “automático” reconociéndose una dificultad que ya señalaba acertadamente JAKOBS cuando indicaba que la determinación del “sentido delictivo” del comportamiento es siempre problemática y contextual y así debe ser²²². Sin embargo la fase ejecutiva del hecho principal tiene un valor

²¹⁸ JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 263.

²¹⁹ En realidad se trata de una propuesta más compleja pues el objeto de estudio de FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, abarca los límites de la participación –y no sólo el problema del límite mínimo de la complicidad material por comisión- problematizando, asimismo, supuestos de inducción o complicidad psíquica, comisión por omisión, etcétera. La referencia, por tanto, a los “dos grupos” debe entenderse desde el prisma de las limitaciones de esta contribución y teniendo presente que además contempla el autor un grupo intermedio al que denomina “casos límite” (*op. cit.*, p. 73 ss.) que enseguida va a ser analizado.

²²⁰ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 61 ss., 72 y 73. En realidad el primer grupo indicado no se refiere expresamente ni propiamente a supuestos en que no se ha iniciado todavía la fase ejecutiva del hecho principal sino que se alude, en un plano más omnicompreensivo, a una fase “anterior a la resolución delictiva”. Su irrelevancia típica por contraste con los casos de favorecimiento en fase ejecutiva de un hecho ajeno debe ser completada con el grupo de supuestos que denomina “casos límite” y que sí que se situarían más propiamente entre la frontera próxima a esa fase ejecutiva y una fase más adelantada, claramente preparatoria. El hecho de que dichos casos-límite se definan por FEIJOO SANCHEZ precisamente con base en la presencia de un “conocimiento” de los planes delictivos ajenos nos lleva a postergar su análisis dentro de este mismo apartado.

²²¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 72 (cursiva nuestra).

²²² JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 264.

indiciario sobre la relevancia típica de contribuciones aparentemente neutras que lleva a FEIJOO SANCHEZ a determinar una regla general conforme a la escueta fundamentación siguiente:

“(…) cuanto más objetivada y cercana está la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal. La preexistencia de la infracción de una norma penal hace variar el sentido o significado normativo de las conductas que pueden favorecer las consecuencias de esta infracción.”²²³

No añade más FEIJOO SANCHEZ para fundamentar el sentido delictivo que le lleva a concluir que en el supuesto de que, por ejemplo, alguien arrastre a su víctima hasta una ferretería mientras la golpea de forma violenta, será típicamente relevante la contribución consistente en vender un cuchillo [*supra* CASOS 19 y 20]²²⁴.

El problema es que este criterio general nos retrotrae tácitamente, por un lado, al propio fundamento de punición de los actos ejecutivos y, por otro lado, a su difícil delimitación con los actos preparatorios impunes.

Desde el primer punto de vista del fundamento de punición de los actos ejecutivos, parece que las razones que determinan la intervención penal como regla general en fase de tentativa del hecho principal deben también buscarse, con las debidas adaptaciones, en las conductas accesorias. La cercanía a la fase ejecutiva convierte el acto aparentemente neutro en un comportamiento con un “único sentido delictivo” ya que, podría añadirse, la cercanía a la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico por parte del autor del hecho principal “contagia” a la contribución accesoria la nota de peligrosidad en un grado que rebasaría ya el umbral de lo típicamente relevante²²⁵. La aceptación del sub-criterio de la “cercanía” a la fase ejecutiva de la contribución accesoria como parámetro de relevancia penal parece obligar a una coherencia paralela en los fundamentos del castigo. Más brevemente: el fundamento del castigo de los actos ejecutivos debería encontrar continuación en el de los actos de cooperación cuyo sentido delictivo se pretende identificar por su cercanía a la fase de ejecución del hecho principal.

Desde el segundo punto de vista, esto es, desde la perspectiva de las dificultades para delimitar el comienzo de los actos ejecutivos se comprende, por un lado, la necesaria relatividad de los criterios que se proponen abocados a la inevitable toma en consideración del contexto como marco esencial de valoración de la peligrosidad. Si ya es difícil delimitar el acto ejecutivo del preparatorio en el hecho principal ¿cómo no va a transmitirse dicha dificultad respecto de la contribución que depende de la “cercanía” a la fase ejecutiva? La mayor o menor cercanía con el hecho principal obliga a situar el análisis de relevancia típica de la contribución accesoria respecto del *iter* que representa la evolución de la fase preparatoria a la fase ejecutiva dentro de ese *continuum* de peligrosidad *in crescendo* que se resiste a una consideración por secciones o trectos claramente delimitados²²⁶. Por fuerza ha de asumirse, por tanto, que la referencia en

²²³ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 73.

²²⁴ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 72.

²²⁵ De conformidad con la doctrina mayoritaria en nuestro país (véase, por todos, MIR PUIG, *Derecho*, p. 327; también, TORIO LOPEZ, *Indicaciones*, pp. 179 y 169 –especialmente su pie de página 1-, quien se refiere a la amplia acogida en la literatura de las “nuevas” teorías objetivas con ulteriores referencias bibliográficas) que sitúa el fundamento de la punición de fases anteriores a la consumación, según las teorías objetivas, en la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

²²⁶ Precisamente la teoría del peligro como intento de delimitación entre las fases preparatoria y ejecutiva se hace acreedora de esa crítica tal y como recientemente subraya ALCACER GUIRAO, *Tentativa*, pp. 24

sede de participación a los actos ejecutivos no podrá eludir la ambigüedad y dificultades que alberga ya antes de que se plantee su proyección indirecta como criterio de relevancia de contribuciones accesorias.

Por otro lado, y este es el aspecto que más nos interesa en este momento, la preocupación por la delimitación del inicio de la fase ejecutiva del hecho principal como referente indiciario de la relevancia típica del favorecimiento accesorio nos introduce en el verdadero nudo gordiano de la “neutralidad”: a saber, el de los datos –objetivos y subjetivos- que deben ser tomados en consideración, y cómo, para trazar esa frontera. No podemos aquí ocuparnos de un problema de semejante calado en su multiplicidad de implicaciones. Pero sí debe ponerse de manifiesto que debe existir, igual que señalábamos respecto del fundamento, una mínima coherencia entre los criterios que se manejen para delimitar la fase preparatoria y ejecutiva en el hecho principal y aquellos que se propugnan para abordar los problemas de imputación en sede de complicidad, máxime si es la fase ejecutiva un dato esencial para determinar el “sentido delictivo”. Más en concreto: en la polémica delimitación del inicio de la fase ejecutiva las diferentes propuestas apuntan a un equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo²²⁷ que, en cierto modo, debería encontrar cierta línea de continuidad en lo que se decida respecto de comportamientos favorecedores de complicidad.

Así planteada la cuestión puede quizás hallarse nueva luz a los criterios complementarios que FEIJOO SANCHEZ señala al hacer referencia a la necesidad de que en aquellos <<casos límite>> en que no se haya iniciado la fase ejecutiva por parte del autor existan, sin embargo, datos objetivos que permiten conocer la existencia de una resolución delictiva ajena en fase preparatoria. La relevancia penal de favorecimientos dependerá entonces de que se produzca algún “grado de solidaridad con la futura conducta del autor”²²⁸ afirma FEIJOO SANCHEZ, muy en la línea de la propuesta de SCHUMANN²²⁹ quien, por cierto, no duda en adherirse al sector doctrinal mayoritario en Alemania que propugna la “teoría de la impresión”²³⁰ como fundamento del castigo de la tentativa.

y 25, lo que lleva a dicho autor a su asunción como fundamento pero recurriendo a complementos imprescindibles en la línea de la teoría de los actos intermedios (*op. cit.*, p. 70 ss.) como criterio delimitador del inicio de la ejecución. Véase, también, por todos, ampliamente FARRE TREPAT, *La tentativa*, p. 137 ss., sobre el estado de la cuestión tanto en Alemania como entre nosotros.

²²⁷ ALCACER GUIRAO, *Tentativa*, p. 45 no duda en asegurar que en la doctrina actual, tras décadas de discusión polarizada entre teorías objetivas y subjetivas se impone una aproximación mixta. Somos conscientes de que se hace referencia básicamente a la necesidad de combinar criterios objetivos y el plan del autor a la hora de determinar el inicio de la fase ejecutiva. No hacemos referencia a que deba trasladarse, sin más, ese esquema a la problemática, en parte diferente, de la participación. Únicamente pretendemos llamar la atención sobre el hecho de que existe un cierto paralelismo estructural que permite establecer cierta relación en la forma de integrar datos “subjetivos” dentro del injusto de la tentativa de la misma manera que también en el tipo de complicidad serán necesarios para una adecuada configuración de sentido intersubjetivo.

²²⁸ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 80.

²²⁹ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunwert*, p. 50, reconoce una identidad de fundamento entre el criterio de “solidarizarse con el injusto ajeno” para la participación y la teoría de la impresión para la tentativa inidónea. En cualquier caso su argumentación explicativa sobre el entendimiento del desvalor de acción del partícipe responde a los parámetros de la teoría de la impresión.

²³⁰ Un buen resumen de los planteamientos de dicha teoría de la impresión recientemente, entre nosotros, ALCACER GUIRAO, *Tentativa*, p. 26 ss.; más extensamente, en el marco de la tentativa inidónea, DEL MISMO, *Tentativa inidónea*, p. 247 ss. También, resumidamente, por todos, FARRE TREPAT, *La tentativa*, p. 25 ss. Especialmente crítico con la postura de SCHUMANN desde la perspectiva de la teoría de la impresión, NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 513 ss.

Detengámonos de momento aquí y retengamos las siguientes ideas. La referencia a la cercanía a la fase ejecutiva del hecho principal como sub-criterio para determinar el sentido delictivo o la neutralidad de favorecimientos accesorios nos remite al fundamento del castigo y criterios de delimitación de actos ejecutivos y preparatorios si se desea guardar una adecuada coherencia sistemática. FEIJOO SANCHEZ en su referencia complementaria al “grado de solidaridad” en la línea de SCHUMANN parece acercarse más bien a los planteamientos de la teoría de la impresión. Pero al margen de ello lo que realmente resultará decisivo será la perspectiva objetiva u objetivo-subjetiva que se adopte para determinar esa “cercanía”. ¿El dato (¿subjetivo?) del conocimiento del partícipe de la resolución delictiva sirve para declarar tan “cercana” la contribución como para que sea punible? Una consideración objetivo-subjetiva debería permitir una aproximación más rica y matizada a la hora de establecer los criterios de “cercanía” y empataría con la postura mixta que domina en la doctrina a la hora de determinar el injusto de la tentativa. Este punto volveremos a retomarlo enseguida pues nos adentra definitivamente en la cuestión de los “conocimientos especiales”. Volvamos antes, sin embargo, brevemente, sobre FRISCH y SCHUMANN para cerrar la presentación del primer sub-criterio material del sentido delictivo para luego, al hilo de la exposición de otros criterios complementarios de las tesis objetivas analizar, críticamente, el equilibrio objetivo-subjetivo que materialmente sugieren.

3. Tanto SCHUMANN como FRISCH aluden, en la línea de lo visto hasta el momento, al criterio de la “cercanía” al hecho delictivo principal como uno de los parámetros para determinar, respectivamente, el “grado de solidaridad con el injusto ajeno” o el “claro sentido delictivo”.

SCHUMANN, quien como decíamos argumenta el desvalor de acción del partícipe en la línea de la teoría de la impresión como fundamento del castigo de la tentativa, a la hora de concretar cuándo la contribución accesoria se ha “colocado de forma reconocible de parte del injusto” subraya, en primer lugar, la importancia de la “cercanía al hecho” (*Nähe zur Tat*)²³¹. Según la contribución se preste en fase de actos preparatorios o de tentativa cabrá entonces determinar la relevancia penal del partícipe quien, por regla general, será punible en fase ejecutiva ya que el favorecimiento a un injusto “en marcha” entraña ese solidarizarse con el hecho ajeno.

Debe subrayarse, no obstante, que dicho criterio de la “cercanía” no es determinante. Al igual que ya veíamos en FEIJOO SANCHEZ o JAKOBS se es consciente de la limitación de las reglas generales en un terreno tan dependiente del contexto a la hora de ajustar las valoraciones jurídicas. Por ello SCHUMANN matiza, no sin cierta dosis de ambigüedad y generalidad, que, en realidad, lo verdaderamente importante no es tanto la cercanía al “hecho” sino más bien al “injusto”: se debe poder concluir interpretativamente que el partícipe hace causa común con el núcleo del injusto principal ajeno²³².

²³¹ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 57.

²³² Finaliza su explicación en este aspecto con la referencia al famoso <<caso del burdel>> [*supra* CASOS 1 y 2] y a un supuesto de estafa de suerte que según SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, pp. 57 y 58, habrá “cercanía” y, por tanto, “solidaridad con el injusto ajeno”, esto es: será complicidad punible la del que desarrolla la labor de cobrar los servicios en la casa de citas como empleado de la misma pero no así el que ejerce como administrador de la casa. Será típica la conducta del transportista que lleva objetos robados para su jefe pero no si con la mercancía objeto de transporte el jefe lleva a cabo posteriormetne una estafa por incumplimiento [*supra* CASOS 10 y ss.].

4. Mucho más detallada y en una línea de fundamentación más en la órbita del principio de protección de bienes jurídicos se encuentra la posición de FRISCH. Como venimos insistiendo diferencia en mayor medida grupos de casos y perfila con más detenimiento y de forma más prolija los sub-criterios a la búsqueda de conductas de favorecimiento que presenten un “claro sentido delictivo”.

Los supuestos según FRISCH menos problemáticos son aquellos en que cabe establecer una “estrecha relación espacio-temporal” entre la contribución accesoria y el hecho delictivo principal. El comportamiento deja entonces de ser neutral y pasa a ser únicamente interpretable según su sentido delictivo. De conformidad con este criterio de cercanía entrarían en el ámbito de prohibición de la norma aquellos comportamientos que intensifican la fuerza de una acción delictiva en marcha como, por ejemplo, sujetar a personas o colaborar en la fractura de puertas, ya que suponen un complemento objetivo que “encaja”, se adecúa, perfectamente al hecho principal. También se inscriben como conductas punibles las que completan el ataque como transportar el botín del lugar de los hechos a un escondrijo²³³.

Una vez más, sin embargo, se demuestra la relatividad del criterio que no es de por sí determinante. Prueba de ello es el ejemplo de la bebida refrescante [*supra* CASO 5] respecto del cual se niega el sentido delictivo de la entrega de un refresco aunque esto suceda en el mismo momento en que el receptor de la misma está llevando a cabo un delito²³⁴. De cualquier manera el criterio de la cercanía, como en los otros defensores de tesis objetivas “puras”, es un primer referente central, aunque no definitivo, que descansa en la diferencia entre la fase ejecutiva y preparatoria del hecho principal como primer punto básico desde el que abordar la calificación de favorecimientos accesorios.

3.2.2.2. Otros criterios complementarios

1. La coincidencia y defensa del criterio de la cercanía del favorecimiento a la fase ejecutiva del hecho principal no oculta la relatividad del mismo. Es por ello que algunos autores hayan desarrollado, por un lado, criterios complementarios. Por otro lado, resulta fundamental para una cabal comprensión de las tesis objetivas “puras” enlazar la exposición de los criterios y su contenido material con los matices que necesariamente se derivan de la toma de postura respecto de la relevancia que hayan de tener determinados “datos subjetivos”, en especial el del “conocimiento especial” de la resolución delictiva ajena. Este último es, además, un aspecto esencial y característico de las teorías objetivas “puras” que las diferencia, como más adelante podremos comprobar, de las teorías mixtas. Pero iniciemos, primero, la exposición de los criterios complementarios más reseñables²³⁵ a modo de introducción al problema de la relevancia de los “conocimientos especiales” como elemento en el juicio de peligrosidad de los comportamientos aparentemente neutros.

2. Como acertadamente señala FEIJOO SANCHEZ el verdadero ámbito de discusión en esta materia se encuentra al día de hoy precisamente en ese estadio de conductas inmediatamente anterior, o en el mismo límite, entre la fase ejecutiva y preparatoria de un hecho principal. El eventual cómplice lleva a cabo una prestación pero sobre la base de conocer,

²³³ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 289.

²³⁴ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 289.

²³⁵ Nos ocuparemos únicamente de las posturas de FEIJOO SANCHEZ y FRISCH ya que autores como JAKOBS, SCHUMANN o LOPEZ PEREGRIN o bien no desarrollan criterios complementarios, o bien ya se ha expuesto lo principal de su postura con anterioridad.

gracias a una serie de indicios objetivos, que un tercero ha tomado una resolución delictiva aunque dicho autor todavía no ha iniciado la realización típica²³⁶. En esta formulación late un complemento a la regla general (según la cual la fase ejecutiva lleva al castigo y la preparatoria a la impunidad de contribuciones accesorias) que se hace depender, a nuestro juicio, de un doble criterio “objetivo-subjetivo” entrelazado: necesidad de indicios “objetivos” que, en segundo término, sirven de base para “conocer” la resolución delictiva ajena. A partir de aquí, y con evidente cautela²³⁷, FEIJOO SANCHEZ opta por el criterio complementario de la “solidarización con el injusto ajeno” de suerte que de darse éste podría castigarse excepcionalmente la conducta correspondiente de complicidad aun en fase preparatoria del hecho principal. Los ejemplos que el autor pone como casos “límite” en que se daría el grado necesario de solidaridad como para convertir excepcionalmente en delictiva la participación no resultan, sin embargo, a nuestro juicio, muy convincentes²³⁸: el dependiente de una papelería le recomienda al comprador cuál es la mejor tinta para realizar una determinada falsificación [*supra* CASO 17]; el ferretero aconseja al cliente cuál es la mejor navaja para participar en una determinada pelea [*supra* CASOS 16, 18, 19] o el taxista recoge a los atracadores en un determinado punto convenido de antemano y les espera hasta que finalizan el atraco con el coche en marcha [*supra* CASO 23]²³⁹.

Si dejamos a un lado el valor que FEIJOO SANCHEZ concede al cumplimiento de las obligaciones o normas del sector de actividad correspondiente como “contra-indicio” objetivo de sentido delictivo²⁴⁰, poco más aduce el autor sobre lo que debería entrañar ese solidarizarse con el injusto ajeno. Ahora bien es clave aclarar si este criterio excepcional complementario tiene una base “objetiva” como el propio FEIJOO SANCHEZ asegura²⁴¹ o más bien mixta “objetivo-subjetiva” como, a nuestro juicio, podría deducirse de la toma en consideración en la propia definición de los <<casos límite>> del “conocimiento” de la resolución delictiva ajena. Enseguida volveremos sobre este aspecto a la hora de analizar la propuesta de irrelevancia de todo “subjetivismo” en el tipo objetivo de la participación. Vayamos, antes de ello, sin embargo, con la postura, más compleja, de FRISCH.

3. También FRISCH detecta que los verdaderos problemas aparecen según el delito principal se aleja de la fase ejecutiva y trata por ello de elaborar criterios que permitan precisar

²³⁶ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 73 ss.

²³⁷ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 74-78, expone los argumentos que le llevan a mantener tácitamente el carácter excepcional de la responsabilidad como partícipe en estos <<casos límite>> y optando en su caso por un castigo por delito de omisión.

²³⁸ Pues se trata o bien de supuestos de “consejo técnico” que, como subraya LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 311, “puede considerarse el más claramente constitutivo de complicidad”; o bien, en el caso del taxista, de una prestación que se mantiene también durante la fase ejecutiva del delito. Son supuestos, por tanto, demasiado evidentes y no tan al “límite”.

²³⁹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 80.

²⁴⁰ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 78 y 79, asegura que la impunidad resulta más evidente “cuando el que favorece el delito cumple con sus obligaciones o con las normas que regulan una determinada actividad, como en los ejemplos de JAKOBS del deudor que paga [*supra* CASO 7] o del juez que cumple su función”. Para un desarrollo más radical de esta idea desde un planteamiento más “subjetivista” (véase *infra*, apartado 3.4. “tesis mixto-subjetivas”) hasta el punto de justificar la impunidad, particularmente en casos de dolo eventual, OTTO, *Vorgelesistete Strafvereitelung*, p. 212 ss.; más reciente y específicamente DEL MISMO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 443 ss.

²⁴¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 74 niega que sea el “mero” conocimiento de la resolución delictiva ajena (más una relación de causalidad) base suficiente para fundamentar responsabilidad como partícipe. La pregunta es, sin embargo, si ha de tener “alguna” relevancia al margen de negar –tal y como nosotros también lo haremos– que sea un dato que por sí sólo baste como criterio de imputación.

cuándo habrá sentido delictivo en la contribución accesoria a un hecho aún en fase preparatoria a pesar, por tanto, de que no haya una conexión espacio-temporal de cercanía. En principio dos son los criterios que se proponen para determinar el sentido delictivo, si bien hay que advertir de que a ello deberá añadirse otro conjunto de supuestos en que, en un nivel aún más excepcional, también va a reconocerse relevancia típica en un contexto argumental que se sitúa a caballo entre los delitos de omisión pura y el estado de necesidad²⁴².

3.1. Respecto de los dos primeros criterios, podría hablarse en un tono crítico más bien de líneas interpretativas antes descriptivas que materiales. Así, en primer lugar, FRISCH asegura que el sentido delictivo depende de la *forma o configuración* (<<Gestalt>>) del comportamiento, de suerte que la relevancia jurídico-penal se constata allí donde el favorecimiento sólo se puede explicar, sea en su totalidad o en parte, en clave criminal. Con otras palabras, no cabe otra razón que aclare el comportamiento que su carácter de favorecimiento de delitos agotándose en ello su sentido²⁴³. Como segundo criterio se refiere el profesor alemán a constelaciones de comportamientos favorecedores a través de cuya existencia o realización se tiene en cuenta la decisión delictiva de terceros. Son supuestos en que la contribución accesoria corresponde al deseo o petición de favorecimiento de actuaciones claramente delictivas. Se explican únicamente desde la *satisfacción de necesidades delictivas*²⁴⁴.

A pesar del carácter más bien descriptivo de los dos sub-criterios mencionados²⁴⁵ debe subrayarse que, en cualquier caso, aquellos deberán entrar en juego sobre la base de una elevación del riesgo que requiere de la correspondiente valoración normativa y que permite expulsar de forma directa y previa del ámbito de prohibición de los tipos de participación conductas que satisfagan necesidades excesivamente genéricas como, por ejemplo, dar de comer o beber al delincuente²⁴⁶.

3.2. La elaboración de FRISCH, en un necesario esfuerzo de síntesis, puede darse por presentada si a los criterios expuestos añadimos el supuesto excepcional en que, aunque no cabe constatar “sentido delictivo” en la contribución se plantea una suerte de estado de necesidad o colisión de intereses entre la libertad de acción de quien podría evitar (sin estar en posición de garante) la lesión ajena de bienes jurídicos de un tercero y la aspiración a tutelar dichos bienes jurídicos²⁴⁷. Una vez más nos encontramos frente a lo que FEIJOO SANCHEZ denomina acertadamente <<casos límite>> y ante la pregunta esencial de hasta dónde puede obligarse al ciudadano a poner obstáculos a una persona resuelta a realizar un delito²⁴⁸.

²⁴² FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 295 ss., alude a constelaciones sin sentido delictivo (especialmente a los negocios normales de la vida diaria) respecto de las que admite excepciones (*op. cit.*, p. 308 ss.).

²⁴³ Ejemplos de comportamiento cuya “forma” o “configuración” es delictiva serían las medidas de encubrimiento dirigidas al aseguramiento de delitos como la renuncia a contabilizar determinadas operaciones, la utilización de testaferreros. Pero también maniobras de distracción sobre la víctima, consejos técnicos, etcétera. FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 291 y 292.

²⁴⁴ Así, por ejemplo, entrega de objetos, comunicación de informaciones y llevar hasta el lugar del crimen [*supra* CASO 23]. FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 292.

²⁴⁵ NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 518, critica la posición pretendidamente objetiva de FRISCH denunciando que intentar definir un comportamiento puramente objetivo del delito más allá de la elevación del riesgo y antes de los elementos subjetivos no es sino una pura adscripción sin sustrato tangible.

²⁴⁶ En la línea de los supuestos que describimos *supra*, apartado 2, CASOS 1 y ss. FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 293 ss.

²⁴⁷ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 312 ss.

²⁴⁸ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 74.

No debe ocultarse la extraordinaria gravedad que subyace a la cuestión ante el riesgo de que se transite a una extensión encubierta de las posiciones de garantía²⁴⁹ ganando espacios al ámbito propio de los delitos de omisión pura. Seguramente por ello FRISCH opta por una ubicación del problema en un plano absolutamente excepcional y hasta cierto punto forzado por desplazarlo de la tipicidad a un terreno lindante –sino directamente inmerso- con las causas de justificación.

No podemos aquí por limitaciones de espacio y del objeto de estudio detenernos más. Y es que la cuestión se remite a profundizar en las prevaloraciones insertas en los delitos de omisión como uno de los parámetros de ponderación a la hora de calibrar hasta qué punto cabe exigir una autolimitación –excepcional- de la libertad de actuación de un no partícipe y no garante para proteger bienes ajenos frente a ataques de terceros²⁵⁰. Por ello baste con tener en cuenta la fina elaboración de FRISCH que llega hasta un nivel de detalle minucioso pero que, por lo que a este grupo de casos respecta, no suponen sino una excepción a la regla de impunidad (ausencia de sentido delictivo) que declara con relación a los “negocios normales de la vida diaria”. Todos los criterios expuestos buscaban, entonces, una fundamentación positiva del castigo de determinados casos de favorecimiento que el profesor alemán corona con una argumentación complementaria “en negativo”: esto es, aclarando la proyección de su concepción sobre los que venimos denominando como “actos neutros” en cuanto supuestos “sin sentido delictivo”. Aquí llegamos al punto nuclear desde la óptica de este trabajo y por ello será expuesto a continuación al hilo de la cuestión de la relevancia, o irrelevancia, del “conocimiento” especial de la resolución delictiva ajena.

3.2.2.3. ¿Irrelevancia del “conocimiento” de la resolución delictiva ajena?

1. Hemos ido comprobando a lo largo del análisis de las líneas convergentes de los defensores de las tesis objetivas “puras” así como al hilo de las peculiaridades plasmadas en los criterios complementarios que, en definitiva, el criterio rector del “sentido delictivo” se nutre materialmente de su remisión al hecho principal y, más en concreto, a los “datos” que rodean el “contexto delictivo” en que se vendría a integrar la contribución accesoria objeto de valoración.

Resulta ser una referencia fundamental, aunque no definitiva, que la contribución accesoria se lleve a cabo en la fase ejecutiva o en la fase preparatoria del hecho principal como primeros indicadores, respectivamente, de una regla general de castigo o impunidad²⁵¹ del favorecimiento. Pero el problema de la “neutralidad” o relevancia típica de la complicidad se agudiza precisamente en el límite entre ambas fases y más aún en los casos en que, aunque no se encuentre el delito claramente en la fase ejecutiva, hay una constancia –más o menos objetivable- de que hay una resolución delictiva ajena. En estos casos “límite” los defensores de las tesis objetivas “puras” se caracterizan por negar *teóricamente* la relevancia del conocimiento de dicha resolución delictiva ajena por constituir, a su juicio, un dato “subjetivo” que entrañaría

²⁴⁹ Una vez más especialmente duro en su crítica a este aspecto de la construcción de FRISCH véase, por todos, NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 519 ss. , especialmente pp. 521 y 522 cuando afirma las diferencias estructurales entre el estándar de protección de los tipos de participación y el de los delitos de omisión denunciando la ilegitimidad de una analogía que tiende a confundir ambos planos para construir, en definitiva, auténticas responsabilidades en comisión por omisión.

²⁵⁰ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 313 ss.

²⁵¹ Siempre en el entendido de impunidad respecto del tipo de participación. Sin perjuicio, por tanto, de la posible responsabilidad por omisión.

una quiebra sistemática insoluble de asumirse su inclusión como base valorativa a efectos de tipicidad objetiva. Esta posición común, no obstante, admite matices según cada autor que dibujan una progresiva disolución de la misma desde los postulados más “puros” de JAKOBS a los de FRISCH. Veámoslo.

2. Quizás es una vez más JAKOBS el autor que de forma más radical niega la relevancia del conocimiento de una resolución delictiva ajena como dato a tener en cuenta a efectos de imputación objetiva de la conducta del partícipe. De forma rotunda afirma la necesidad de distinguir estrictamente el sentido objetivo de un contacto social de lo que subjetivamente persiguen las personas que actúan en una sociedad moderna de división del trabajo: lo que el sujeto en concreto quiera o desee no será relevante en la medida en que no se objetive en el contexto²⁵². Y lo dicho es en principio válido, tanto desde la perspectiva del sujeto en cuanto autor principal del hecho al que se contribuye, como para el propio favorecedor (aparente). Con otras palabras, ni la voluntad delictiva del autor principal que quiera “abusar” de una contribución “en sí misma” neutra debe de poder (normativamente hablando) cambiar el sentido social (objetivo) de la contribución accesoria, ni el hecho de que el partícipe (aparente) tenga noticia de la resolución delictiva ajena, o incluso la desee, debe de poder tampoco cambiar la cualidad de su actuar: lo que haya de constituir al favorecimiento como “delictivo” debe ser algo previo e independiente.

Esta declaración de irrelevancia del conocimiento de la resolución delictiva ajena la ejemplifica JAKOBS precisamente respecto de los casos de “negocios de la vida cotidiana” (intercambio de productos, servicios o información) como ámbito de actividad en que mayor eficacia puede desplegar la prohibición de regreso²⁵³, pero no deja de representar una manifestación particular que se deriva en línea de coherencia con una opción sistemática de mayor calado: a saber, la de la irrelevancia de los conocimientos o saberes especiales como bases del juicio de imputación objetiva²⁵⁴.

Como expone MARTINEZ ESCAMILLA nos encontramos ante el problema de la formación de las bases del juicio de adecuación que ha sido resuelto mayoritariamente, contra el criterio de JAKOBS, incluyendo aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por una persona prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos especiales o el azar. Se trata, en definitiva, de la conocida prognosis posterior objetiva²⁵⁵ como criterio de determinación normativa de la relevancia típica del riesgo.

La divergencia con el criterio mayoritario la fundamenta JAKOBS en la necesidad de una separación del aspecto objetivo y subjetivo de acuerdo con la configuración y función que a los “roles” otorga como una de las bases de su particular construcción de la teoría (de la imputación)

²⁵² JAKOBS, *Akzessorietät*, p. 261.

²⁵³ JAKOBS, *Akzessorietät*, pp. 261 y 262.

²⁵⁴ JAKOBS, *Derecho*, p. 250 ss. y 239. También, más ampliamente y desde una perspectiva paralela a la delimitación del injusto en la tentativa DEL MISMO, *Representación*, especialmente p. 508 ss. Más recientemente DEL MISMO, *Bemerkungen*, pp. 57 y 55 (existe traducción al castellano DEL MISMO, *Observaciones*, p. 119 ss.).

²⁵⁵ MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 81. Véase también, en línea con la posición mayoritaria, en Alemania, por todos, ROXIN, *Strafrecht*, pp. 315 y 309; SCHÜNEMANN, *El sistema*, p. 24. Y, entre nosotros, también, por todos, MIR PUIG, *Derecho*, pp. 234 y 229 ss.; y TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 40; DEL MISMO, *Fin de protección*, pp. 388 y 389. Particularmente respecto de la complicidad LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 234 (su pie de página 18).

del delito²⁵⁶. Sin embargo esta es una afirmación que encuentra su reverso fundamental en una concepción del sistema funcional (“moderado”) que, como indica SCHÜNEMANN, relativiza la rígida separación sistemática entre presupuestos subjetivos y objetivos y llega a afirmar la necesidad de la toma en consideración de conocimientos del autor para llevar a cabo de forma adecuada el juicio de imputación objetiva²⁵⁷. La inclusión de los conocimientos especiales viene así a enriquecer la descripción típica²⁵⁸ evitando distorsionar el sentido de la realidad (del comportamiento) sobre el que debe proyectarse la valoración jurídica. Esto no supone sino reconocer y caer en la cuenta de que, siguiendo a MIR PUIG, hay elementos que pese a su carácter personal condicionan, en realidad, el sentido objetivo (mejor, intersubjetivo) del tipo²⁵⁹.

No resultan, por tanto, tan evidentes las razones que llevan a JAKOBS a negar relevancia a dichos conocimientos como “dato” que permita una lectura de sentido delictivo ya en sede de tipicidad objetiva: más bien parece que dichos conocimientos pueden y deben contribuir a dotar de significación al comportamiento que se pretende desvalorar. Son datos entonces de naturaleza personal o “subjetiva” que “dibujan” o “matizan” el sentido social de la conducta de una forma normativamente relevante y por ello no debe relegarse su pertenencia sistemática al tipo subjetivo. Muestra de ello puede encontrarse, además, incluso en los otros defensores de las tesis objetivas “puras” que, como ahora podremos observar, no asumen de forma tan nítida y radical la pretendida irrelevancia del conocimiento de la resolución delictiva ajena sino que más bien tienden, en mayor o menor medida, a reconocerle su función de dación de sentido, eso sí, no como único factor sino como un elemento más a tomar en consideración a la hora de abordar un juicio de peligrosidad que, como TORIO ya expuso magistralmente, debe recaer no sobre elementos parciales sino sobre la materia de la prohibición, es decir, sobre el tipo como totalidad incluyendo datos subjetivos²⁶⁰.

3. Ya indicábamos al detallar los criterios complementarios que utiliza FEIJOO SANCHEZ que, a pesar de negar en general relevancia al dato del conocimiento de la resolución delictiva ajena²⁶¹, está dispuesto a aceptar que el grupo de <<casos límite>> se defina precisamente con base en este dato²⁶². El hecho de que admita excepciones a la punición de favorecimientos que tengan lugar en fase preparatoria del hecho principal, pero con base en indicios objetivos que den pie a conocer, con mayor o menor seguridad, una resolución delictiva

²⁵⁶ Para una crítica sobre los fundamentos de esta línea funcionalista radical véase, recientemente, ALCACER GUIRAO, *Facticidad*, p. 251 ss.

²⁵⁷ SCHÜNEMANN, *El sistema*, p. 24.

²⁵⁸ En tal sentido refuta MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 89, las críticas de eventual distorsión sistemática por la inclusión de conocimientos especiales como elemento de naturaleza subjetiva en el tipo objetivo: “(...) lo que ya no resulta legítimo es distorsionar la realidad, de la cual ha de ser un reflejo la estructura del delito, en aras de un purismo sistemático y de la separación tajante, más distorsionante que aclarativa, entre los diferentes factores determinantes de la relevancia penal del comportamiento, en consideración a la diferente naturaleza de los mismos.”

²⁵⁹ MIR PUIG, *Sobre lo objetivo*, pp. 674-676.

²⁶⁰ TORIO LOPEZ, *Fin de protección*, p. 388.

²⁶¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 74.

²⁶² Como grupo intermedio entre aquellas conductas de favorecimiento del delito posterior al comienzo de la tentativa o del inicio de la ejecución del hecho típico (regla general: no opera la prohibición de regreso y son punibles) y aquellas otras que se llevan a cabo antes de la resolución delictiva (regla general: opera la prohibición de regreso luego son impunes). FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, pp. 72, 73 y 61 ss. El grupo de <<casos límite>> (*op. cit.*, p. 73 ss.; y *supra*, apartado 3.2.2.2.) lo definía así como posible excepción a las reglas generales indicadas incluyendo aquellos supuestos en que “(...) el autor principal ha adoptado la resolución de realizar un delito, se encuentra en la fase de actos preparatorios y existen datos objetivos que lo demuestran” (*op. cit.*, pp. 73 y 74).

ajena aún por ejecutar permite, a nuestro juicio, deducir que, aún con estas limitaciones, no se descarta entonces cierta relevancia a *supuestos en que la situación objetiva subyacente al contexto delictivo, aún en fase preparatoria, facilita afinar en mayor medida el juicio de peligrosidad por otra vía hasta el punto de poder integrarse el tipo de participación*. No es que el dato del conocimiento de una resolución delictiva ajena cambie, por sí solo, el significado objetivo del comportamiento sino que resulta ser dicho conocimiento –cuando *ex ante* esté suficientemente fundado– un indicador objetivo que funge como criterio de relevancia de la peligrosidad de la conducta en grado de equivalencia al hecho de que el autor principal haya iniciado los actos ejecutivos del delito.

La “fuerza normativa” que tiene el dato de que los actos ejecutivos se han iniciado encontraría así un equivalente excepcional en supuestos en que aunque el contexto delictivo del autor principal está más adelantado (fase preparatoria) hay otros indicios, como, por ejemplo podría ser la verosímil declaración expresa del autor de su voluntad criminal apoyada en actos de preparación lindantes con la fase ejecutiva, que permiten equiparar normativamente el nivel de peligrosidad del favorecimiento cómplice. El eventual cómplice *ex ante* se situaría normativamente ante un contexto delictivo equivalente a aquel en que ya se han iniciado los actos ejecutivos: los indicios objetivo-subjetivos ayudan a identificar adelantadamente un contexto ejecutivo “por venir” pero que intersubjetivamente debe ya desplegar un efecto prohibitivo para las contribuciones cuyo sentido cambia al resultar inminente la infracción delictiva principal.

Así expuesto asumimos también el carácter excepcional de la punición de supuestos como los descritos pero afirmamos, a la vez, que el dato del conocimiento no es irrelevante sino uno más a integrar en el siempre delicado juicio de peligrosidad máxime en casos frontera. Su valor es, en definitiva, el de completar la descripción de determinados contextos delictivos cuya ambigüedad se deriva necesariamente del carácter fluido del comportamiento humano que no admite, al límite, una consideración tajante y estanca sino que debe ser abordado con categorías como la del juicio de peligrosidad cuyo resultado definitivo depende de una consideración valorativa²⁶³ que debe poder informarse –en aras de un ajuste lo más preciso posible– de todos los datos –objetivos y subjetivos– que contribuyen a captar el sentido social de la conducta.

La formulación terminológica que posteriormente quiera darse a lo expuesto tiene una importancia secundaria. FEIJOO SANCHEZ aludía al criterio complementario del “solidarizarse con el injusto ajeno”, en línea con lo expuesto por SCHUMANN²⁶⁴, que como veíamos, no era sino un colofón con ropaje “subjetivista” de auténticos criterios de imputación objetiva para recoger, a nuestro juicio, los supuestos más evidentes de complicidad al límite como válvula de escape a una regla general rígida que negaba los conocimientos especiales. Conocimientos que en realidad acaban, sin embargo, siendo reconocidos e integrados “por la puerta de atrás” pues con esa otra formulación se permite que los supuestos extremos subyacentes sean castigados cuando se manifieste intersubjetivamente el actuar como un solidarizarse con el injusto ajeno (adelantado).

²⁶³ En el sentido de TORIO LOPEZ, *Racionalidad*, pp. 515 y 516, cuando afirma que el momento teleológico no logra nunca delimitar los límites del concepto, trátase de la parte especial o general, precisándose siempre de una valoración como momento final de la actividad teórica y práctica del jurista.

²⁶⁴ De quien, por cierto, puede afirmarse que se sitúa en una posición similar a la expuesta respecto de FEIJOO SANCHEZ con relación a la dificultad de poder concluir categóricamente que niegue en todo caso relevancia a los “conocimientos especiales”. Véase, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 68 al hilo de la resolución –en diferentes sentidos– de supuestos en que el autor declara sus intenciones delictivas o pide ayuda expresamente o esto es obvio a la luz del contexto.

Las tesis de FEIJOO SANCHEZ, podría entonces concluirse, resultan, en una visión de conjunto, menos radicales y más proclives a aceptar –excepcionalmente- cierta relevancia al conocimiento de una resolución delictiva ajena a la que subyazcan indicios objetivos que permitan identificar una “solidarización con el injusto ajeno”. Con la debida cautela podría entonces añadirse y sugerirse que estos casos límite se encuentran materialmente en aquel terreno común, compartido por los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea, que se caracteriza por comportamientos no peligrosos pero que podrían justificarse como excepciones sistemáticas a veces inevitables por motivos de necesidad u oportunidad jurídica²⁶⁵. En este momento interesa destacar, desde esta otra perspectiva, el carácter límite de los supuestos a estudio que parecen tantear y forzar la excepción sistemática. En ese contexto excepcional debe situarse el dato del conocimiento especial como elemento que, contra el criterio general de los defensores de las teorías objetivas “puras”, sí que puede informar y precisar el juicio de peligrosidad ayudando así a decantar la calificación jurídica de complicidad punible en una esfera paralela a los esfuerzos por delimitar el peligro abstracto (presunto) del “hipotético”²⁶⁶.

Probablemente este es el camino que transita FEIJOO SANCHEZ en el desarrollo de sus criterios complementarios al del “sentido delictivo” y que puede todavía identificarse con mayor nitidez respecto de la posición de FRISCH.

4. FRISCH representa dentro de las tesis objetivas “puras” aquella posición que de una manera menos evidente niega la relevancia de los conocimientos especiales²⁶⁷. Con razón LOPEZ PEREGRIN clasifica al profesor alemán como defensor de una posición intermedia ante esta problemática cuestión²⁶⁸ que en su proyección en el tema que nos ocupa sitúa a FRISCH como el extremo opuesto a JAKOBS con una postura que bien podría calificarse de puente con las tesis mixtas que luego estudiaremos.

Ya advertía FRISCH que no basta con una mera elevación del peligro “por encima de lo normal” de que un tercero se vea favorecido en su realización delictiva: se precisan concretos datos indiciarios que fundamenten que la conducta de favorecimiento en cuestión afectará a un tercero decidido -o que se va a decidir- a delinquir²⁶⁹. Esta primera delimitación básica está apuntando a una construcción normativa con aspiraciones de restricción de la intervención penal consciente del inmenso campo de actividad humana que es susceptible de que posteriormente sea utilizado de forma abusiva o desviada para fines delictivos ajenos. Es por ello que a partir de aquí el profesor alemán va a ir matizando y diferenciando en aras de justificar una elevación del peligro (<<sentido delictivo>>) tal que ya legitime la intervención punitiva según el principio básico de tutela de bienes jurídicos. Para tal fin se irá ayudando de diversos criterios que ya han

²⁶⁵ TORIO LOPEZ, *Racionalidad*, pp. 510 y 511; DEL MISMO, *Indicaciones*, especialmente, pp. 170, 180 y 181, destacando, precisamente el papel de “cierre” de la teoría de la impresión en línea con lo podría aventurarse que subyace al criterio complementario del “solidarizarse con el injusto ajeno” que utiliza FEIJOO SANCHEZ (y SCHUMANN).

²⁶⁶ TORIO LOPEZ, *Los delitos*, p. 825 ss.

²⁶⁷ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, especialmente p. 270 ss. , 283 ss. y 298 ss. Véase, también, recientemente, FRISCH, *La imputación*, pp. 56-58, quien asegura expresamente “(...) que es correcto que en la cuestión relativa a la creación de un riesgo desaprobado *no puede prescindirse completamente de los conocimientos especiales disponible por el autor*” (destacado en cursiva nuestro); en la misma línea, con anterioridad, DEL MISMO, *La crítica*, p. 78 ss.

²⁶⁸ LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 234 (su pie de página 18) cuando afirma que FRISCH, en contraste con JAKOBS, “tiene en cuenta tanto los conocimientos especiales como el ámbito de actuación del rol del sujeto, dando prioridad a uno u otro según el supuesto”.

²⁶⁹ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 265 y 266.

sido expuestos en lo fundamental. Ahora resta únicamente atender a las precisiones que hace respecto del aspecto “subjetivo”.

En su afán por encontrar el “sentido delictivo” de la conducta en la propia conducta del favorecedor niega que la posibilidad, incluso apoyada en datos objetivos, de que se vaya a producir un delito ajeno tenga, sin más, que desplegar un efecto de prohibición de conductas que puedan llegar a favorecer el hecho principal. Aún más: incluso aunque se trataran de datos indiciarios “percibidos” de futura realización delictiva ajena no tiene tampoco por qué castigarse al aparente cómplice. Aquí ya se está refiriendo FRISCH a supuestos en que el eventual favorecedor ha conocido el plan delictivo de un tercero, por ejemplo, gracias a la confesión de intenciones del futuro autor principal²⁷⁰.

Debe subrayarse que ya respecto de esta última matización FRISCH no se muestra categórico: esto es, su argumentación se dirige más bien contra aquellas construcciones que quisieran hacer descansar la prohibición de contribuciones accesorias ajenas en el *único* dato de que haya una alta probabilidad de realización delictiva. Con razón señala el riesgo fundamental de “sociedad de la desconfianza”²⁷¹ si a la prohibición normativa subyaciera un razonamiento que nos obligara como regla a sospechar de nuestros conciudadanos como delincuentes potenciales²⁷². En definitiva se apunta hacia una configuración del injusto del partícipe más compleja y que renuncia al simplismo de condicionarlo unívocamente a un riesgo <<general>> de utilización delictiva. Ello no implica, sin embargo, negar toda relevancia²⁷³, por ejemplo, al conocimiento de una resolución delictiva. Adelantamos ya que, a nuestro entender, puede y debe ser un dato susceptible además de objetivación (intersubjetiva) que contribuya junto a otras bases de enjuiciamiento a una determinación más específica del riesgo de favorecimiento: es un dato que puede llevar a la conclusión de que en el caso concreto la peligrosidad pierde su carácter general y adquiere contornos más precisos que hacen merecida y necesaria su inclusión valorativa en el tipo de participación.

Podría sugerirse que, de una manera tácita, en esa dirección apuntan las ulteriores diferenciaciones que FRISCH añade. En primer lugar, cuando acertadamente coloca en un mismo plano argumental la valoración que han de merecer tanto los conocimientos y deseos del autor principal como los del aparente cómplice cuando carecen de una base objetiva suficiente: lo subjetivo no puede transformar la conducta que previamente no pueda ser definida como delictiva aunque el autor o el favorecedor así lo deseen²⁷⁴. El dolo del autor o del partícipe, en su vertiente puramente volitiva, no pueden (ni deben) cambiar el mundo: que el autor “desea”, en un plano psicológico, que la prestación de un tercero se vea envuelta en un contexto delictivo o que sea el propio sujeto que realiza la prestación a un hecho ajeno el que “desea” que se produzca el delito no es todavía, ni mucho menos, definitivo²⁷⁵.

²⁷⁰ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 269 y 270

²⁷¹ En la línea del conocido “derecho penal del enemigo” de JAKOBS, *Criminalización*, p. 295. Crítico, recientemente, con esta “categoría” desde una perspectiva terminológica y, a la vez, más general de las propias bases de la construcción dogmática véase, SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 210-212.

²⁷² FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 260-271.

²⁷³ FRISCH, *La imputación*, p. 56.

²⁷⁴ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 283.

²⁷⁵ Nos acercamos aquí a un plano estructuralmente paralelo al de la tentativa inidónea –incluso en su delimitación con el delito putativo (véase, al respecto, ampliamente FARRE TREPAT, *La tentativa*, p. 405 ss.)- ya que no cabe una sustitución o modificación de la realidad por los deseos o conocimientos infundados del sujeto. Diferente será, y ahí reside el problema principal, cuando los conocimientos o deseos tenga una base más o menos fundada.

Pero FRISCH avanza a un plano normativo cuando afirma que las intenciones no deben tomarse en cuenta como dato psicológico sino “objetivo”. Negado que el aspecto psicológico puro pueda definir el riesgo desaprobado abre la puerta a la existencia de “datos subjetivos” que en realidad sean codeterminantes del sentido social y jurídico –objetivo– del injusto. No se trata de la psique del sujeto sino de su manifestación externa por lo que lo subjetivo define el sentido delictivo sólo cuando determina la orientación del que favorece o posibilita²⁷⁶.

Toda su argumentación se mueve en las dos orillas trazadas entre un aspecto subjetivo entendido en sentido puramente psicológico y aquel otro en que lo subjetivo puede ser reflejo de realidades objetivas subyacentes. Podríamos así concluir que aunque FRISCH niega que en los supuestos de “negocios de la vida diaria” el dato del conocimiento más o menos seguro de resolución delictiva ajena sea en sí mismo determinante tampoco ello implica, según sus razonamientos, que niegue que en estos casos paradigmáticos de “neutralidad” pueda ser dicho conocimiento un dato “fundado” que nos ayude a determinar el sentido delictivo de la conducta del partícipe. Más bien se detecta una calculada ambigüedad que obliga a una remisión al caso concreto para buscar la relevancia del conocimiento especial como dato, en su caso, normativo y orientador del sentido delictivo.

3.2.3. Algunas conclusiones provisionales

1. Las tesis que hemos denominado “objetivas puras” se caracterizan por un **doble filtro objetivo** si se comparan con el tratamiento de la cuestión de contribuciones neutras a un hecho principal ajeno por parte de las tesis subjetivas: ya que, por un lado, se ubica el problema en el tipo objetivo (y dentro de este en el desvalor de acción) y, en segundo lugar, se define la peligrosidad de la conducta según un juicio *ex ante* de pronóstico que tiende a no tomar en cuenta los conocimientos especiales del eventual partícipe.

2. Esta última cuestión de los conocimientos especiales determina una cierta tendencia a “**explicarse en negativo**”: esto es, se constata un detenido esfuerzo argumental por defender o rechazar la relevancia típica de determinadas contribuciones neutras negando que aquella haya de depender de datos subjetivos como la voluntad de favorecimiento, o la realización del hecho principal (dolo), o el conocimiento seguro o probable de un plan delictivo de terceros.

Esta argumentación “en negativo”, muy a pesar de la preocupación por elaborar criterios de imputación generales, redundante, en mayor o menor medida según autores, en un cierto déficit de dotación de contenido a los criterios materiales que habrían de informar la definición del injusto del cómplice. Ello también tiene su explicación en un punto de partida generalizado que determina la impunidad de la mayoría de las contribuciones “límite” que se acaban por remitir a la zona libre (“neutras”) y la asunción tácita de que el ámbito de discusión sólo excepcionalmente admite en algunos casos la intervención penal.

3. El déficit de dotación de contenido material no impide que haya una cierta **coincidencia formal en el criterio rector (descriptivo)** que se cifra en torno al “**sentido delictivo**” como parámetro objetivo de imputación de la conducta (desvalor de acción) del partícipe. Las diferencias terminológicas (SCHUMANN) no empecen a esta coincidencia fundamental que, sin embargo, resulta ser objeto de desarrollo material según sub-criterios de forma desigual según cada autor.

²⁷⁶ FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 283 y 284.

4. Se detecta una segunda coincidencia fundamental, más allá por tanto de la coincidencia formal en el criterio rector: a saber, una clasificación de los grupos de casos según que el hecho principal se encuentre en la fase ejecutiva o preparatoria. Presupuesto de cualquier complicidad punible será sin duda que efectivamente se lleve a cabo el hecho principal (al menos hasta la fase de tentativa) pero aquí se hace referencia a que, sin perjuicio de ese requisito general, será relevante para el enjuiciamiento de contribuciones aparentemente neutras analizar si al tiempo en que estas se prestan el hecho principal que vaya a resultar favorecido se encuentra en una fase más o menos avanzada en su *iter criminis*. Parece ser, por tanto, la “**cercanía**” al delito el sub-criterio que, en primer lugar, aporta un contenido al “sentido delictivo” y determina, en definitiva, que la neutralidad aparente no sea sino un espejismo que debe dar paso, tras un análisis más detenido, a la conclusión interpretativa de que se trata de un favorecimiento punible.

4.1. Las críticas de las tesis objetivas puras desembocan en una remisión tácita al principio de **accesoriedad cuantitativa** como referente axiológico del que derivar el parámetro que permita determinar cuándo ya no cabe la libertad de actuación del ciudadano: lo avanzado del “camino delictivo” transforma el contexto de actuación de terceros (eventuales partícipes) que obliga a declarar antinormativo lo que, en ausencia de comportamiento del potencial autor, no dejaría de ser sino una (contra)prestación más en el libre mercado de productos, bienes e información.

Ello comporta, acertadamente, una aproximación al problema según la **máxima general** (no absoluta) de que la fase ejecutiva lleva al castigo de las contribuciones accesorias ajenas, la fase preparatoria, por el contrario, a la impunidad.

También de ello se deriva un punto de partida que apuesta tendencialmente por la **impunidad de las contribuciones que llamamos “neutras”** al situarse estas normalmente, sociológicamente, en fases adelantadas de la realización delictiva ajena.

4.2. Pero una tal aproximación deja todavía sin resolver el problema al “límite”, esto es, allí donde no resulta tan fácil una delimitación nítida (imposible en el *continuum* fluido del comportamiento delictivo) entre lo ejecutivo y lo preparatorio. Y precisamente en estos casos más polémicos se descubre una cierta **contradicción sistemática** entre la toma de postura de irrelevancia de conocimientos especiales, como dato subjetivo, y los criterios subyacentes de fundamentación (y delimitación) de la fase ejecutiva del delito.

Sin prejuzgar la cuestión de la fundamentación de la fase ejecutiva o de su delimitación con actos preparatorios parece difícil negar que se va imponiendo en la literatura una aproximación mixta objetivo-subjetiva. Si no cabe captar el sentido objetivo del delito intentado sin el dato (¿subjetivo?) del plan del autor ¿por qué no cabe dotar de alguna relevancia a ese plan delictivo en el caso de la calificación jurídica de un eventual favorecimiento ajeno?

La cuestión de los conocimientos especiales, particularmente de la relevancia del conocimiento –más o menos fundado- de resolución delictiva ajena parece así remitirnos al problema de la identificación de lo avanzado y seguro de un desarrollo delictivo ajeno, todavía por venir, como criterio, en su caso, sustitutivo de la ausencia de actos ejecutivos evidentes. Este dato “subjetivo” del conocimiento permite, a nuestro juicio, una valoración del contexto delictivo ajeno más precisa en la medida en que pueda fundarse en indicios objetivos. Indicios que, entonces, nos dan noticia de una situación objetiva de riesgo de distinta cualidad de aquella en que tal conocimiento no existe o es manifiestamente infundado. El dato “subjetivo” contribuye

así, igual que el del plan del autor en el hecho principal respecto de la tentativa, a una determinación “intersubjetiva” de la peligrosidad del desvalor de acción más precisa.

La negación de relevancia de los conocimientos especiales lleva a una elevada dosis de **inflexibilidad** en los criterios de imputación sugeridos por las tesis objetivas “puras” que resultan, sin embargo, más adecuados para captar la realidad social cuanto menos radicalmente se defiende la irrelevancia del dato del conocimiento (fundado) de resolución delictiva ajena (FRISCH).

La crítica de cierta contradicción sistemática debería así abrir el camino a una aproximación metodológica mixta (objetivo-subjetiva) en el ámbito de la participación similar a la que se propugna mayoritariamente respecto del injusto de la tentativa aunque salvando matizadamente las distancias y especificidades. En dicha dirección debería iniciarse el tránsito asumiendo que dotar de relevancia a conocimientos especiales, personales, no “subjetiviza” el juicio de imputación sino que lo flexibiliza y dota de capacidad idónea para captar los comportamientos en cuanto unidad objetivo-subjetiva como objeto de valoración inescindible.

4.3. La crítica de inflexibilidad dirigida contra las tesis objetivas “puras” no debe, sin embargo, oscurecer el acierto principal de haber sabido detectar el carácter “límite” de estos comportamientos “neutros”, en el sentido de haber sabido comprender la extraordinaria gravedad de los riesgos a que nos exponemos si se abrieran “de par en par” las puertas a la intervención penal en este sector de actividad.

Debe así asumirse esa regla general de impunidad como reconocimiento tácito del carácter excepcional del castigo de contribuciones estándar en fase preparatoria –incluso al límite con la ejecutiva- de un hecho principal ajeno. Tal carácter de excepcionalidad, “límite”, se capta también desde estas dos perspectivas complementarias e interrelacionadas.

4.3.1. Podría aventurarse que los problemas que nos ocupan son estructuralmente similares a los de delimitación de **conductas de peligro abstracto como peligro presunto en contraposición a las de peligro posible o hipotético**. La base de existencia de una fase ejecutiva en el hecho principal cambia el juicio de peligrosidad de la contribución ajena y sólo en condiciones excepcionales podrá detectarse esa situación de peligro equivalente aunque estemos en fase preparatoria: el conocimiento seguro, o rayano en la seguridad, de que un delito vaya a ser ejecutado podría así ayudar a integrar un juicio de peligrosidad que llevara a conclusiones similares a las que se obtienen en casos, más fáciles en su conclusión de relevancia típica, en que ya hay actos ejecutivos. El conocimiento especial funge como equivalente normativo a la constatación de actos ejecutivos y permite una valoración en el juicio de imputación como peligrosidad “típica” (peligro posible).

4.3.2. Nos encontramos ante supuestos que rozan, tantean, la **excepción sistemática** por faltar la peligrosidad material de la conducta. Se trata de favorecimientos que, según casos, equivalen materialmente a **tentativas inidóneas** sin apenas coeficiente de peligrosidad material. Aquí el conocimiento de resolución delictiva ajena puede incidir más como base de comprensión de la conmoción social del favorecimiento (teoría de la impresión) que como base del juicio de peligrosidad.

Antes que la “solución” o toma de postura definitiva interesa ahora llamar la atención sobre la ubicación “al límite” del sector de comportamientos “neutros” que se deslizan materialmente entre comportamientos que integran delitos de peligro abstracto presunto o posible o, desde otra

óptica, tentativas idóneas o inidóneas. El dato del conocimiento especial, en cualquier caso, habrá de servir precisamente como un elemento más que facilite su calificación jurídica a un lado u otro de las fronteras delimitadas y que lleve, ya en el contexto de la participación, a decantar el delicado juicio de peligrosidad del tipo de complicidad.

5. Lo expuesto como tendencias generales debe proyectarse matizadamente según los autores. Así los aspectos críticos están presentes en mayor grado en la postura de JAKOBS que además es esbozada con un escaso nivel de desarrollo en criterios materiales. Sin embargo ya en FEIJOO SANCHEZ se encuentra una propuesta más elaborada que asume, siquiera excepcionalmente, cierta relevancia de los conocimientos especiales con base en argumentaciones de “conmoción social” objetivizadas en línea con la tesis de SCHUMANN. Pero es sin duda FRISCH quien mayor relevancia otorga a los conocimientos especiales según una argumentación que en esta contribución va a ser mayoritariamente asumida. Su posición bien podría tildarse de intermedia y “puente” con las tesis mixtas que enseguida van a ser analizadas.

De forma paralela a una mayor dosis de relevancia a los conocimientos especiales se obtiene también una mayor cota de flexibilidad en los criterios de imputación. Ello permite, a su vez, que la regla de general impunidad de este tipo de favorecimientos aparentes, “neutros”, se relativice dando así una mayor entrada a la intervención penal mediante el “ensanchamiento” cauteloso del tipo de participación. Estas líneas encuentran también una continuación natural en las tesis mixtas como pasamos a exponer.

3.3. Teorías mixto-objetivas

Las teorías mixtas han sido divididas, a efectos expositivos, en dos bloques diferenciados (mixto-objetivas y mixto-subjetivas) en los que, sin embargo, predominan esencialmente aspectos comunes. Conviene antes de abordar su exposición particular destacar brevemente dicha posición común frente a las ya vistas tesis subjetivas y objetivas “puras” al hilo de una necesaria aclaración terminológica que servirá también de breve introducción.

3.3.1. Precisiones terminológicas e introductorias

1. Las teorías mixto-objetivas se caracterizan, en cuanto <<mixtas> por una aproximación objetivo-normativa a los criterios de imputación “objetiva” en que se aceptan los denominados “conocimientos especiales” como bases del juicio de adecuación (peligrosidad) de la conducta del partícipe. Se distancian así de las teorías objetivas “puras” que expulsaban dichos conocimientos personales como dato “subjetivo” fuera del ámbito de relevancia del tipo objetivo. Pero también se distancian de las tesis subjetivas por cuanto no esperan al dolo (tipo subjetivo) para establecer correctivos en el ámbito de prohibición de conductas de complicidad: el dolo, con otras palabras, no es el criterio fundamental para dilucidar la “neutralidad” de la contribución sino que deben ser criterios previos de imputación los que permitan establecer su sentido delictivo “objetivo” o su inocuidad. Siguiendo la terminología expuesta en el análisis de las ya analizadas teorías subjetivas y objetivas “puras” se pueden entonces describir las tesis mixtas como aquellas que aceptan el “primer filtro objetivo”: ubicación del problema en sede de tipo objetivo; pero no el “segundo”, consistente en relegar al análisis del dolo todo dato “subjetivo” (conocimientos especiales).

2. Esa posición intermedia se compartirá también con las que denominaremos tesis “mixto-subjetivas” que en la misma línea se caracterizan por situar sistemáticamente el problema que nos ocupa en un tipo objetivo que acepta en su definición cierta simbiosis con lo “subjetivo”

(conocimientos especiales). La diferencia entre las tesis mixtas objetivas y subjetivas deberá entonces buscarse en la manera en que se articula esa **relación entre lo objetivo y lo subjetivo** a la hora de informar los criterios de imputación dentro del propio tipo objetivo. Al aludir a tesis mixto-**objetivas** hemos querido subrayar una menor presencia y articulación sistemática de lo subjetivo en el tipo objetivo con respecto a las tesis mixto-**subjetivas**: la terminología empleada, probablemente mejorable, busca expresar así una diferencia de matiz e intensidad en la dirección común compartida por todas las tesis mixtas y no debe interpretarse, por tanto, como si entre unas (mixto-objetivas) y otras (mixto-subjetivas) hubiera una oposición fundamental en la concepción del injusto²⁷⁷.

3. Como veremos tal diferencia de matiz e intensidad se manifestará en una ausencia (tesis mixto-objetivas) o presencia (tesis mixto-subjetivas) de **reflejo sistemático expreso** en los criterios de imputación de aspectos “subjetivos”. Autores alemanes como, por ejemplo, PUPPE, HASSEMER, NIEDERMAIR, WOHLERS, RANSIEK o MEYER-ARNDT o como, entre nosotros BLANCO CORDERO o GOMEZ TOMILLO, aunque coinciden en otorgar relevancia a los conocimientos especiales no dan, sin embargo, el salto de ligar sistemáticamente y como regla general los criterios de imputación según la clase de dolo (directo o eventual). Las tesis mixto-subjetivas, paradigmáticamente ROXIN, pero también OTTO, AMELUNG, WOHLLEBEN o TAG tienden, por el contrario, a exigir criterios o requisitos complementarios expresos que presuponen una configuración del desvalor de acción del partícipe <<regularmente>> (típicamente) diferente

²⁷⁷ Debe recordarse que la discusión de los actos neutrales como límite mínimo de la complicidad enlaza directamente con la concepción dogmática postfinalista y la moderna teoría de la imputación objetiva en que se destaca con claridad la creciente primacía del desvalor de acción frente al desvalor de resultado pero a partir de una concepción del injusto <<mixta>> en que, siguiendo a TORIO LOPEZ, *Indicaciones*, p. 174 ss., el desvalor subjetivo final “retrocede” a un papel no ya esencialmente fundamentador sino meramente co-determinante. La acción peligrosa (aspecto objetivo) ocupa ahora el centro del injusto relegándose al dolo (subjetivo) a un plano ulterior en contradicción directa con la teoría finalista de WELZEL (concepción <<mixta objetivo-subjetivo>> de lo injusto según TORIO LOPEZ, *op. cit.*, p. 176). Pues bien, esta concepción fundamental postfinalista subyace a las tesis <<mixtas>> a que venimos aludiendo en este trabajo y nuestra terminología “mixta-objetivo y mixta-subjetivo” no hace referencia en ningún caso a un desplazamiento del núcleo del injusto de la acción peligrosa a favor del dolo, sino al mayor o menor protagonismo que en la determinación de la peligrosidad de la conducta como momento “objetivo” tienen diversos aspectos “subjetivos” (conocimiento especial e incluso el propio dolo) sin que se cuestione, sin embargo, su carácter fundamentalmente “objetivo”.

No desconocemos, sin embargo, las críticas finalistas de imposibilidad de un juicio de imputación “objetivo” antes de la consideración del dolo como elemento pretendidamente imprescindible para determinar si el peligro creado está o no desaprobado. Véase, por todos, recientemente la exposición del estado de la discusión en FRISCH, *La imputación*, p. 56 ss. Véase, desde la perspectiva contraria en línea finalista el análisis crítico en sus fundamentos contra la teoría de la imputación objetiva de HIRSCH, *Zur Lehre*, p. 119 ss., quien, sin embargo, acusa ya en sus posiciones el peso de los argumentos de los defensores de la teoría de la imputación objetiva (en la misma línea se manifiesta ALCACER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, p. 405 –su pie de página 118- al asegurar acertadamente que HIRSCH ha modificado su postura en el caso clásico del sobrino que recomienda a su tío rico que viaje en avión con la esperanza de que tenga un accidente y al morir herede su fortuna. HIRSCH ya no defiende la atipicidad por falta de dolo sino por ausencia de tipo objetivo). Véase, también, entre nosotros, CEREZO MIR, *Curso*, pp. 100 ss. y 144 ss. en quien se manifiesta también un evidente cambio de postura –al menos de *lege lata*- al aceptar el criterio de imputación objetiva del resultado (*op. cit.*, p. 105). Sin duda es esta una cuestión esencial sobre la que enseguida volveremos pues atañe al problema fundamental de la ubicación sistemática y comprensión de los llamados “conocimientos especiales” y enlaza con la cuestión del “grado de tendencia”. La contemplación desde esta óptica ayudará probablemente a arrojar luz sobre las razones que explican las dificultades de delimitación entre el tipo objetivo y subjetivo a partir del lastre histórico del finalismo.

según se actúe con dolo eventual o directo. Ello no quiere decir que el tipo subjetivo determina sin más el objetivo sino que se aceptan especificidades de injusto según la clase de dolo correspondiendo a su modalidad directa o eventual un reflejo objetivo diferenciable, reconocible intersubjetivamente y reconducible a un desarrollo diferenciado de criterios y requisitos de imputación objetiva.

La cuestión así planteada no es en absoluto pacífica ni evidente en las posiciones particulares de cada autor y será más adelante expuesta en sus detalles. Pero debe también avanzarse, dando un paso más en la misma línea, que quizás pueda resultar fructífera la hipótesis de trabajo según la cual las tesis mixto-objetivas, al margen de la posición concreta de cada autor, podrían ser más refractarias a asumir un diferente **grado de tendencia** en la peligrosidad típicamente relevante según el aspecto subjetivo, mientras que las mixto-subjetivas encajarían de forma más fluida con una tal opción sistemática. Otorgar reflejo sistemático en criterios de imputación según el tipo subjetivo parece llevarnos sin dificultades a asumir que el tipo de injusto admite una configuración objetiva diferente según se constate dolo o imprudencia e incluso según sea la modalidad de dolo concurrente. Quienes niegan esa máxima, por el contrario, se mueven expresa o tácitamente con un concepto de tipo objetivo unitario y común que sólo admite una posterior diferenciación sistemática en el tipo subjetivo doloso o imprudente sin que este aspecto prejuzgue lo anterior.

4. Desde la perspectiva de las constelaciones de casos que según las tesis mixtas adquieren relevancia típica puede afirmarse que tendencialmente abren estos autores un **mayor espacio de intervención punitiva** frente a las tesis objetivas “puras”. Esta tendencia general, y que obliga a matices y excepciones según autores, ofrece, a su vez, un cierto contraste con una posición algo más restrictiva en el caso de las tesis mixto-subjetivas frente a las mixto-objetivas.

En efecto, la aceptación de relevancia de los “conocimientos especiales” permite flexibilizar los criterios de imputación objetiva para adecuarlos de manera más ajustada a las conductas aparentemente neutras. Ello permite incluir en el ámbito de prohibición de la norma casos que la inflexibilidad de la posición objetiva “pura” dejaba, injustificadamente a nuestro entender, en la zona libre. Ahora bien, en esa tendencia general, los criterios adicionales según clase de dolo que aportan las tesis mixto-subjetivas evitan una apertura excesiva del tipo y oponen un cierto contrapeso que, en principio, parece faltar en las tesis mixto-objetivas. En sus resultados puede pues subrayarse que las tesis mixto-subjetivas añaden una barrera adicional con requisitos y criterios que dan lugar a una posición intermedia no tan inflexible (y restrictiva) como la de las tesis objetivas puras ni tan abierta y “libre” (¿riesgo de arbitrariedad?) como la de las tesis mixto-objetivas.

5. Las tesis mixto-objetivas se orientan, pues, en la dirección correcta pero su escaso **desarrollo sistemático** alberga un excesivo riesgo de indefinición que en algunos autores amenaza con invertir de forma peligrosa la regla general de impunidad de los supuestos de comportamiento estándar. Conviene así, en trazo grueso, contemplar las tesis mixto-subjetivas como una suerte de evolución “natural” a un estadio más desarrollado desde las tesis, más “primitivas” y embrionarias, mixto-objetivas. A diferencia de estas últimas en las tesis mixto-subjetivas se añade, esta es nuestra hipótesis, un mayor desarrollo sistemático consolidando, como defenderemos, una posición más equilibrada y coherente en lo dogmático, con menor riesgo de arbitrariedad e inseguridad jurídica y, también, más acorde con las aspiraciones político-criminales de “expansión controlada” del brazo penal a sectores de la actividad laboral, empresarial y económica.

6. Para finalizar estas consideraciones introductorias debe advertirse una vez más que las líneas interpretativas sugeridas son susceptibles, según los autores, de correcciones y matices que sólo de forma parcial y reducida serán expuestas en lo que sigue. En las propias tesis mixto-objetivas, por ejemplo, hay autores que acumulan sub-criterios de relevancia típica hasta el punto de dar un resultado muy restrictivo en lo que al castigo de casos se refiere²⁷⁸. O, desde otro punto de vista, algunos autores que incardinaremos entre las tesis mixto-objetivas, aunque no lo expresen ni lleven hasta sus últimas consecuencias, sugieren en su exposición una toma en consideración materialmente diferenciada de los comportamientos favorecedores según sea el dolo directo o eventual²⁷⁹ mientras que, por el contrario, otros fundamentan su posición de forma esencialmente indiferenciada²⁸⁰. Conscientes de tal diversidad interesará, en la línea seguida hasta ahora, sobre todo una exposición que destaque la tendencia general y que, también por limitaciones de espacio, renuncia a la exhaustividad.

3.3.2. Cuestiones sistemáticas generales: un diagnóstico común

1. Entre las tesis subjetivas y las tesis objetivas “puras” las teorías mixtas, de un signo u otro, representan la tendencia mayoritaria de la doctrina que específicamente se ha ocupado del problema de la neutralidad de contribuciones estándar²⁸¹. La cuestión particular del límite mínimo de la participación desde la óptica de conductas de favorecimiento no oculta, sino que, más bien, hace patentes en esta corriente de pensamiento algunas posiciones compartidas –un diagnóstico común- respecto de aspectos básicos de la teoría del delito en los que se enmarca el problema y su solución. En ocasiones incluso se adivina una cierta aplicación lógico-sistemática de posturas dogmáticas generales en las que se echa en falta un mayor desarrollo y concreción de criterios particulares a un menor nivel de abstracción para hacer frente a los problemas específicos de delimitación de la esfera de libertad del cómplice²⁸². Con otras palabras, parece que interesa

²⁷⁸ Así RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit, passim*.

²⁷⁹ Por ejemplo, HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, pp. 86 87. Véase, en tal sentido, la crítica por excluir las conductas con dolo eventual formulada por BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, pp. 982 y 983; y DEL MISMO, *Límites*, pp. 41 y 42.

²⁸⁰ Por todos, PUPPE, *La imputación*, p. 131 ss.

²⁸¹ Véase, respecto de la doctrina alemana, especialmente ROXIN, *Bemerkungen*, p. 177 ss.; DEL MISMO, *Leipziger Kommentar*, § 27, 16 ss.; DEL MISMO, *Zum Stafgrund*, p. 365 ss.; DEL MISMO, *Was ist*, p. 501 ss.; DEL MISMO, *Strafrecht*, § 24, 26 ss.; MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 281; HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, pp. 41 ss., 81 ss.; NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 507 ss.; TAG, *Beihilfe*, p. 49 ss.; RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 41 ss.; PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del § 13, 142 ss.; OTTO, *Vorgeleistete Strafreitelung*, p. 193 ss.; DEL MISMO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 436 ss.; AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 9 ss.; WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 425 ss.; DEL MISMO, *Hilfeleistung*, p. 169 ss. Y, entre nosotros, las contribuciones de BLANCO CORDERO, *Negocios*, p. 263 ss.; DEL MISMO, *El encubrimiento*, p. 11 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 971 ss. y DEL MISMO, *Límites*, p. 147 ss.; y de GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 401 ss.

²⁸² Podría ser el caso, por ejemplo, de PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del §13, 155 ss., que, como veremos, viene a sugerir, no sin cierta razón, que el problema de la “neutralidad” depende de la manera de concebir el juicio de adecuación del comportamiento del partícipe por lo que tiende a exponer su posición al respecto desde el prisma del conjunto de la teoría de la imputación objetiva como creación de un riesgo desaprobado, esto es, como lesión de la norma de cuidado entendida en cuanto presupuesto común de imputación para los delitos dolosos e imprudentes (*op. cit.*, Delante del §13, 142 ss.). Su explicación de los presupuestos generales de imputación no se ve, a nuestro juicio, debidamente proporcionada con el desarrollo de criterios específicos en el ámbito de la participación. Bien es cierto que la profesora alemana expone su postura en el marco de la discusión del tópico específico de la prohibición de regreso pero desde un planteamiento más general que entiende este criterio como metaregla de determinación del auténtico núcleo de imputación: la lesión de la norma de cuidado. En este sentido PUPPE se resigna a no poder progresar más allá de indicaciones generales que según PUPPE

más a los autores destacar las argumentaciones a favor y en contra de las cuestiones de principio²⁸³ que desarrollar sub-criterios específicos que ayuden a una determinación más precisa del “sentido delictivo” de contribuciones aparentemente neutras.

Pero al margen del mayor o menor desarrollo de los criterios materiales específicos para la solución del problema conviene ahora destacar que la ubicación sistemática del problema en el tipo objetivo es paralela a una concepción del mismo dentro del marco de la dogmática postfinalista que destaca la primacía del **desvalor de acción** frente al de resultado pero subrayando el **momento “objetivo” de la peligrosidad** como auténtico núcleo dentro de la teoría de la **imputación objetiva**. Esta es la postura, entre nosotros, de BLANCO CORDERO y GOMEZ TOMILLO²⁸⁴ quienes no dudan en diagnosticar los actos neutrales como problema a resolver en el marco de dicha teoría²⁸⁵.

2. Al margen de cuál sea en concreto el fundamento de la punición del cómplice por el que se opte²⁸⁶ los esfuerzos de este sector de la doctrina se dirigen a perfilar criterios de

se remiten, en esencia, al principio de confianza con un lugar destacado en la resolución de casos para el grado de desarrollo del hecho principal al que se contribuye (*op. cit.*, Delante del §13, 156 y 157). Esta preferencia por las cuestiones generales de los presupuestos de imputación quizás puede ser comprensible en el marco de una obra general como el *Nomos Kommentar*, pero, más allá de esta autora, parece representar una tónica general en las propuestas de muchos de los defensores de tesis mixto-objetivas que descuidan en general sacar conclusiones más específicas una vez expuestas las bases dogmáticas de que parten.

²⁸³ PUPPE, *La imputación*, p. 133 afirma que este problema se discute “encendidamente por razones de principio”.

²⁸⁴ También de FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 9 ss., o de LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 225 ss. y 253 ss., que deben enmarcarse igualmente en los esfuerzos por desarrollar la nueva teoría de la imputación objetiva en sede de participación pero que se incardinan, claramente en el caso de FEIJOO SANCHEZ entre los defensores de tesis objetivas “puras” por lo que nos remitimos a lo expuesto *supra* apartado 3.2. (especialmente 3.2.1.1. y 3.2.2.). Por lo que a LOPEZ PEREGRIN hace referencia ya indicamos que se adhiere a la propuesta de JAKOBS sin compartir, sin embargo, sus líneas básicas de definición de la teoría del delito. Por otra parte LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 234 (especialmente su pie 18) asume claramente la necesidad de tener en cuenta los conocimientos especiales del cómplice en el juicio de previsibilidad como primer requisito para afirmar la peligrosidad de la conducta. Niega de esta forma el elemento característico que nosotros venimos destacando como aspecto clave de clasificación de los diversos autores que defienden tesis objetivas. Por ello su ubicación entre las tesis objetivas “puras” no es tan clara y se sitúa más bien a caballo entre aquéllas y las teorías mixto-objetivas habida cuenta de que, por otra parte, rechaza que deba configurarse un diferente grado de tendencia según haya dolo o imprudencia (*op. cit.*, pp. 248-250 –especialmente su pie de página 38-).

²⁸⁵ GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 428 ss.; BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, pp. 994 y 995, y DEL MISMO, *Límites*, p. 147 ss.

²⁸⁶ Para una visión ordenada del estado actual de la discusión véase LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 113 ss., autora que, finalmente, opta por la posición “intermedia” propugnada por ROXIN <<teoría del ataque accesorio al bien jurídico>> (*op. cit.* p. 159 ss.) que aunque asume que el injusto del autor determina esencialmente el injusto del partícipe (<<accesoriedad>>) aquél no configura exclusivamente a éste: con otras palabras, el reconocimiento de la dependencia del injusto del partícipe respecto del hecho principal no obsta a que se reivindique también que el injusto del partícipe no coincide plenamente con aquél. Ello abre la puerta, como indica BOLEA BARDON, *Autoría*, p. 42, a que se plantee la delimitación entre autoría y participación como un problema de injusto fruto de la contemplación del comportamiento, en este caso del cómplice, como relativamente diferenciado. Son partidarios en la doctrina española del fundamento de punición del partícipe en la línea de ROXIN expresamente: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho penal*, p. 579; PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 333; BOLDOBA PASAMAR, *La comunicabilidad*, p. 148; GOMEZ RIVERO, *La inducción*, p. 53 ss.; y LOPEZ BARJA DE QUIROGA,

imputación que ayuden a una configuración específica del **injusto del partícipe** y, particularmente, de las características e intensidad de la peligrosidad del favorecimiento para que rebase el umbral de relevancia típica. Las dificultades para establecer con suficiente precisión el límite mínimo desde el que asentar la base del desvalor de acción del cómplice fluyen paralelas a los obstáculos que se deben superar para delimitar cuándo el riesgo de favorecimiento es excesivamente genérico y cuándo, por el contrario, es “específicamente” delictivo²⁸⁷.

Desde la óptica de las tesis mixtas podremos comprobar que los criterios que se sugieren apuntan a una concreción del riesgo o peligrosidad típica del comportamiento que nos remite a la polémica sobre las **bases del juicio de adecuación**. Las tesis mixto-objetivas, como venimos insistiendo, renunciarán desde dicha óptica a una delimitación de sub-criterios de imputación que tomen en cuenta de forma expresa las modalidades de dolo del cómplice en la configuración del tipo objetivo. Este aspecto se alza como esencial frente a otros matices particulares de cada autor y a nuestro juicio concentra los mayores esfuerzos de este conjunto de autores por dar una mayor concreción a los contornos del injusto del cooperador no necesario. Por ello, a continuación, pasamos a exponer el tratamiento que los defensores de las tesis mixto-objetivas dan a los problemas interrelacionados de los conocimientos especiales y del <<grado de tendencia>> de la peligrosidad como cuestiones básicas que definirán el juicio de adecuación. Posteriormente se hará, también, una exposición complementaria de los criterios materiales que se ofrecen para trazar la frontera entre lo neutro y lo punible desde la óptica de los resultados de mayor o menor ampliación de la intervención penal a que llevan las posiciones dogmáticas defendidas.

Autoría, p. 107 ss. Nos adherimos también a este sector doctrinal para lo que nos remitimos *infra*, al apartado 4.

²⁸⁷ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 287, por ejemplo, establece la frontera de la complicidad punible allí donde cabe hablar de un comportamiento “específicamente relativo al hecho”. La búsqueda del “sentido delictivo” es entonces una variación terminológica de la necesidad de concretar los perfiles específicos del riesgo creado o aumentado por el cómplice para que éste le pueda ser imputado.

3.3.3. Conocimientos especiales y clase de dolo

1. La idea central de que los conocimientos especiales, particularmente el de la resolución delictiva ajena, deben integrarse en el juicio de peligrosidad de la conducta del partícipe la hemos defendido hasta el momento como una de las características definitorias de las tesis mixtas en general y también entonces de las mixto-objetivas. Su importancia no radica sólo en que permite trazar un criterio clasificatorio del panorama doctrinal sino principalmente en que implica además un diagnóstico y definición del problema de la “neutralidad” como cuestión de delimitación, concreción, del riesgo de favorecimiento del hecho principal a partir sobre todo de dichos conocimientos especiales. Con otras palabras, parecen asociarse de manera tácita los casos de “neutralidad” con supuestos en que mayoritariamente se dan conocimientos especiales sobre resoluciones delictivas ajenas sin que aquéllos se vean acompañados de una contribución “objetiva” evidente de favorecimiento. Es el conocimiento especial el que en primer lugar aparece como dato que parece obligar a una revisión del comportamiento y su contexto a la búsqueda de una eventual confirmación de una relevancia típica que se adivina intuitivamente. Que se actúe “sabiendo” que otro va a delinquir es, por así decirlo, el núcleo central del comportamiento accesorio y suscita una cierta sospecha sobre su carácter criminal por lo que no debe extrañar que la discusión se centre en este aspecto que por más que tenga un calado dogmático y sistemático general tiene también una proyección particular en este ámbito del límite mínimo de la complicidad.

Asegurar que los conocimientos especiales deben integrarse en el juicio de adecuación junto a otros datos como declaración general no debe pues ocultar que cuando se trate de delimitar el tipo de participación respecto de actuaciones neutras el conocer la resolución delictiva ajena no será en realidad un dato más entre otros sino, en muchas ocasiones, el único dato o el más relevante.

En estos términos se hace hincapié desde las tesis mixto-objetivas en la necesidad de contar con lo que efectivamente sabe, incluso por azar, el eventual partícipe para poder así comprender el verdadero “sentido” de su comportamiento y dar paso a un juicio de imputación sobre bases adecuadas. Destaca acertadamente MARTINEZ ESCAMILLA en un nivel general que la prognósis posterior objetiva propia del juicio de adecuación debe venir informada por esos conocimientos concretos de que dispone el sujeto como corolario de una determinada concepción del desvalor de acción “objetivo-normativa”²⁸⁸. El ropaje terminológico con que se viste esta orientación básica en el sector particular que nos ocupa es una vez más variopinto pero no debe ocultar la idea central de que debe contarse con todos aquellos datos que contribuyen a situar el actuar en contexto para poder determinar, ya en un plano valorativo, la peligrosidad típica²⁸⁹.

²⁸⁸ Sin que ello suponga distorsión sistemática ninguna en el sentido de una indebida subjetivización del tipo objetivo ni que se vacíe el contenido y función independiente del dolo como categoría sistemática de análisis posterior por más que se adelante parcialmente –y desde una óptica diferente- la consideración de su aspecto cognoscitivo. MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 73 ss. y 81-85.

²⁸⁹ Siguiendo a TORIO LOPEZ, expresamente en esta línea GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, pp. 354 ss. y 435 ss. destacando el carácter esencialmente valorativo del problema de la neutralidad.

2. Esta idea late de forma tenue en la contribución de MEYER-ARNDT²⁹⁰ cuando hace referencia a la necesidad de que el actuar del partícipe sea “específicamente relativo al hecho”²⁹¹ como reivindicación, en realidad, de una peligrosidad suficiente en la cooperación que habrá de depender también del conocimiento que el eventual favorecedor tenga sobre una resolución delictiva ajena. Reconocer que dicho conocimiento es relevante en el juicio objetivo de tipicidad no le lleva a absolutizar ese dato a pesar de que resulta ser uno de los aspectos centrales de atención y discusión en su contribución²⁹². Realizar, por ejemplo, una prestación comercial en el contexto de una actuación que se sabe delictiva o conocer que un tercero a quien se vende un producto va a llevar a cabo una resolución criminal no debe ser indiferente para el derecho penal lo que no quiere decir que, sin más y por sí sólo pueda servir de criterio absoluto de delimitación del tipo de complicidad. El conocimiento especial, por tanto, debe tenerse en cuenta pero no determina automáticamente responsabilidad²⁹³ pues de no ser así equivaldría a instituir una posición de garante genérica por el mero conocimiento de planes delictivos ajenos con una ampliación insoportable del ámbito de intervención penal²⁹⁴.

Estas consideraciones en defensa de un juicio de adecuación nutrido de conocimientos especiales o personales son también destacadas, de forma más o menos expresa, por otros autores como, PUPPE²⁹⁵, NIEDERMAIR²⁹⁶ o, más recientemente WOHLERS²⁹⁷, probablemente porque se sienten en la obligación de contradecir la orientación de las tesis objetivas “puras” que, recordémoslo, dedicaban un amplísimo esfuerzo a defender su postura en negativo, esto es, a negar la relevancia de los conocimientos especiales y otros datos “subjetivos”. Que prácticamente salvo JAKOBS nadie defienda como opción sistemática general la irrelevancia de los conocimientos especiales en el juicio objetivo de imputación no ha conseguido, sin embargo, evitar que se reproduzca dicha polémica con relación a las conductas límite de participación.

3. Pero decimos que la idea de un juicio de adecuación que debe atender a los conocimientos especiales late de forma tenue en los autores señalados en contraste con otros defensores de tesis mixto-objetivas que llegan a **eleva a sub-criterio de imputación** dicho dato y que coincide que exponen de forma más desarrollada su posición²⁹⁸ aclarando expresamente

²⁹⁰ A quien algunos autores vienen a identificar en su postura con la de ROXIN (así, por ejemplo, GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 414) pero que, desde nuestra óptica, no parece asumir una diferenciación de criterios de imputación según la modalidad del dolo de partícipe por más que haga referencia al “sentido delictivo” (MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 285 ss.) con formulaciones formalmente próximas a las de profesor de Munich.

²⁹¹ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 287.

²⁹² Que discurre como un análisis de los llamados actos neutrales desde el prisma de los criterios de la jurisprudencia alemana respecto de la complicidad física y psíquica. MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, *passim*.

²⁹³ En un sentido similar al que mantendrá, como enseguida veremos, BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 32 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; y DEL MISMO, *Límites*, p. 165.

²⁹⁴ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, pp. 285 y 287.

²⁹⁵ PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del §13, 145; DEL MISMO, *La imputación*, p. 132 ss.

²⁹⁶ NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 537 ss., más que de una forma expresa asumiendo tácitamente tal posición en el contexto de consideraciones generales sobre la necesidad de concretar la elevación de riesgo.

²⁹⁷ WOHLERS, *Gehilfenschaft*, pp. 434, 435 y 438.

²⁹⁸ Mención aparte merece la contribución de HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, *passim*, pues aunque se encuadra, a nuestro juicio, entre las tesis mixto-objetivas y realiza una propuesta desarrollada reformulando la teoría de la adecuación social, no señala, a diferencia de RANSIEK o BLANCO CORDERO, ningún sub-criterio específico que haga referencia a la función que habrían de desplegar los conocimientos especiales. Muy centrada su contribución en el ámbito bancario y con el trasfondo del caso del *Dredner Bank* (traspaso de fondos a cuentas extranjeras de manera anónima desde la perspectiva de

por qué dicho conocimiento trasforma el sentido de la contribución neutra hasta hacerle traspasar el umbral de lo típicamente relevante. En esta línea se sitúan sobre todo las contribuciones de RANSIEK en Alemania y BLANCO CORDERO entre nosotros²⁹⁹.

3.1. Al margen de los casos de garante RANSIEK centra la cuestión en primer término como un problema de mayor o menor seguridad sobre la comisión delictiva ajena. El análisis de la relevancia penal de una prestación neutra encuentra una primera y fundamental aproximación a la luz del conocimiento que tiene quien actúa respecto de la resolución delictiva principal³⁰⁰. Sobre dicho “conocimiento” hace una serie de matizaciones de gran interés a las que seguirán otros criterios complementarios³⁰¹. Ahora nos interesa sobre todo el primer aspecto dejando para el siguiente epígrafe una referencia breve a esos otros criterios.

Si se parte de que quien lleva a cabo una prestación neutra no tiene por qué investigar las intenciones del destinatario de la misma es fácil convenir en que ante la ausencia de datos objetivos que revelen claramente una voluntad criminal ajena no se ha abandonado todavía la zona libre por realizar transferencias bancarias, vender cuchillos...La cuestión se complica, según RANSIEK, si hay “seguridad”, esto es, conocimiento seguro o casi seguro sobre la resolución delictiva ajena. Ahora bien: ¿cómo debe entenderse esa seguridad? En términos objetivos. Veámoslo.

Si un comportamiento admite una doble lectura, esto es, una funcionalidad tanto para fines legales como delictivos, es más difícil hablar de conocimiento seguro de que contribuye a un delito quien realiza la prestación³⁰². Si sólo cabe una lectura unívoca entonces hay seguridad.

delitos fiscales) parece presentar un criterio principal único para la resolución de estos supuestos: a saber, el de la presunción de licitud de actuaciones conformes a la normativa sectorial bancaria mientras no se demuestre que dichas normas son contrarias al derecho penal. Ahora bien este criterio general se complementa en la medida en que HASSEMER acepta que en el caso concreto cabe prueba en contrario de ilicitud a partir de lo que él denomina “indicios de antijuricidad” (*op. cit.*, p. 86). Dichos indicios los liga de manera un tanto enigmática y ambigua, entre otros datos que no vienen al caso, a “transformaciones” de las normas sectoriales formales o informales a partir de la “disposición” criminal de quien realiza la prestación (por ejemplo de transferir los fondos). Disposición, en definitiva, a perseguir fines criminales (*op. cit.*, pp. 86 y 87) pero que HASSEMER parece equiparar a que la contribución presente un único sentido delictivo. No se trataría por tanto de un criterio subjetivo-interno, psicológico, de intención criminal, sino más bien de la necesidad de que la contribución para perder la neutralidad deberá demostrarse como susceptible únicamente (intersubjetivamente) de perseguir fines criminales. Ello ha sido, sin embargo, interpretado como un rechazo del castigo de supuestos con dolo eventual (BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, pp. 982 y 983; DEL MISMO, *Límites*, pp. 41 y 42) pero aun admitiendo la ambigüedad de la postura del profesor alemán más bien parece estar haciendo referencia a la necesidad de una lectura normativa de la contribución que llevaría a cualquier sujeto a concluir que la prestación no puede perseguir más que fines delictivos. Si así fuera podría derivarse de las sugerencias de HASSEMER que en realidad admite que desde un punto de vista práctico los supuestos de dolo directo serán más fáciles de identificar como no neutrales pero que también, al margen de los problemas prácticos de prueba, en casos de dolo eventual cabría teóricamente llegar a confirmar los mencionados indicios de antijuricidad.

²⁹⁹ El propio BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 92, reconoce expresamente la cercanía de su postura respecto de la posición de RANSIEK lo que resulta evidente tal y como a continuación se podrá comprobar sin dificultad.

³⁰⁰ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 44 ss.

³⁰¹ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 45 ss.

³⁰² Lo cual no quiere decir que se excluya toda posibilidad de castigo por complicidad: si hay una gran “cercanía” a la comisión delictiva ajena cabrá responsabilidad penal del partícipe. RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 44

Esta afirmación de RANSIEK en que se liga el sentido de una contribución con el conocimiento que tenga el sujeto activo sobre la resolución delictiva ajena no admite, como el propio autor alemán subraya, una lectura subjetiva pues no se trata de la exclusión del castigo en los casos de dolo eventual, sino de reivindicar que los distintos grados de conocimiento reflejan situaciones objetivas diferentes³⁰³. Si el contexto de actuación da lugar a una mera sospecha lejana de la seguridad de comisión delictiva ajena ello está indicando una clase de contribución “objetivamente” diferente de la que se lleve a cabo si hay una seguridad fundada: en este último supuesto ya no es una prestación neutra.

Es fundamental caer en la cuenta de esa interrelación entre conocimiento y sentido de la contribución ya que se viene a decir que interesa aquél en la medida en que sea un indicador del sentido social, intersubjetivo, de la conducta. El conocimiento podrá entonces, según RANSIEK, provenir de datos externos, deducirse de las circunstancias o ser transmitido por un tercero pero, sea como fuere, será relevante en la medida en que cimente una interpretación objetiva. No basta pues una impresión subjetiva y particular³⁰⁴.

Así entendido el conocimiento especial como conocimiento fundado objetivamente, esto es, como contribución en un contexto de relativa seguridad sobre la comisión delictiva ajena, cierra RANSIEK su explicación de este primer criterio con la referencia del mismo a un criterio material ulterior que ha de servir para detectar esa seguridad: la “cercanía” al hecho principal³⁰⁵. Una vez más, en la línea de lo que ya vimos en las tesis objetivas “puras”, reaparece la idea de la accesoriedad cuantitativa³⁰⁶ como criterio material que, sin explicitarlo ni detallarlo, parece llevar a RANSIEK a asumir que todo cambia objetivamente si lo que se hace es accesorio a un delito en marcha o a punto de iniciarse. Es, con todo, una formulación ambigua hecha al hilo de la mención de algunos sub-criterios que deberían servir para identificar la “seguridad” suficiente del conocimiento que es el que se identifica como criterio de forma expresa y que debe advertirse no es, sin embargo, un criterio absoluto. A este se vienen a añadir *cumulativamente* otros criterios complementarios que enseguida mencionaremos pues ofrecen una solución compleja pero equilibrada en sus resultados. Antes de ello conviene, sin embargo, referirnos a la posición de BLANCO CORDERO pues, al igual que RANSIEK, también alude expresamente a los conocimientos especiales como criterio formal para la resolución de los actos neutros.

3.2. Al igual que RANSIEK también BLANCO CORDERO va a configurar un sistema de solución de los casos de neutralidad a través de una serie compleja de criterios³⁰⁷. Situado el problema dentro de la moderna teoría de la imputación objetiva afirma este autor que la neutralidad o no de la contribución es una cuestión, en definitiva, de peligrosidad para cuya medida va sugiriendo baremos acumulativos. En primer lugar debe haber previsibilidad objetiva de la conducta pero esta no es suficiente para afirmar la imputación objetiva pues aunque se constate cierta peligrosidad no será típicamente relevante si el riesgo creado o aumentado

³⁰³ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 44.

³⁰⁴ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 44.

³⁰⁵ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 44.

³⁰⁶ De igual forma que en otros defensores de tesis mixto-objetivas como, por ejemplo, PUPPE, *Nomos Kommentar*, Delante del §13, 157, quien concede una importancia esencial a si la contribución se produce antes, durante o después del inicio de la ejecución del hecho principal. También aludirá a la “cercanía” como criterio complementario BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 46; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 1001; y DEL MISMO, *Límites*, p. 168 ss.

³⁰⁷ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 32 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; y DEL MISMO, *Límites*, p. 147 ss.

estaba permitido³⁰⁸. El criterio del riesgo permitido en sede de tipo objetivo y no como causa de justificación³⁰⁹ se hace depender, a su vez, de una serie de sub-criterios entre los que es fundamental, en primer lugar, la presencia o ausencia de normativa sectorial ya que, de haberla, la actuación conforme a aquélla determina la atipicidad por ser el riesgo permitido³¹⁰.

Frente a la categórica exclusión de relevancia penal para las actuaciones conformes a la normativa sectorial, atribuye tan sólo un carácter de “indicio”³¹¹ a la transgresión de la normativa extrapenal correspondiente a la que habrían de seguir otro conjunto de comprobaciones en diversas direcciones una de las cuales es, precisamente, la de tener en cuenta si se actúa con conocimiento o desconocimiento de la resolución delictiva ajena³¹². En este momento subraya BLANCO CORDERO que ante la ausencia total o parcial de normativa sectorial ésta precisa ser completada mediante el recurso al criterio del hombre medio de suerte que si éste conoce, por cualquier causa, que el tercero va a delinquir no cabe invocar el principio de confianza para justificar la ausencia de relevancia de la contribución accesoria.

Igual que señalábamos en el caso de RANSIEK, al margen de que añada otros sub-criterios, de momento vamos a detenernos en el hecho de que en la posición de BLANCO CORDERO la presencia o ausencia del conocimiento especial de resolución delictiva ajena es un eje central y expreso en la solución a la cuestión a estudio. El recurso al “conocimiento” se plantea, además, esta vez en línea con lo que sugiere MEYER-ARNDT³¹³, como un criterio “relativo”, esto es, que no determina automáticamente el carácter delictivo del comportamiento en cuestión pero que, y esto es lo importante, resulta ser un dato especialmente relevante en estas constelaciones de casos.

4. La toma en consideración de los conocimientos especiales en el juicio de adecuación e incluso su mención formal expresa como sub-criterio para la resolución de supuestos límite de neutralidad ha sido expuesta en el contexto de las tesis mixto-objetivas pero, en realidad, también caracteriza a las tesis mixto-subjetivas. La diferencia entre ambas, sin embargo, se cifra en que estas últimas, como veremos, toman además en consideración -y otorgan un papel esencial- a las modalidades de dolo (directo o eventual)³¹⁴ a la hora de proponer la solución al

³⁰⁸ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 35; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 995; y DEL MISMO, *Límites*, p. 149 ss.

³⁰⁹ Véase, en tal sentido, LUZON PEÑA, *Curso*, pp. 643 ss., 382, 387, 388 y 498 ss.; también, ampliamente, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo*, p. 87 ss. y la completa exposición de las diversas propuestas de ubicación sistemática de esta institución (*op. cit.*, p. 41 ss.).

³¹⁰ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 40; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 996; y DEL MISMO, *Límites*, p. 157 ss. En la misma línea de pensamiento, por tanto, de HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 81 ss. Véase, también, aunque dentro de las tesis mixto-subjetivas la importancia central que otorga a la normativa sectorial OTTO, *Vorgeleistete Strafvereitelung*, especialmente p. 210 ss. y, más recientemente OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 443 ss.

³¹¹ Nótese aquí también la similitud con la postura de HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 86 cuando se refiere el profesor alemán a “indicios de antijuricidad” que pueden llegar a enervar en el caso concreto la presunción de licitud que se derivaría de una actuación conforme a la normativa sectorial.

³¹² BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 41 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 998 ss.; y DEL MISMO, *Límites*, pp. 157 y 159 ss., y en lo que sigue.

³¹³ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, pp. 285 y 287 y *supra* en este mismo apartado.

³¹⁴ Véase *infra*, apartado 3.4., en donde se analiza este último conjunto de teorías y se exponen los matices de esa toma en consideración de las modalidades de dolo que, ya conviene avanzar, varía sustancialmente en sus resultados según se propongan, o bien criterios específicos para el castigo de supuestos en que se contribuye con dolo eventual de que la prestación pueda servir a una resolución

problema de la neutralidad: si los conocimientos especiales son datos relevantes para concretar y perfilar el juicio de peligrosidad como núcleo del desvalor de acción del partícipe se impone, como un paso más en la misma dirección, tomar en cuenta el grado de seguridad de dicho conocimiento y, en definitiva, la modalidad de dolo del sujeto para establecer los criterios de imputación objetiva. Este “segundo paso” desde los conocimientos especiales hacia la modalidad de dolo como aspecto relevante también en el tipo objetivo es el que no se da en las tesis que, por ello, hemos denominado mixto-objetivas: esto es, <<mixtas>> por aceptar conocimientos especiales para el juicio de imputación objetiva pero <<objetivas>> pues no aceptan una configuración diferenciada del tipo objetivo según la clase de dolo.

Es éste otro punto esencial pero de gran complejidad por su relación con lo que se ha venido en denominar la cuestión del <<grado de tendencia>> o grado de peligrosidad necesaria como requisito de imputación y su dependencia o no del tipo subjetivo³¹⁵. Se trata esta de una cuestión general sistemática de gran calado pero que a diferencia de lo que veíamos respecto del problema de los conocimientos especiales no goza de un estado de discusión tan pacífico e incluso se podría afirmar que se está reactivando la polémica al respecto³¹⁶.

En efecto, si se acepta que el juicio de peligrosidad debe formularse de forma diferenciada según el comportamiento del sujeto sea doloso o imprudente e incluso según se lleve a cabo la contribución con dolo directo o eventual, se está abriendo la puerta a una configuración también

delictiva ajena; o bien se preconice directamente la irrelevancia penal de actuaciones con dolo condicionado.

³¹⁵ Véase, de momento, la exposición del problema en MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 95 ss. y, respecto de su relación con el tipo subjetivo especialmente p. 106 ss. Más recientemente, desde la perspectiva de la tentativa inidónea, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 398 ss. Adelantamos ya que nuestra postura va a adherirse a aquel sector que propugna una dependencia del grado de peligrosidad relevante de la intención lo que debe conducir a una configuración del tipo objetivo diferenciado según se actúe con dolo o imprudencia e incluso, lo que es más importante en este trabajo, según las modalidades de dolo (véase, expresamente, MIR PUIG, *Derecho*, p. 234). Me remito, sin embargo, *infra* al apartado 3.4. en donde se estudiará la cuestión más extensamente al hilo del análisis de las tesis mixto-subjetivas a las que también nos sumaremos con los debidos matices.

³¹⁶ Ya MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 95 afirmaba que se trata del problema “más discutido del pensamiento de la adecuación”. También es ilustrativo del estado confuso de la cuestión el hecho de que, por ejemplo, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 245 ss., cuando se ocupa del grado de tendencia como problema de la imputación objetiva del tipo del partícipe afirma (p. 249, su pie de página 38) que con respecto al autor “es **absolutamente mayoritaria** la doctrina que exige un menor nivel de riesgo para el delito doloso” (realzado en negrita nuestro) mientras que, TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, p. 40, unos años antes se hacía eco de que más bien la doctrina dominante apuntaría a la imputación objetiva como base de valoración independiente del tipo subjetivo y por tanto sería reacia a admitir un grado de peligrosidad diferenciado para los delitos dolosos e imprudentes en contra, por cierto, de lo que él mismo propugna (y en la misma línea diferenciadora, por todos, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 39 ss.; MIR PUIG, *Derecho*, p. 233 ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito*, p. 339 ss.). Al margen de las dificultades para establecer una doctrina claramente dominante debe subrayarse que en cualquier caso podría hablarse hasta cierto punto más bien de un estado de opinión entre nosotros que ha venido admitiendo un tipo objetivo diferente en delitos dolosos e imprudentes (véase las posturas de GIMBERNAT ORDEIG, TORIO LOPEZ, MIR PUIG o CORCOY BIDASOLO ya señaladas y también CEREZO MIR, *Curso*, pp. 100 ss. y 159 ss. con ulteriores referencias bibliográficas y una panorámica de la discusión muy informada y detallada) y un sector doctrinal minoritario pero emergente que refuerza la posición contraria a la diferenciación del grado de tendencia según el tipo subjetivo con autores como MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 114 ss.; PAREDES CASTAÑON, *El riesgo*, p. 120; LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 248 y 249 –su pie de página 38- y, recientemente, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 398 ss.

diferenciada de los criterios de imputación según el tipo subjetivo concurrente. Diferencia que puede materializarse en la asunción, por ejemplo, de que el ámbito de imputación objetiva en delitos dolosos puede ser superior a los imprudentes y en aquéllos ser más amplio en casos de dolo directo frente a un ámbito de relevancia típico menor para el dolo eventual. Con otras palabras: de admitir un grado de tendencia diferenciada según el tipo subjetivo y que los criterios de imputación objetiva deben hacerse también operativos en el ámbito de la participación, parece simplemente un corolario proponer sistemas dogmáticos de interpretación que tomen en consideración un grado de peligrosidad suficiente diferente según el aspecto subjetivo incluso hasta el extremo de llegar a plasmar tales diferencias en criterios de imputación según la clase de dolo concurrente.

Una consideración diferenciada tal y como se viene sugiriendo empata, por otra parte, con el verdadero problema de la neutralidad de la contribución del cómplice que sitúa el grueso de los supuestos desde un punto de vista práctico en comportamientos en que concurre dolo eventual. Efectivamente parece haber cierto consenso en la doctrina a la hora de apuntar a casos en que el sujeto presenta conocimiento eventual de resolución delictiva ajena como los más verosímiles³¹⁷. Hemos de dar por ello en parte la razón a PUPPE cuando asegura que la cuestión de la neutralidad, debe añadirse en supuestos de conocimiento seguro o casi seguro (dolo directo), tendría poca importancia práctica “pues el acreedor pocas veces tiene una razón para revelar al deudor el secreto de que quiere emplear el dinero recibido para la adquisición de una copiadora de color con la finalidad de fabricar un talonario de cheques. El comprador de una caja de bombones pocas veces tiene una razón para contarle al pastelero que quiere envenenar a su esposa con esos bombones. El comprador de un cuchillo de mesa pocas veces tiene una razón para decirle al vendedor a quien quiere apuñalar con el mismo”³¹⁸. La relevancia práctica parece así apuntar a supuestos de conocimiento eventual de posible utilización delictiva de la prestación lejos, por tanto, de comportamientos “de laboratorio” en que se parte de un conocimiento positivo, seguro, de la resolución criminal ajena.

Esta diferencia entre grupos de casos según clase de dolo tiende, sin embargo, a diluirse en la consideración homogénea que las tesis mixto-objetivas proponen. Debe subrayarse, sin embargo, con claridad que se trata de una tendencia al margen de que cada autor en particular defiende posiciones sistemáticas generales de uno u otro signo y que encuentra su principal punto de apoyo en el hecho de que en la solución al problema que nos ocupa no se diferencia expresamente según la clase de dolo concurrente. A partir de aquí debe matizarse, ya que aunque entre las tesis mixto-objetivas es generalizada la crítica a aquellas posiciones que pretenden dejar en la zona libre todo comportamiento neutro por el hecho de que se lleve a cabo con dolo eventual de posible utilización delictiva³¹⁹, ello no quiere decir que en algunos casos no se acuse en cierta manera la diferencia de grupos según conocimiento más o menos seguro.

³¹⁷ ROXIN, *Was ist*, p. 516; AMBOS, *Beihilfe*, p. 725. Entre nosotros, en referencia al ámbito de la defraudación fiscal pero, a nuestro juicio, perfectamente generalizable, BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 978.

³¹⁸ PUPPE, *La imputación*, pp. 132 y 133.

³¹⁹ Véase en esta línea NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, pp. 543 y 544; WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 434; BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 983; GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 416. Es esta, a nuestro juicio, una crítica justificada pues no es lo mismo proponer una diferenciación de criterios de imputación según la clase de dolo concurrente que elevar tal diferencia a criterio de relevancia típica expulsando los supuestos de dolo eventual del ámbito de prohibición de la norma. Este importante aspecto será retomado *infra*, apartado 3.4.

Lo que queremos poner de manifiesto es que la no diferenciación expresa en criterios de imputación según clases de dolo o, si se prefiere, según el grado de seguridad de conocimiento, no implica un abordaje indiferenciado sin matices compartido por igual por todos los defensores de estas teorías. Es más: precisamente aquellos autores que presentan una propuesta más completa y desarrollada sugieren tácitamente una toma en consideración de las diferencias estructurales entre grupos de casos según la seguridad del conocimiento de resolución delictiva ajena y las posibilidades de utilización de su contribución en un hecho principal. Es el caso sobre todo de BLANCO CORDERO y RANSIEK que, como ahora veremos, aportan criterios complementarios para solucionar los problemas de neutralidad al límite de la participación más allá de la nuda mención a los conocimientos especiales. Es como si la diferencia según dolo eventual o directo llevara a acumular criterios que aunque no se formule en estos términos persiguen, en definitiva, el objetivo de poner filtros adicionales para supuestos de dolo eventual de suerte que en estas constelaciones de casos resulta más complejo y difícil resolver afirmativamente el juicio de peligrosidad de la contribución accesoria. Ello lleva además aparejada una cota de seguridad jurídica mayor que otras propuestas de las tesis mixto-objetivas que, a nuestro entender, albergan un alto riesgo de arbitrariedad precisamente por no diferenciar y dar un tratamiento homogéneo que puede llevar a resultados excesivamente punitivos. Pero estos aspectos requieren que nos adentremos con más detalle, aunque brevemente, en las posiciones de los autores mencionados y los sub-criterios que sugieren lo que nos permitirá además dar una visión de conjunto de las implicaciones en resultados que pueden tener las opciones dogmáticas expuestas.

3.3.4. Resultados: ¿mayor intervención? Subcriterios

1. Un amplio sector de autores de los que hemos incardinado entre los defensores de las teorías mixto-objetivas adolecen en sus propuestas de un excesivo nivel de generalidad lo que expone al instrumento penal al riesgo de una utilización arbitraria y desproporcionada que llevaría al castigo innecesario e injusto de supuestos límite de complicidad y que deberían tildarse, a nuestro entender, de “neutros” en sentido estricto³²⁰.

Que la inclusión de los conocimientos especiales en el juicio de adecuación amplie el tipo de complicidad a determinados supuestos no es en principio criticable sino todo lo contrario. Buena muestra de ello puede ser el caso del <<taxi>> [*supra* CASO 23] en el que se discute la relevancia penal del taxista que aun conociendo que su cliente va a llevar a cabo un delito en destino procede a llevarle cobrando la carrera correspondiente. Los defensores de las tesis mixto-objetivas, a diferencia de las tesis objetivas “puras” con JAKOBS a la cabeza, consideran relevante a efectos penales la prestación del servicio de taxi en tales circunstancias³²¹ ya que en cuanto el taxista conoce qué va a hacer el cliente en su destino en absoluto entienden que sea un asunto ajeno. Tal conocimiento ayuda a concretar el riesgo de favorecimiento y parafraseando a NIEDERMAIR el derecho penal, mediante la prohibición del tipo de participación, exige que el taxista diga: ¡no conmigo! y se niegue, bajo la amenaza de pena, a colaborar con el autor³²².

³²⁰ Esto es, de irrelevantes a efectos del tipo de complicidad sin perjuicio, por tanto, en su caso, de la responsabilidad por omisión (pura o en comisión por omisión).

³²¹ MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, p. 286; RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 46; PUPPE, *La imputación*, p. 135.

³²² NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 539 asegura que no hay desproporción en la intervención penal allí donde hay una elevación consciente del riesgo de lesión: ante la contribución reconocida a un delito ha de decirse: ¡no conmigo!

Ahora bien el supuesto admite matices si en vez de darse un conocimiento seguro de resolución delictiva ajena el conocimiento especial es eventual: pensemos en el caso en que en vez de confesar el cliente que va a delinquir es el taxista el que sospecha de la apariencia de su cliente o le observa por el retrovisor nervioso guardando una pistola en una zona caracterizada por los altos índices de delincuencia... y no descarta que se esté disponiendo a llevar a cabo un determinado delito en el lugar de destino. Al margen del caso concreto se detecta una suerte de pendiente resbaladiza si nos acogemos sin más al conocimiento delictivo incluido el eventual. A esto nos referimos cuando hablamos del riesgo de algunas propuestas que reivindican un tratamiento más duro de este tipo de comportamientos aparentemente neutrales sin diferenciar adecuadamente los supuestos de dolo directo fundado de los de naturaleza eventual.

Paradigmático a este respecto resulta el estudio de NIEDERMAIR en donde hace un repaso crítico de las diferentes posturas sobre la neutralidad y reivindica una aplicación sin contemplaciones del tipo de participación concebido desde un punto de vista general según las premisas de su maestro ROXIN³²³ aunque con una formulación diferente y notablemente más dura en sus resultados en la cuestión particular que nos ocupa. En concreto nos interesa destacar la crítica que lanza a ROXIN en un caso en que se provee material químico a una empresa que va a usarlo transgrediendo la normativa penal de protección del medio ambiente [*supra* CASO 13] o en el caso famoso de la venta de pan a un homicida potencial [*supra* CASOS 15 y 16]. Crítica que se dirige a restar importancia a la posible utilización no delictiva de la prestación objeto de controversia con tal de que haya conocimiento de un eventual uso delictivo³²⁴.

Pretende así NIEDERMAIR desacreditar el criterio del “sentido delictivo” a la vez que en su argumentación tiende a equiparar supuestos de conocimiento positivo y seguro con casos de conocimiento eventual desconociendo, a nuestro juicio, que subyacen a los mismos un perfil objetivo (intersubjetivo) muy diferente siendo indispensable en casos de conocimiento eventual una carga argumental mayor por las especiales dificultades para discriminar adecuadamente riesgos genéricos de riesgos concretos de favorecimiento. Y es que en muchas ocasiones el conocimiento de resolución delictiva ajena es seguro precisamente porque la evidencia del contexto no deja lugar a dudas sobre el carácter favorecedor de la contribución accesoria por lo que nos encontramos ante un riesgo suficientemente concreto o, con otras palabras, ante un grado de peligrosidad relevante. El conocimiento eventual, por el contrario, será en muchas ocasiones el indicador de que la prestación se mueve todavía en un terrero fluido entre lo legal y lo ilegal por lo que se requerirán datos adicionales para poder concretar ex ante el riesgo de favorecimiento del partícipe.

La propuesta de NIEDERMAIR tiene como resultado una rebaja en el límite mínimo del tipo de complicidad que se amplía hasta acoger riesgos excesivamente genéricos. Su crítica hacia otras posturas no se ve compensada sino por una propuesta general de aplicación del tipo de participación que no se ve acompañada de una elaboración detenida de subcriterios³²⁵ y que desprecia la necesidad de atender diferenciadamente casos de comportamientos según la seguridad del conocimiento ex ante y la modalidad de dolo concurrente. A tal fin de clarificación y concreción se dirigen propuestas como la de ROXIN, más compleja y ponderada en sus resultados, pero también los criterios adicionales que sugieren BLANCO CORDERO o RANSIEK y que, una vez más, demuestran la fragilidad de la clasificación que se hace en esta contribución

³²³ Acogiéndose así a la definición de la cooperación como ataque accesorio al bien jurídico protegido en el tipo. NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, pp. 507 ss.

³²⁴ NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe*, p. 529 ss.

³²⁵ Coincide en la crítica BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 83.

en la que constantemente se identifican puntos compartidos entre autores que se incardinan en bloques diferenciados. Las posturas y sub-criterios que ahora se van a exponer pueden por ello muy bien tildarse de posiciones “puente” entre las tesis mixto-objetivas y mixto-subjetivas y demuestra también la policromía de posiciones que alberga el bloque de autores a estudio.

2. Dentro de las tesis mixto-objetivas no todos los autores se muestran tan punitivos en sus resultados³²⁶ y, además, precisamente los autores que exponen de forma más desarrollada su propuestas hacen gala de un mayor equilibrio y ponderación en la resolución de casos a la vez que se adivina un acercamiento tácito a fórmulas de distinción entre supuestos de dolo directo y eventual de resolución delictiva ajena.

2.1. Como veíamos en el apartado anterior RANSIEK eleva la presencia de conocimientos especiales a criterio expreso para la determinación de comportamientos de complicidad punible en el límite. Pero introduce matices de gran trascendencia sobre la seguridad o inseguridad de dicho conocimiento de resolución delictiva ajena. Matices que le llevan a identificar comportamientos objetivamente diferentes según dicho grado de seguridad de suerte que el conocimiento seguro le lleva a calificar a la prestación de complicidad punible mientras que en supuestos de conocimiento eventual tiende a negar su relevancia penal. El dato clave es entonces la seguridad de comisión delictiva ajena³²⁷ debiendo interpretarse entonces el resto de criterios como baremos de identificación de dicha seguridad.

La seguridad del conocimiento puede alcanzarse porque el autor revela sus intenciones criminales o porque los hechos, el contexto, no permiten otra lectura siendo la “cercanía” de la contribución al hecho principal un dato altamente significativo³²⁸.

Llegados a este punto añade todavía RANSIEK ulteriores filtros o, si se prefiere, configura algunos grupos de casos que representarían excepciones al criterio general esbozado en torno al conocimiento seguro: se trata, en primer lugar, de supuestos de satisfacción de necesidades vitales básicas; de utilización legal e ilegal a la vez de la contribución favorecedora; y, por último, de casos en que no se amplía el ámbito de actuación del autor³²⁹. Son criterios, por cierto, acumulativos por lo que aún dándose seguridad de comisión delictiva si la prestación se dirige a satisfacer necesidades vitales básicas o es susceptible de utilización legal e ilegal de forma simultánea o, finalmente, no amplía el ámbito de actuación del autor, el favorecimiento será neutral, esto es, irrelevante a efectos de responsabilidad por complicidad.

El primero y el último de los criterios hacen referencia a supuestos relativamente poco problemáticos. Dar de comer al ladrón que luego “dará un golpe” o casos similares de satisfacción de necesidades vitales básicas³³⁰ son tildados por RANSIEK, acertadamente, de favorecimientos inespecíficos que no sirven a un hecho delictivo principal en concreto sino a la “conducción del vida” del autor y en consecuencia deben quedar fuera del ámbito de prohibición del instrumento penal³³¹. Podría decirse, con otras palabras, que falta la creación de un riesgo

³²⁶ Por ejemplo, MEYER-ARNDT, *Beihilfe*, pp. 285 y 286, también defensor de tesis mixto-objetivas se muestra mucho más restrictivo en supuestos medio-ambientales a diferencia de lo propugnado por NIEDERMAIR.

³²⁷ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 45.

³²⁸ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 45.

³²⁹ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45-47.

³³⁰ Véase *supra* apartado 2.1.

³³¹ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 46. Debe llamarse la atención sobre la postura ambigua con relación a la prestación de transporte ya que RANSIEK asegura que encaja en este grupo de supuestos

concreto de favorecimiento por lo que decae la posibilidad de imputar a una conducta tan general una responsabilidad ni siquiera accesoria. También resultan claros en su diagnóstico de irrelevancia los supuestos en que el autor recupera lo que pertenecía a su ámbito de disposición y entregó a un tercero³³²: cobro de préstamo, etcétera³³³. Al margen de que el que devuelve el préstamo sepa con seguridad que dicho dinero servirá a fines delictivos el carácter de la prestación es tan genérico e inespecífico que no cabe ser puesto en relación de cooperación con el hecho principal.

Más problemático resulta ser el grupo de casos en que hay una utilización simultánea legal e ilegal de la contribución accesoria. Se trata una vez más de otra versión del criterio del “sentido delictivo” que ha de interpretarse, en la línea característica de RANSIEK, en términos “objetivos”, pues no se trata de que el que realiza la prestación le quiera dar uno u otro sentido sino de que el comportamiento “sirva” de hecho tanto a fines legales como ilegales, de suerte que resulte imposible aislar como exclusivo el sentido delictivo del actuar³³⁴. El autor alemán se cuida mucho de resaltar el matiz de que este criterio no alude a una utilización posible o potencial de la prestación sino que se cifra en una conclusión interpretativa de que el comportamiento en cuestión tiene una lectura intersubjetiva no unívoca sino poseedora objetivamente de varios sentidos. Debe subrayarse además que precisamente en este grupo se incluyen ejemplos extraídos del entramado socioeconómico como el pago del servicio prestado a quien se sabe que defrauda a Hacienda [*supra* CASOS 8 y 9], o la entrega de material que luego sirve para llevar adelante delitos ecológicos [*supra* CASOS 12 y 13], e incluso el supuesto del banco Dresdner³³⁵. Supuestos en que, por cierto, se apuesta por su irrelevancia penal.

2.2. La posición de RANSIEK es, como hemos venido reiterando, compleja, matizada y equilibrada pero respecto del criterio de utilización efectiva legal e ilegal de la contribución cabe preguntarse si en realidad no se abre una falla en el entramado de criterios que responde a la imposibilidad de dar una respuesta satisfactoria precisamente en aquellos supuestos en que, a nuestro juicio, concurre una base objetiva que no permite sino un conocimiento eventual de resolución delictiva pues ésta es sólo una posibilidad entre otras. Quien provee las materias primas al delincuente ecológico o aquél que presta un servicio a quien luego defrauda a Hacienda en su actividad en la mayoría de supuestos se encontrará en situaciones como máximo de conocimiento eventual de resolución delictiva ajena (no cabrá descartar un uso delictivo pero tampoco uno legal) lo que nos adentra en el criterio general de conocimiento inseguro que según RANSIEK debería llevar a la impunidad.

Adelantamos³³⁶ que desde nuestra perspectiva debe asumirse el planteamiento objetivista de RANSIEK por la claridad con la que expone que cuando se alude al conocimiento no se está haciendo una referencia directa al dolo del sujeto sino que, antes de ello, resulta ser un indicador de la clase de comportamiento objetivo en cuestión. Pero asentado lo precedente debe también

(por ejemplo, no es favorecimiento punible transportar al traficante que espera en la parada de autobús) pero a la vez deja abierta la puerta al castigo si la prestación “encaja” con el delito (llevar al ladrón para que pueda robar o llevar a Amsterdam a quien quiere allí traficar con drogas).

³³² RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 47.

³³³ Véase *supra* apartado 2.2.

³³⁴ RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 46 y 47.

³³⁵ Del que, por cierto, postula su irrelevancia penal (RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, p. 47) por servir las transferencias anónimas tanto a fines legales como ilegales, lo que demuestra que la acumulación de criterios da resultados restrictivos y neutraliza, sin duda, los riesgos de arbitrariedad y excesiva punición que apuntábamos respecto de otros defensores de tesis mixto-objetivas.

³³⁶ Véase *infra* apartados 4 y 3.4.

tenerse en cuenta que cabe establecer una cierta relación entre conocimiento eventual de resolución delictiva como dato del contexto objetivo y dolo eventual del cómplice lo que nos lleva a ligar por regla general ambos sin que deba suponer una contradicción sistemática. Sobre la base de un conocimiento eventual de resolución delictiva se otorgará un sentido objetivo (intersubjetivo) a la contribución: ese conocimiento especial funge ahí como dato relevante para el juicio de peligrosidad en el nivel de imputación objetiva. Posteriormente ese aspecto cognitivo adelantado del dolo deberá volver a ser objeto de consideración en el tipo subjetivo junto con los demás elementos que integran el dolo del cómplice y desde la perspectiva específica de éste. Esta posible separación sistemática no empece, sin embargo, a poder establecer una cierta regla general por la cual en los supuestos de neutralidad cuando concurra intersubjetivamente un conocimiento solamente eventual de posible –no relativamente segura- resolución delictiva ajena se dará también dolo eventual de favorecimiento y de dicha interrelación cabrá derivar una mayor exigencia para responder afirmativamente el juicio de peligrosidad.

Esta tormentosa relación entre la función que debe cumplir el conocimiento en el juicio de adecuación y posteriormente como aspecto cognitivo parcial del dolo del cómplice es uno de los aspectos esenciales que explican la confusión reinante en la cuestión de la neutralidad. De la comprensión adecuada de la misma debería derivarse que a la toma en consideración de conocimientos especiales debe seguir igualmente la de la clase de dolo o, si se prefiere, en primer lugar la de la clase de conocimiento –seguro o eventual- y posteriormente del dolo. Esto nos lleva fluidamente a identificar en grupos separados prestaciones aparentemente neutras en que hay conocimiento directo de resolución delictiva y conocimiento solamente eventual, siendo estos últimos comportamientos los que por regla general deberán permanecer en la zona libre o ser sometidos a una mayor exigencia en criterios de imputación. Probablemente RANSIEK intuye esta diferencia estructural al establecer el criterio de utilización legal e ilegal aunque no da el paso de ligar su solución a las modalidades de dolo por lo que no cierra, a nuestro juicio, de forma plenamente satisfactoria su interesante propuesta.

Con todo es evidente que se acerca materialmente a las tesis mixto-subjetivas pues de hecho su sistema lleva a diferenciar casos de dolo directo y eventual como lo refleja tanto la referencia al conocimiento seguro como referente esencial de relevancia típica como esta suerte de “válvula de escape” que es el criterio de la utilización legal e ilegal simultáneamente por la que quedarían también fuera supuestos de prestaciones con dolo eventual de resolución delictiva. En esta misma línea de acercamiento material a posturas mixto-subjetivas puede situarse la contribución de BLANCO CORDERO.

3. Como ya veíamos en el apartado anterior, BLANCO CORDERO parte del criterio esencial de la previsibilidad objetiva respecto de que la contribución aumente o cree un riesgo jurídicamente desaprobado. Dicho riesgo debe ser no permitido para lo cual esboza el autor una serie de principios interpretativos que deben ayudar a deslindar el ámbito típico. En primer lugar se hace referencia a la normativa sectorial: una actuación de conformidad con ésta determinará la conclusión de que el riesgo es de los permitidos. Por el contrario si se transgrede la normativa sectorial hay ya un primer indicio de relevancia típica. En cualquier caso, cuando la normativa sectorial no exista, o sea insuficiente, debe ser complementada con el recurso al criterio del hombre medio que debe ser imaginado en posesión de todos los conocimientos especiales que por cualquier modo haya obtenido el sujeto³³⁷.

³³⁷ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 32 ss.; DEL MISMO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; y DEL MISMO, *Limites*, p. 157 ss. Véase, también, *supra*, apartado 3.3.3.

El conocimiento de resolución delictiva ajena se eleva como en el caso de RANSIEK a criterio formal esencial a la hora de discriminar la neutralidad de la complicidad punible. Ahora bien, aunque la ausencia de conocimiento de resolución delictiva ajena determina la irrelevancia típica de la contribución que queda cubierta por el principio de confianza³³⁸, la presencia de conocimiento es un nuevo indicio sobre el que BLANCO CORDERO añade nuevos matices consciente de que entre el conocimiento seguro y el desconocimiento hay muchas zonas intermedias³³⁹. Los matices llegan de la mano de criterios complementarios³⁴⁰ entre los que destaca una vez más el dato de la proximidad de la contribución al hecho principal³⁴¹ aunque también se alude al carácter “manipulativo y clandestino de la conducta”³⁴², al ejercicio de la libertad general de acción³⁴³, a la comunicación de acciones verdaderas³⁴⁴ y a la presencia de obligaciones civiles³⁴⁵.

Como se puede comprobar hay similitudes con RANSIEK en la medida en que sobre el eje de los conocimientos especiales se derivan sub-criterios complementarios que ayudan a relativizar ese dato. Entre los criterios también se alude a la “cercanía” como principio interpretativo paralelo cuya ausencia puede determinar la irrelevancia de la contribución aún con conocimiento de resolución delictiva ajena. Todo ello parece apuntar, por un lado, a que el conocimiento especial de resolución delictiva ajena es relevante en la medida en que también haya –o sea equivalente- a una cercanía al hecho principal que tendría entonces la fuerza de cambiar el sentido de la contribución; y, por otro lado, parece que cuanto más evidente - ¿seguro?- sea el conocimiento mayor fuerza tendrá como indicio de que estamos ante un riesgo no permitido. Con mucha cautela BLANCO CORDERO deja, a nuestro juicio, entreabierto la puerta a aceptar que según se “obscurezca” el conocimiento (entonces eventual) será más difícil establecer la imputación objetiva de la contribución accesoria y más posibilidades habrá de que quede en la zona libre al abrigo del principio de confianza.

En cualquier caso, también en este aspecto en la misma línea de lo que indicábamos respecto de RANSIEK, la combinación y acumulación cautelosa de criterios neutraliza en buena medida el riesgo de arbitrariedad y desproporción en la intervención punitiva que se adivina en otros defensores de las tesis mixto-objetivas, ya que la posible ampliación del tipo de complicidad que se podría derivar de una toma en consideración automática de los conocimientos especiales se ve compensada por otros sub-criterios que obligarán a un juicio caso por caso más ponderado y equilibrado.

3.3.5. Recapitulación y más conclusiones provisionales

1. Las tesis mixtas, también las mixto-objetivas, suponen ya una superación de la inflexibilidad a que llevaba la versión más extrema de las tesis objetivas “puras” que se negaba a dar relevancia en el juicio de imputación objetiva a los **conocimientos especiales**. Situar el problema de la neutralidad en el tipo objetivo (y no en el subjetivo como hacían las tesis subjetivas) no requiere, más bien lo contrario, renunciar a dichos conocimientos ya que su

³³⁸ BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, pp. 999 y 1000; y DEL MISMO, *Límites*, p. 164.

³³⁹ BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 44; y DEL MISMO, *Límites*, p. 165.

³⁴⁰ BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 167 ss.

³⁴¹ BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 168 ss.

³⁴² BLANCO CORDERO, *Límites*, pp. 171 y 172.

³⁴³ BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 172 ss.

³⁴⁴ BLANCO CORDERO, *Límites*, p. 174 ss.

³⁴⁵ BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 1001; DEL MISMO, *El encubrimiento*, p. 47.

inclusión en las bases del juicio de peligrosidad resulta imprescindible precisamente en este tipo de comportamientos neutros al límite.

Desde un punto de vista metodológico implica una aproximación mixta, objetivo-subjetiva, al injusto del cómplice que asume que el objeto de valoración es una unidad inescindible de elementos objetivos y subjetivos sin que la toma en consideración de estos últimos suponga una “subjetivización” del tipo objetivo sino, más bien, una aproximación jurídica más adecuada a la realidad del comportamiento humano en sociedad.

2. Las tesis mixto-objetivas son <<mixtas>> porque aceptan la simbiosis objetivo-subjetiva que supone la asunción de los conocimientos especiales en el juicio de adecuación, pero son <<mixto-**objetivas**>> porque no aceptan una configuración del tipo objetivo según las modalidades de dolo concurrentes. Esta tendencia general debe ser, no obstante, debidamente matizada según dos grupos diferenciados de autores.

2.1. Un sector de los defensores de tesis mixto-objetivas (paradigmáticamente PUPPE, NIEDERMAIR) aportan propuestas de solución **excesivamente generales** con un escaso desarrollo de criterios de imputación específicos respecto del tipo de complicidad en supuestos de (aparente) neutralidad. Mas bien tienden a solucionar el problema particular que nos ocupa disolviéndolo en las instituciones generales de la complicidad e imputación objetiva remitiéndose, por tanto, a los criterios generales según los cuales aquellas son concebidas.

No se plantean en profundidad la cuestión de la relevancia que deba tener el conocimiento especial de resolución delictiva ajena según sea éste seguro o eventual y tampoco distinguen formal ni materialmente grupos de casos en función de la modalidad de dolo (directo o eventual) concurrente en el sujeto. Desde este punto de vista parece subyacer una concepción del injusto que no acepta un <<**grado de tendencia**>> diferenciado según el tipo subjetivo siendo el juicio de peligrosidad unitario y homogéneo al margen de que concurra imprudencia o dolo.

En este conjunto de propuestas la flexibilidad del juicio de peligrosidad de la conducta del partícipe enriquecido por la toma en consideración de conocimientos especiales amenaza con convertirse en instrumento arbitrario con **riesgo de excesiva intervención punitiva**. De acoger estas soluciones, en contraste con las tesis objetivas “puras”, parece invertirse la regla general de impunidad de contribuciones neutras. El peligro de ampliar el tipo de complicidad a conductas de mero conocimiento eventual de resolución delictiva ajena es demasiado elevado y puede llegar a arrastrar hacia el ámbito de prohibición de la norma un elenco de conductas que no albergan sino un riesgo excesivamente genérico de favorecimiento (“pendiente resbaladiza”) cercenándose de forma insoportable la esfera de libertad del ciudadano.

2.2. Otro sector de defensores de tesis mixto-objetivas (paradigmáticamente RANSIEK y BLANCO CORDERO) presentan una serie de peculiaridades que hacen aparecer sus propuestas de solución como más acabadas, desarrolladas y equilibradas en resultados. Respecto de la solución de supuestos según la modalidad de dolo concurrente se sitúan a caballo entre este conjunto de tesis y las mixto-subjetivas y logran en definitiva neutralizar buena parte de las críticas acabadas de esbozar.

Se caracterizan por dar mayor relevancia al dato de los **conocimientos especiales** en la medida en que no sólo reconocen su función en el juicio de imputación objetiva sino que incluso los elevan, según diferentes formulaciones terminológicas, a **criterio expreso** de resolución de supuestos de neutralidad.

Los matices en torno al conocimiento de resolución delictiva y el desarrollo de sub-criterios complementarios para trazar el ámbito típico de la complicidad dejan la puerta abierta, aunque no se formule expresamente, a **una consideración diferenciada de supuestos según la modalidad de dolo concurrente**. No es tan evidente que haya de subyacer a su propuesta de resolución de la neutralidad un tipo objetivo absolutamente independiente del subjetivo por lo que no resultaría difícil su ensamblaje en un sistema que reconozca criterios de imputación diferenciados según sea el dolo directo o eventual (**diferente <<grado de tendencia>>**). Representan por ello una suerte de posición “puente” en la línea de aceptar no sólo los conocimientos especiales sino también la modalidad de dolo como datos imprescindibles para formular los criterios de imputación objetiva del partícipe.

En las posiciones de RANSIEK o BLANCO CORDERO se detecta además una toma en consideración del criterio material de la **“cercanía”** al hecho principal en línea con lo que exponíamos también al hilo de las tesis objetivas “puras”. Bien sea para corregir el criterio del conocimiento especial de resolución delictiva ajena (BLANCO CORDERO)³⁴⁶, bien para identificar cuándo el conocimiento es seguro (RANSIEK), la **accesoriedad cuantitativa** parece ser un referente que invita, más allá de la formulación expresa de los autores, a contemplar el dato del conocimiento como un equivalente funcional de aquél. Es como si se sugiriera que la peculiaridad de los actos neutros es que a través del conocimiento especial puede llegar a detectarse qué conductas al límite son equivalentes normativamente a favorecimientos punibles por llevarse a cabo en fase ejecutiva del delito principal. El conocimiento especial como criterio sería entonces una suerte de indicador sucedáneo de cuándo la contribución accesoria adquiere un sentido delictivo a pesar de que todavía no se han iniciado con claridad los actos ejecutivos. Lo característico de la neutralidad vendría a ser que al tratarse de conductas en el límite mínimo de la complicidad la valoración de su sentido delictivo depende esencialmente del significado intersubjetivo que aporta el conocimiento a la conducta como paso previo para poder concluir la “cercanía” a la fase ejecutiva. Ante la falta evidente de actos ejecutivos, según sea el conocimiento así podrá despejarse a un lado u otro de la frontera del contorno típico el sentido de la contribución en cuestión.

El haber sabido situar el problema de la neutralidad en torno al perfil del conocimiento especial despeja también el terreno para una ulterior delimitación entre la función de aquél en el juicio de **imputación objetiva** y su incardinación simultánea como un elemento más del **aspecto cognitivo del dolo**. Si el conocimiento especial afina el juicio de peligrosidad parece lógico que según sea el conocimiento –seguro o eventual- variará también el sentido “objetivo” de la contribución accesoria. De aquí a reconocer que la modalidad de dolo también puede ayudar a perfilar de forma más adecuada el juicio de peligrosidad no hay más que un paso que aunque no se da parece que se impone. Y es que la clase de conocimiento determinará a su vez la clase de dolo concurrente sin que tal reconocimiento suponga una distorsión o confusión sistemática: en el juicio de imputación el conocimiento especial ayuda a describir el sentido de la contribución y a valorar normativamente la misma como suficientemente “cercana” al hecho principal; posteriormente, si se integra el tipo objetivo, el conocimiento especial se funde como una parte más del dolo de favorecimiento. El mismo dato cumple así funciones distintas según el análisis secuencial de la teoría del delito pero a la vez permite comprender la interrelación inevitable entre el tipo objetivo y el subjetivo.

³⁴⁶ De suerte que dicho conocimiento se torna irrelevante conforme se produce la contribución accesoria en estadios mas adelantados (fase preparatoria) respecto del hecho principal.

El mayor desarrollo sistemático de estas propuestas con múltiples matices y subcriterios, el papel central del conocimiento especial, los matices sobre su naturaleza (seguro o eventual) y la referencia a la “cercanía” al hecho principal configuran un tratamiento del problema de la neutralidad en que se reduce al máximo el riesgo de arbitrariedad y excesiva intervención que se detectaba en otros defensores de tesis mixto-objetivas más genéricas. Integran según lo expuesto un modelo de intervención más agresivo en sus **resultados** que las tesis objetivas “puras” pero sin ir tan lejos como las propuestas genéricas señaladas.

El camino iniciado aquí tiene continuación en las tesis mixto-subjetivas que añaden una formulación aún más expresa y acabada de las ideas sugeridas con una articulación más precisa sobre todo por lo que a los supuestos de dolo eventual respecta.

3.4. Teorías mixto-subjetivas

1. Si las tesis subjetivas –y con ellas la jurisprudencia alemana tradicional- apostaban por el tipo subjetivo para discriminar entre la neutralidad y la relevancia típica de contribuciones al límite, las tesis objetivas “puras” invierten los términos de la cuestión reivindicando un tipo objetivo que yendo más allá de la mera causalidad se viera enriquecido con criterios de imputación y entonces que sea éste y no el tipo subjetivo el que constituya la sede sistemática adecuada para solucionar el problema. A partir de este “vuelco” cabe trazar una trayectoria de vuelta que hace regresar el “ péndulo ” dentro del movimiento entre lo objetivo y lo subjetivo hacia un tipo objetivo que busca la síntesis con elementos “subjetivos” como los conocimientos especiales. Entre hacer depender el problema únicamente del dolo (y la causalidad) y rechazar que sea el dolo y ni siquiera los conocimientos especiales datos relevantes para determinar esencialmente y en primera instancia la frontera del tipo de complicidad, las tesis mixtas van abriendo el camino a una vía ecléctica que combina elementos de ambas posiciones extremas.

Ya en las tesis mixto-objetivas nos hemos ocupado de destacar que los conocimientos especiales se integran en el juicio de imputación lográndose en principio una mayor flexibilidad que redundaba también en interpretaciones que propugnaban un ámbito de prohibición mayor. Se rechaza desde estas posiciones que incluir los conocimientos personales “subjetivos” indebidamente el tipo objetivo afirmándose, por el contrario, que su presencia es imprescindible si se quiere aprehender adecuadamente el verdadero sentido “objetivo” (intersubjetivo) del comportamiento humano en sociedad.

Las tesis mixto-subjetivas asumen también el papel irrenunciable de los conocimientos especiales como bases del juicio de peligrosidad pero dan un paso más en lo que podría denominarse una mayor “subjetivización” del tipo objetivo al saber centrar la cuestión de la neutralidad como ligada directamente a las modalidades de dolo que concurren en el comportamiento del cómplice. Con otras palabras: el juicio de peligrosidad de la conducta no sólo depende de los conocimientos especiales; también –y de manera definitiva- depende de la intención del sujeto (<<grado de tendencia>>), de suerte que al dolo directo corresponderá una valoración intersubjetiva de peligrosidad más “sensible” que en el caso de dolo eventual en que podrá admitirse, por tanto, un menor ámbito de imputación objetiva que en aquél. El tipo objetivo según las tesis que denominamos mixto-subjetivas depende por tanto en su configuración de una forma más estrecha del tipo subjetivo y es precisamente esta relación la que se convierte en elemento central de la construcción sistemática que pretende dar respuesta al problema de la neutralidad. Las modalidades de dolo determinan los criterios de imputación según dos grupos fundamentales: comportamientos con dolo directo y con dolo eventual o, si se prefiere, con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena y con conocimiento eventual –más o menos

seguro- sobre la posibilidad de que se pueda contribuir a un hecho delictivo ajeno. Ambos grupos encuentran así un tratamiento diferenciado en criterios y resultados.

Las tesis mixto-subjetivas, resumiendo y a modo de hipótesis de trabajo, hacen descansar su peculiaridad sobre un doble eje: la centralidad del dato de los conocimientos especiales (tesis <<mixtas>>) y la función esencial que dentro del tipo objetivo se otorga a las modalidades del dolo del cómplice como clave de comprensión del sentido de la contribución (tesis mixto-<<subjetivas>>). Ambos datos contribuyen a matizar e individualizar el juicio de imputación objetiva en una dirección que en contraste radical con las tesis objetivas “puras” ofrece una simbiosis objetivo-subjetiva que informa la propia concepción del injusto del partícipe. La diferencia con las tesis mixto-objetivas es, sin embargo, más bien de grado pues, como intentaremos demostrar, dan simplemente un paso más en la línea a que apuntan las razones que aconsejaban la asunción de conocimientos especiales en el juicio de adecuación y plasman, eso sí es específico, ese avance en criterios formales de imputación que de forma expresa recogen la referencia a las modalidades de dolo y la convierten en el eje sobre el que articular la respuesta al problema de la neutralidad.

Así planteadas las claves de este grupo de autores conviene, de forma introductoria, detenernos todavía algo más en ambos aspectos (conocimientos especiales-modalidades de dolo).

2. La asunción de los conocimientos especiales como dato relevante en el tipo objetivo admite matices como ya veíamos al hilo del estudio de las tesis mixto-objetivas. Allí diferenciábamos aquellos autores que los integraban sin más como bases del juicio de adecuación de aquellos otros que los elevaban a criterio formal expreso para la resolución de las constelaciones de casos. En las tesis mixto-subjetivas se progresa también en esa misma línea que implica ser conscientes de que el dato del conocimiento especial de resolución delictiva ajena no es un elemento más a tener en cuenta sino un aspecto clave, esencial. Reflejo de ello es el trabajo de WOHLLEBEN que en su tesis doctoral, dirigida por ROXIN³⁴⁷, hace un hincapié

³⁴⁷ La postura defendida por WOHLLEBEN sigue en lo esencial a ROXIN pues entre las reglas propuestas para la resolución de los casos que en la primera parte de su monografía clasifica (WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 7 ss.), diferencia el autor claramente entre los supuestos de dolo directo (*op. cit.*, pp. 159 y 160 –Regla 1-) y dolo eventual (*op. cit.*, pp. 162 y 163 –Regla 14-). Desde este punto de vista es clara su incardinación dentro del grupo de autores que defienden tesis mixto-subjetivas pero, sin embargo, su compleja propuesta de solución contiene peculiaridades y aspectos criticables que por limitaciones de espacio no pueden ser aquí debidamente expuestos. Baste con destacar que WOHLLEBEN defiende como una de sus tesis fundamentales la relevancia típica de los actos neutrales con conocimiento seguro, casi seguro o eventual en determinadas condiciones, sobre la resolución delictiva ajena, a partir de la toma en consideración de los precedentes judiciales en la materia (*op. cit.*, p. 124 ss.). También ocupa un lugar destacado su orientación a una concepción del injusto del partícipe expresamente atenta a una suerte de ponderación de principios normativos con un claro acento utilitarista (ventaja-desventaja) como otra de las bases comunes a su concepción (*op. cit.*, p. 122 ss.). Pero al margen de estas consideraciones y de una definición unitaria de “acto externamente neutral” (*op. cit.*, p. 4) propone luego una solución en la que reconoce la imposibilidad de reconducir el problema a un único criterio general y se abandona a una excesiva casuística con múltiples matices según grupos de casos especiales en la que se acumulan un número excesivo de criterios interpretativos sin que quede clara la prelación y relación entre ellos (*op. cit.*, p. 100 ss.; especialmente p. 127 ss.).

Para un resumen de la postura de WOHLLEBEN véase la recensión de MURMANN, *Recensión*, pp. 406 y 407 y muy especialmente sus atinadas críticas (pp. 407 y 408) sobre el escaso valor de los precedentes judiciales que no están debidamente apoyados por la doctrina científica, la excesiva dispersión de criterios de solución y el riesgo, en definitiva, de decisionismo arbitrario a que pueden abocar sus tesis.

especial en esta cuestión identificando adecuadamente las implicaciones sistemáticas en la concepción objetivo-subjetiva del injusto³⁴⁸.

En la misma línea TAG, otra representante de las tesis mixto-subjetivas, destaca la necesidad de una aproximación mixta objetivo-subjetiva como base irrenunciable para abordar el problema de la neutralidad³⁴⁹ sugiriendo que las contribuciones de aparente complicidad a estudio inciden directamente sobre el quicio alrededor del cual descansan las bases de definición del injusto. La pregunta por la neutralidad parece así convertirse en la prueba de fuego sobre la validez de la definición del injusto y por ello es recurrente estructurar los intentos de respuesta a la cuestión particular previo posicionamiento sobre aspectos generales de mucho mayor calado sistemático como la relación del tipo objetivo y subjetivo y la función y alcance de los conocimientos especiales.

Como iremos viendo uno de los méritos de las tesis mixto-subjetivas es haber captado las implicaciones sistemáticas del problema que nos ocupa y haber sabido centrar adecuadamente el significado peculiar y específico que el problema de los conocimientos especiales tiene respecto del límite mínimo de la participación. Pero ¿por qué resulta tan esencial aclarar la relevancia del conocimiento sobre la resolución delictiva ajena en contribuciones accesorias de complicidad aparente? ¿Por qué es tan relevante para abordar el problema de la neutralidad una clarificación sobre el significado, ubicación sistemática y alcance de dichos conocimientos?

Si por definición nos preguntamos por los límites del tipo de complicidad resulta evidente que hacemos objeto de estudio contribuciones muy alejadas de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal³⁵⁰. Partiendo del fundamento del castigo del cómplice en línea con la denominada “teoría del ataque accesorio al bien jurídico protegido en el tipo”³⁵¹ sigue siendo el injusto del

³⁴⁸ WOHLLEBEN, *Beihilfe*, p. 164, en el contexto de la relación entre comisión activa y omisión hace un reconocimiento expreso de que en su trabajo el conocimiento especial (<<Sonderwissen>>) se eleva a elemento central de la imputación objetiva. Véase, sobre todo, *op. cit.*, p. 106 ss., sobre su concepción de lo “objetivo” en el juicio de imputación.

³⁴⁹ TAG, *Beihilfe*, p. 54. La autora desarrolla una clasificación del panorama doctrinal llegando a una primera conclusión según la cual se decanta por una aproximación mixta objetivo-subjetiva en la línea de ROXIN del que, sin embargo, marca distancias sobre todo respecto de la solución a casos con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena en los que no entiende TAG que además se exija un “sentido delictivo” como criterio adicional (véase, *infra*, apartado 3.4.1. para una exposición y crítica de la tesis de ROXIN, uno de los representantes más cualificados e influyentes de las tesis mixto-subjetivas; también *supra*, apartado 3.1.2. lo señalado al hilo de las tesis subjetivas). El mérito más relevante de la contribución de TAG es, a nuestro juicio, la contextualización del problema de la neutralidad tanto desde la perspectiva ya señalada de la concepción del injusto como desde un punto de vista sociológico en cuanto problema directamente ligado a una sociedad de división del trabajo (TAG, *Beihilfe*, p. 50; véase, también, entre nosotros, las consideraciones coincidentes de GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 403 con relación a las actividades desarrolladas en un contexto de división empresarial del trabajo). Su propuesta de solución, sin embargo, resulta criticable por el recurso a consideraciones a veces muy alejadas del plano normativo que en general propugna (así la referencia a la “complicidad nata” frente a la “complicidad neutra”, *op. cit.*, p. 55, carente de argumentación de apoyo parece moverse más en un plano ontológico de difícil encaje en sus propias bases de solución) y por las dificultades de hacer operativos los criterios excesivamente genéricos y oscuros según los cuales debería diferenciarse entre supuestos de “colisión de esferas” o “cooperación de esferas” siendo en éstos esencial para derivar responsabilidad penal que “de forma reconocible se persiga superar el ámbito de actuación propia” (*op. cit.*, p. 56).

³⁵⁰ MIR PUIG, *Bien jurídico*, p. 159 ss.; SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 267 ss.

³⁵¹ Siguiendo la versión de ROXIN, *Leipziger Kommentar*, Delante del §26, 1 ss.; véase, también, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 151 ss. y 159 ss.

autor el que determina esencialmente el injusto del partícipe³⁵². Pues bien, según la contribución adquiera tintes de mayor neutralidad y alejamiento por ser aparentemente una actuación más de los muchos comportamientos cotidianos en el ámbito laboral, mayor será entonces la dependencia del contexto como elemento normativo que revele el verdadero sentido: en los actos neutrales, máxime si no se han iniciado todavía los actos ejecutivos del hecho principal, sólo resta en muchas ocasiones el dato del conocimiento efectivo que el eventual partícipe pueda tener sobre la resolución delictiva ajena como aspecto de relevancia normativa. Este dato del conocimiento es así la principal y hasta la única “agarradera” que puede contextualizar una contribución “poco significativa” que desde el punto de vista objetivo y sin dicho conocimiento no puede ponerse en relación de accesoriedad con el hecho principal. El conocimiento personal o especial, efectivo, fundado, de resolución delictiva ajena se convierte pues no en “un dato más” a integrar en las bases del juicio de peligrosidad sino en <<el dato>> por excelencia.

Debe volver a insistirse que la toma en consideración del conocimiento especial pretende encontrar en la significación del mismo un referente normativo del sector particular de los comportamientos aparentemente neutros dentro de la lógica justificadora general que dimana del principio de accesoriedad³⁵³ y que por ello puede contemplarse como un equivalente normativo a la exigencia de la accesoriedad cuantitativa de suerte que el propio conocimiento nos dé a veces noticia de una situación objetiva de cooperación equivalente a aquélla en que por la cercanía al hecho principal ya iniciado cabe concluir interpretativamente que estamos ante un ataque accesorio al bien jurídico correspondiente. Las dificultades para poner en relación hecho principal y cooperación, esto es, para poder determinar que se participa en un hecho ajeno, hacen más evidente la necesidad de que la contribución demuestre no sólo una cooperación causal sino, más allá, un desvalor de acción específico que descansa sobre un riesgo de favorecimiento propio e independiente del injusto del autor. Dicho riesgo concebido como elemento autónomo del injusto del partícipe³⁵⁴ precisa de la toma en consideración de esa parte del aspecto cognitivo del dolo del cómplice que son los conocimientos especiales: éstos pueden “colorear” una amorfa prestación genérica e inócua convirtiéndola en una contribución con auténtico sentido delictivo. El conocimiento levanta el velo encubridor de una auténtica cooperación delictiva que pretende pasar desapercibida ocultándose engañosamente bajo la apariencia de un comportamiento cotidiano, neutral. Nos ayuda, en definitiva, a descubrir la parte oculta de la contribución a cuya luz cabe ya despejar las dudas sobre la relación (accesoria) del comportamiento con el hecho delictivo principal que se plasma en la creación de un riesgo (relativamente autónomo) típicamente relevante de favorecimiento.

La misma idea de alejamiento extremo, al límite, de la cooperación respecto del hecho principal late allí donde se concentran los esfuerzos doctrinales por elaborar criterios que exijan una aproximación “concreta” al riesgo que genera el comportamiento aparentemente neutral. El propio OTTO, que junto a ROXIN son los representantes más cualificados de las tesis mixto-

³⁵² Como destaca LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 153 ss., siguiendo a ROXIN, el injusto del autor determina “esencialmente” el injusto del partícipe lo que no significa que lo determine “exclusivamente”. De esta relativa autonomía en que se admite cierta dependencia e independencia respecto de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por parte de autor principal nos interesa ahora destacar la perspectiva de la accesoriedad o dependencia respecto a aquél para poder así visualizar el alejamiento estructural de la contribución del partícipe respecto de la referencia antinormativa principal.

³⁵³ Como subraya el propio ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 22, existe una interrelación argumentativa que liga la discusión de los actos neutros con el fundamento del castigo del partícipe (y la teoría de la imputación objetiva).

³⁵⁴ ROXIN, *Was ist*, p. 509 ss.; también LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 157 y 230 ss.

subjetivas³⁵⁵, aunque critica la versión del profesor de Munich, le reconoce precisamente el mérito de haber logrado con los criterios que propone una aproximación cercana a la situación³⁵⁶, empatando así con las reiteradas llamadas de los defensores de las tesis mixto-subjetivas a precisar el riesgo en contexto³⁵⁷. Con otras palabras: la constatación de que la entidad objetiva de la contribución a estudio es poco significativa obliga a volcar los esfuerzos en perfilar el desvalor de acción integrando adecuadamente todos los datos que al facilitar una aproximación cercana a la situación permitan concretar un riesgo que se presenta normalmente como en la frontera lindante con los riesgos generales de la vida diaria (<<riesgo permitido>>).

Las dificultades para identificar la puesta en relación de la contribución con el hecho principal (“cercanía” como accesoriedad cuantitativa) corren así paralelas a los esfuerzos por concretar el riesgo típico, la peligrosidad relevante y específica de la complicidad como manifestaciones diferentes de una misma cuestión: la de la determinación de los contornos típicos del tipo de complicidad. Y en esa empresa respecto de los grupos de casos “neutrales” el dato clave es el conocimiento especial.

3. Si el conocimiento de resolución delictiva ajena es especialmente significativo para perfilar el injusto del cómplice desde la doble vertiente convergente de aclarar su enlace con el hecho principal (accesoriedad cuantitativa) y ayudar a perfilar el riesgo típico de favorecimiento (desvalor de acción autónomo), parece una consecuencia evidente afirmar que según la clase de conocimiento variará también el sentido de la contribución: si el conocimiento especial sobre la resolución delictiva ajena es seguro –o casi seguro- (dolo directo) resultará más fácil responder afirmativamente al juicio de peligrosidad de la conducta del cómplice mientras que si dicho conocimiento es relativamente inseguro (dolo eventual) la relevancia penal no será tan evidente.

De forma sintética esta es la consecuencia que extraen expresa o tácitamente el conjunto de autores que incardinamos como defensores de las tesis mixto-subjetivas. Por ello contribuciones como las de TAG³⁵⁸, WOHLLEBEN³⁵⁹, AMELUNG³⁶⁰ o AMBOS³⁶¹ se estructuran en su respuesta a las constelaciones de casos neutrales según la modalidad de dolo concurrente en el cooperador no necesario.

Pero, sobre todo, son las contribuciones de ROXIN³⁶² y OTTO³⁶³ las que de forma más clara y penetrante hacen suya la progresión desde los conocimientos especiales hacia las modalidades de dolo como clave de resolución del problema. Especialmente el profesor de

³⁵⁵ Para una exposición de sus tesis y diferencias respectivas véase, a continuación, *infra*, apartados 3.4.1. y 3.4.2.

³⁵⁶ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 442.

³⁵⁷ Especialmente, por todos, AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 27; también WOHLLEBEN, *Beihilfe*, pp. 116 y 117.

³⁵⁸ TAG, *Beihilfe*, *passim*.

³⁵⁹ WOHLLEBEN, *Beihilfe*, *passim*.

³⁶⁰ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, *passim*.

³⁶¹ AMBOS, *Beihilfe*, *passim*.

³⁶² ROXIN, *Bemerkungen*, *passim*; DEL MISMO, *Zum Strafgrund*, *passim*; DEL MISMO, *Leipziger Kommentar*, Delante del §26, 1 ss. y §27; DEL MISMO, *Was ist*, *passim*. FEIJOO, *Límites*, p. 52 ss., en una dura crítica a ROXIN (que luego retomares *infra*, apartado 3.4.2.) detecta una evolución a posiciones más “objetivistas” en los últimos trabajos de ROXIN. En un sentido contrario AMBOS, *Beihilfe*, p. 724 (su pie de página 39) afirma justamente que en sus últimas contribuciones se acentúa aún más el aspecto subjetivo.

³⁶³ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, *passim*; con anterioridad DEL MISMO, *Vorgeleistete Strafreitelung*, *passim*, desde una perspectiva más particular.

Munich tiene el mérito, como en tantas otras cuestiones, de haber seducido con su tesis a la más moderna jurisprudencia suiza y alemana que invoca ya los criterios sugeridos por ROXIN³⁶⁴. Por ello nos vamos a centrar sobre todo en exponer con algún detalle a los dos autores señalados pues, además de lo dicho, representan al margen de la esencial toma en consideración de las modalidades de dolo algunas diferencias y matizaciones que conviene resaltar.

3.4.1. El dolo eventual como <<indicio>> de impunidad de la contribución: la posición de ROXIN

1. ROXIN se enfrenta a los problemas de calificación jurídica de los “actos cotidianos” (<<Alltagshandlungen>>) como sector de actividad en que se ilustra con nitidez que no basta para integrar el tipo de complicidad con una mera elevación causal y dolosa del riesgo: el proveedor de material al fabricante teniendo noticia de que contraviene la normativa penal protectora del medioambiente [*supra* CASOS 12 y 13] realiza, sin duda, una aportación causal al delito y eleva el riesgo de su comisión. Lo mismo cabe decir de quien encarga un servicio aún a sabiendas de que quien realiza y cobra por la prestación defrauda a la Hacienda Pública en sus declaraciones impositivas [*supra* CASOS 8 y 9]³⁶⁵. El diagnóstico del problema sitúa la discusión en los contornos del “riesgo jurídicamente desaprobado” como una cuestión de imputación objetiva de la conducta del partícipe³⁶⁶.

Al claro diagnóstico expuesto y que remite la neutralidad al tipo objetivo da ROXIN una respuesta que puede resultar en un primer momento sorprendente desde un punto de vista sistemático: para afinar en la calificación jurídica de los comportamientos neutrales debe diferenciarse entre contribuciones al delito que se suceden con conocimiento seguro de los planes criminales del autor (dolo directo) y aquéllas en que el sujeto cuenta únicamente con la posibilidad de que se vaya a utilizar su aportación para fines delictivos (dolo eventual). Las primeras tendrán relevancia típica como complicidad al delito en mayor medida que las segundas³⁶⁷. Como se ve a un problema de tipo objetivo (imputación objetiva) se responde según la modalidad de dolo (tipo subjetivo) concurrente en el comportamiento. Esta aparente contradicción desaparece, sin embargo, cuando ROXIN expone en detalle los criterios que deben regir en cada uno de los dos grupos.

2. Por lo que a los supuestos de dolo directo se refiere, ROXIN exige en realidad dos criterios complementarios y acumulativos para que pueda afirmarse que la contribución pierde su carácter neutral. En primer lugar la aportación en cuestión debe presentar un claro “sentido delictivo” (“*deliktischen Sinnbezug*”) lo que para ROXIN significa que la contribución para ser punible debe resultar valiosa para el autor (*principal*) sólo bajo el presupuesto del hecho delictivo planeado³⁶⁸: si lo que aporta el tercero tiene “sentido” para el autor al margen del dato de que vaya a ser utilizada para fines delictivos la prestación será neutra. Con otras palabras: el criterio del sentido delictivo según ROXIN obliga a comparar el sentido de la contribución del tercero en un hecho principal delictivo con el de esa misma contribución en un contexto no delictivo, esto es, ausente de planes delictivos: si la contribución deja de tener sentido para el autor (autor) en

³⁶⁴ Como subraya el propio ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 20; DEL MISMO, *Was ist*, pp. 515 y 516. También se hacen eco de dicha influencia OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 442 (con una dura crítica a dichas posiciones); AMELUNG, *Die Neutralisierung*, pp. 17 y 18; AMBOS, *Beihilfe*, p. 724.

³⁶⁵ ROXIN, *Was ist*, p. 512 ss.

³⁶⁶ ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 22.

³⁶⁷ ROXIN, *Was ist*, p. 513.

³⁶⁸ ROXIN, *Was ist*, p. 513.

caso de que se imaginara a éste sin intenciones criminales entonces la prestación del tercero tiene carácter delictivo.

Ilustra el profesor de Munich el rendimiento como filtro del criterio expuesto al hilo de algunos ejemplos: en el caso de quien provee material a una empresa que atenta contra el medio ambiente o en el supuesto de encargos a quien defrauda al Fisco, afirma ROXIN que la contribución es útil, tiene sentido, para el autor cometa o no delitos ecológicos o contra la Hacienda Pública. Para los autores principales recibir material o encargos a realizar tiene un sentido “legal” al margen de que haya o no planes de delinquir. El criterio del “sentido delictivo” expulsa por tanto estas prestaciones del ámbito de relevancia típica de la complicidad. En el discutido ejemplo del taxista que conociendo las intenciones delictivas del cliente le lleva al lugar del crimen sí que afirma ROXIN, por el contrario, que se trata de un servicio con “sentido delictivo” pues para el cliente deja de tener ninguna utilidad el desplazamiento en taxi si no es para llevar a cabo el delito: acceder al transporte por precio en tal caso equivale a una contribución accesoria de “exclusivo fin delictivo” y, por tanto, punible³⁶⁹.

3. Como vemos la inicial referencia al dolo directo resulta que no es más que una parte de la solución: el conocimiento seguro de resolución delictiva ajena no es suficiente si la prestación no tiene “sentido delictivo” para el autor principal. El criterio “subjetivo” se revela, en realidad, como mixto objetivo-subjetivo alejándose así el riesgo de instituir subrepticamente posiciones de garante genéricas a través del tipo de complicidad que obligarían a responder por el puro conocimiento de resolución delictiva ajena. Por ello no podemos compartir las reticencias que manifiesta TAG cuando al adherirse a la aproximación objetivo-subjetiva de ROXIN le critica precisamente que en supuestos de conocimiento seguro de resolución delictiva ajena se haga depender todavía la relevancia típica de la presencia o ausencia de “sentido delictivo”³⁷⁰. Y es que precisamente tal exigencia contribuye a concretar el juicio objetivo (intersubjetivo) de peligrosidad de la contraprestación aparentemente neutra ofreciendo un primer filtro para discriminar las conductas prohibidas de las permitidas. La referencia a las modalidades de dolo (y conocimiento) es el criterio formal, clasificatorio, que ayuda a definir las constelaciones de casos pero sólo en el entendido de que responde a una configuración de injusto en que la peligrosidad como momento objetivo y el dolo como momento subjetivo codeterminan la materia de prohibición. Se apunta también tácitamente una correlación entre mayor peligrosidad y conocimiento seguro de resolución delictiva ajena: es más fácil confirmar el sentido delictivo si hay dolo directo. Pero ello en ningún caso supone relegar y menos volatilizar la peligrosidad objetiva como núcleo del desvalor de acción que, caso por caso, deberá ser confirmado para avanzar en el análisis secuencial de los elementos del delito.

Por ello resulta, cuando menos arriesgada, la crítica de “puro desvalor de intención” que FEIJOO SANCHEZ arroja contra la posición de ROXIN al asegurar que el conocimiento no puede suplir los requisitos objetivos que hacen que una conducta adquiera un preponderante significado delictivo³⁷¹. Sin duda caben configuraciones de injusto con un mayor o menor acento objetivo³⁷² pero difícilmente puede negarse que en el caso de ROXIN se pretende un equilibrio

³⁶⁹ ROXIN, *Was ist*, p. 513.

³⁷⁰ TAG, *Beihilfe*, p. 54.

³⁷¹ FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 55 y 52 ss. En la misma línea, ya con anterioridad, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 270 ss.

³⁷² Véase, entre nosotros, por ejemplo, la crítica de LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 270 ss. a la posición de ROXIN respecto de los comportamientos neutrales precisamente por la utilización de elementos subjetivos como la certeza o sospecha de plan delictivo ajeno para decidir la correspondencia entre la conducta y el tipo objetivo de complicidad propugnando una concepción más objetivista y estanco

entre el plano objetivo y el subjetivo: el conocimiento no sustituye el juicio de imputación objetiva pero sí que lo moldea y máxime en el caso de los supuestos de aparente neutralidad en que dicho conocimiento resulta clave para poder tener noticia de la realidad subyacente. La función del conocimiento, insistimos una vez más en ello, es ayudar a contextualizar adecuadamente el comportamiento para poder llevar a cabo el juicio de peligrosidad. No se trata de que el dolo determine la tipicidad de forma esencial sino de que una parte de su aspecto cognitivo sirva para perfilar la base sobre la que proyectar la valoración jurídica de la peligrosidad de la contribución como núcleo y momento objetivo (intersubjetivo) del desvalor de acción. Así puede entenderse el planteamiento de ROXIN y por ello cabe conocimiento seguro e impunidad como en los casos en que se provee material o se encargan trabajos.

Subrayar, por tanto, como hace ROXIN que no hay actos neutros en sí mismos sino que es la finalidad la que, en definitiva, otorga sentido a la contribución³⁷³ no debe interpretarse en sentido exclusivista como si bastara el conocimiento o el dolo para determinar la materia de prohibición. Se toma en cuenta la especificidad del sector particular de los actos neutros y se acentúan argumentalmente los puntos que se diagnostican como más relevantes³⁷⁴ para su solución sin perjuicio de la necesaria inclusión del aspecto subjetivo como un presupuesto más, pero no el único, en el esquema de definición mixto objetivo-subjetiva del injusto del partícipe³⁷⁵.

4. Antes de cerrar la exposición y crítica de los criterios que ROXIN propugna para los casos de dolo directo debe atenderse a un aspecto que ha sido sugerido entre nosotros por LOPEZ PEREGRIN y que debe ser objeto de aclaración. Se trata del alcance que debe darse a la referencia al “autor” (principal) dentro del “sentido delictivo” y de hasta qué punto ello supone un desenfoque del criterio que podría invalidarlo. Afirma la autora que el criterio central de la definición del riesgo permitido respecto de comportamientos de la vida cotidiana debe ser la existencia o ausencia de una finalidad autónoma en la aportación pero no como pretende ROXIN desde el punto de vista del autor del delito sino desde el del presunto cómplice³⁷⁶. Ello le sirve a LOPEZ PEREGRIN como antecedente lógico para pronunciarse a favor del criterio de “sentido delictivo” en la línea de JAKOBS.

A nuestro juicio la referencia que ROXIN introduce respecto del “sentido delictivo” para el autor principal no debe ser entendida en un sentido subjetivo-psicológico efectivo como si el juicio de imputación hubiera de depender directamente de la opinión subjetiva del autor en concreto. Se trata más bien de una fórmula normativa paralela a la del juicio de adecuación en que se exige una valoración de la conducta teniendo en cuenta las circunstancias y características (normales) concretas del sujeto pero que luego se generalizan en el juicio siendo aquéllas imaginadas en una persona razonable, <<media>>, que actúa de conformidad con el Derecho. El empresario o prestatario de servicios, el cliente del taxi podrán tener una opinión en

de diferenciación entre el tipo objetivo y subjetivo. La concepción del injusto y en particular de la imputación objetiva le llevará por tanto a LOPEZ PEREGRIN a un planteamiento más en la línea de JAKOBS (tesis objetivas “puras”).

³⁷³ ROXIN, *Was ist*, p. 515; en sentido coincidente también, significativamente, OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 441

³⁷⁴ Probablemente por ello AMBOS, *Beihilfe*, p. 724, cree –contra la que afirma FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 52 ss.- estar ante una evolución hacia un mayor “subjetivismo” en las últimas contribuciones de ROXIN.

³⁷⁵ Para un desarrollo mayor de las diferencias entre la posición de ROXIN y aquellas concepciones que albergan el riesgo de incurrir en modelos de derecho penal de autor y de castigo de la intención (*Gesinnungsstrafrecht*) véase lo dicho *supra*, apartado 3.1.2. donde fue ya objeto de comparación en contraste con las tesis subjetivas.

³⁷⁶ LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 272.

concreto respecto de si les resultaría o no útil la aportación del tercero proveedor o que les encarga un servicio: interesa a efectos del juicio de peligrosidad, sin embargo, una valoración de la utilidad y sentido según la mentalidad racional (parámetro normativo) del empresario, taxista, etcétera, medio. No acabamos de comprender la fuerza argumentativa de LOPEZ PEREGRIN más allá de su disenso radical sobre la configuración del injusto y en particular del juicio de imputación objetiva que le lleva a rechazar la relevancia de la modalidad de dolo como condicionante del riesgo permitido. La referencia de ROXIN al sentido delictivo para el autor principal no excluye –todo lo contrario- la consideración de la conducta del eventual partícipe desde su óptica sino que su dependencia relativa del injusto del autor obliga precisamente a contextualizarla en su funcionalidad para el autor si se quiere captar adecuadamente su sentido: la referencia del criterio del sentido delictivo al autor principal tal y como ROXIN la plantea apunta precisamente en esa dirección.

5. ROXIN separa desde un principio los supuestos de dolo directo y eventual haciendo corresponder a cada constelación de casos criterios de imputación objetiva diferenciados lo que presupone que el juicio de peligrosidad de la conducta del partícipe admite un mayor ámbito de proyección si hay conocimiento seguro frente a la mera previsión –no exclusión- de la posibilidad de utilización delictiva de la contribución accesoria. Probablemente el hecho de que el espectro de conductas que pueden ser objeto de utilización para fines delictivos es amplísimo obliga a endurecer los criterios de relevancia típica en supuestos de dolo eventual para lograr un equilibrio entre los principios de protección de bienes jurídicos y salvaguarda de la máxima cota de libertad de actuación del ciudadano³⁷⁷. Los matices que ROXIN introduce respecto de los casos de conocimiento eventual de resolución delictiva ajena se orientan sin duda en ese sentido.

Si no hay un conocimiento seguro de resolución delictiva ajena sino que únicamente se cuenta con la posibilidad de que se pueda utilizar la contribución para delinquir la regla general que se manejaba en supuestos de dolo directo se invierte: esto es, los comportamientos con conocimiento eventual son impunes, neutrales, bajo el manto del principio de confianza³⁷⁸. ROXIN asegura que en esas circunstancias debe poder confiarse en que no habrá una utilización delictiva de la contribución³⁷⁹. Si el conocimiento seguro parece que invita a constatar el sentido delictivo de la contribución como indicio de complicidad punible, el conocimiento eventual apunta en la concepción de ROXIN en dirección contraria y sólo de forma excepcional se admitirá entonces la responsabilidad del cooperador con conocimiento eventual.

Si al conocimiento seguro correspondía el criterio objetivo del sentido delictivo, al eventual –pero ahora subrayando el carácter excepcional- se señala también otro criterio complementario y acumulativo que abre la puerta para exigir responsabilidad en estos casos: la “reconocible orientación al hecho” delictivo del autor principal³⁸⁰. La presunción de que, aunque *ex ante* no pueda descartarse la posible utilización delictiva de una contribución, ésta no va a ser aprovechada para la comisión dolosa de un delito, admite prueba en contrario si los hechos

³⁷⁷ Un exhaustivo y argumentado planteamiento en estos términos puede consultarse en FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 72 ss.

³⁷⁸ ROXIN, *Was ist*,

³⁷⁹ Crítico, por todos, con la extensión del principio de confianza a delitos dolosos AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 19. Invoca, también, el principio de confianza, en línea con el pensamiento de ROXIN, BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 1000; y DEL MISMO, *Límites*, p. 164. Véase sobre las posibilidades de extensión del principio de confianza más allá del ámbito de los delitos imprudentes FEIJOO SANCHEZ, *El principio*, p. 93 ss.

³⁸⁰ “erkennbare Tatgeneigtheit” ROXIN, *Was ist*, p. 516.

demuestran que no hay base para confiar. Esta idea se sintetiza en la formulación de la “reconocible orientación al hecho” delictivo. Como el propio ROXIN se encarga de poner de manifiesto dicha “reconocible orientación” nos remite a la toma en consideración de concretos indicios objetivos o puntos de referencia que permitan una consideración de la situación en que aumentan las posibilidades de utilización delictiva³⁸¹.

6. Al igual que veíamos en el caso de dolo directo no estamos aquí ante un criterio puramente subjetivo pues el dato del conocimiento eventual precisa del criterio –objetivo-complementario de la “reconocible orientación al hecho” para derivar responsabilidad o, en su ausencia, confirmar la neutralidad. Valga por tanto lo ya dicho en contra de la pretendida asimilación de estos criterios a modelos de derecho penal de la intención. Sin embargo sí que debe llamarse la atención en sentido crítico en otra dirección.

El que los criterios expuestos den como resultado una suerte de presunción o indicio de impunidad en casos de dolo eventual encuentra su reverso en un criterio objetivo que remite a la búsqueda de situaciones fácticas en que no quepa hablar sin más de mera posibilidad de utilización delictiva ajena sino que, en realidad, el comportamiento se verifique *ex ante* en circunstancias en que se elevan “reconociblemente” las posibilidades de que el destinatario de la prestación lleve adelante propósitos criminales. Insistimos en que el criterio de la “reconocible orientación” apunta a una configuración fáctica reconocible intersubjetivamente en que –y ahí se produce nuestro matiz crítico- el conocimiento está a punto de dejar de ser eventual para aproximarse más bien a supuestos de dolo directo. Si es reconocible que el sujeto se orienta a la comisión de un determinado delito la frontera con comportamientos en que se conoce con (casi total) seguridad que el autor principal va a delinquir o ya lo está haciendo³⁸² se convierte en fluida. Podría afirmarse, entonces, que ROXIN no es que admita el castigo en supuesto de dolo eventual sino que llama la atención sobre la existencia de comportamientos en que, aunque aparentemente puede haber conocimiento posible de resolución delictiva ajena, un análisis más detenido revela que las circunstancias de “reconocible orientación al hecho” convierten la mera posibilidad en alta probabilidad de comisión delictiva lo que justifica entonces una equivalente valoración jurídica con los supuestos de dolo directo.

El criterio de ROXIN permite así seleccionar de entre el amplio abanico de supuestos de dolo eventual sólo aquéllos que se encuentran en la frontera lindante del dolo directo y que, por ello, presentan una configuración objetiva de mayor peligrosidad. Desde este punto de vista la aparente diferencia radical con la postura de OTTO que propugna, como ahora veremos, que en caso de conocimiento eventual directa y llanamente –sin excepciones- se excluya la responsabilidad, se relativiza aunque no se disuelva del todo.

³⁸¹ Para ello no basta con una mera sospecha de la apariencia del cliente que se acerca a la ferretería a comprar un destornillador; pero sí en el supuesto de que se venda armas a quienes se sabe que están participando en una pelea que tiene lugar delante del comercio precisamente en su ámbito de visión [*supra* CASOS 15 y ss.]. ROXIN, *Was ist*, p. 516.

³⁸² Nótese que en el ejemplo que ROXIN pone para ilustrar el caso en que habrá dolo eventual y reconocible orientación al hecho y, por tanto, responsabilidad del vendedor como cómplice (veáse la nota anterior) en realidad en la medida en que el ferretero pueda contemplar la pelea puede afirmarse que el hecho delictivo –eventuales lesiones- está ya iniciado y en fase de ejecución.

3.4.2. Exclusión de responsabilidad en casos de dolo eventual: la posición de OTTO

1. Una de las diferencias más notables entre la postura de OTTO y la de ROXIN reside en el papel central que el primero otorga a la normativa sectorial³⁸³ con valor de presunción *iuris et de iure* respecto de la falta de relevancia penal de comportamientos que se ajusten a aquella siempre que concurra como requisito adicional dolo eventual. Junto a la idea central de la reglamentación del ámbito laboral el otro parámetro determinante de su concepción gira, por tanto, en torno a la presencia de conocimiento positivo de uso delictivo de la contribución frente al mero reconocimiento del peligro de su utilización³⁸⁴.

La combinación de ambas reflexiones va a dar unos resultados más restrictivos que la posición de ROXIN pero antes de entrar en detalles debe recordarse que, en esencia, el planteamiento es el mismo en el sentido de separar como radicalmente diferentes los supuestos de conocimiento seguro –equiparados a dolo directo– de los de conocimiento del peligro de resolución delictiva ajena –dolo eventual–. Como OTTO subraya, en la misma línea de ROXIN, no cabe determinar el sentido del comportamiento sin saber qué conocía y quería el sujeto lo que de hecho le lleva a una solución al problema de la neutralidad que separa desde un principio ambos grupos de casos³⁸⁵. Frente a esta coincidencia fundamental las diferencias son más de índole secundaria aunque notables sobre todo por lo que respecta al tratamiento de los supuestos de conocimiento eventual.

2. OTTO imprime un planteamiento al análisis de los comportamientos neutrales eminentemente garantista cuando subraya que la perspectiva de abordaje del problema debe atender antes que nada al riesgo de quien puede verse involucrado en responsabilidades penales por la actuación de la otra parte negocial en el ámbito laboral. Al margen de que el desarrollo de una actividad profesional pueda ser utilizada como tapadera delictiva, es ese grupo de casos en que una actuación ajena puede llegar a contaminar el comportamiento laboral propio el que realmente centra su atención³⁸⁶. Por ello diferencia claramente las actuaciones de la esfera privada de las que se desarrollan en el sector laboral a la búsqueda de una definición del riesgo típicamente relevante que permita en mayor medida la salvaguarda del interés preferente de poder ejercitar libremente el derecho al trabajo y la profesión.

Es muy consciente el profesor de Bayreuth de la posible crítica de privilegiar los sectores de actuación laboral al sustraerlos en mayor medida de la intervención penal³⁸⁷ como si la llegada del *ius puniendi* al ámbito económico fuera sospechosamente rechazada con aparentes razones dogmáticas que en realidad respondieran a razones ideológicas inconfesables. Pero esa deriva es tajantemente corregida con una argumentación contundente que implica directamente

³⁸³ OTTO, *Strafbarkeitsrisiko*, pp. 443 y 444. Véase, sin embargo, crítico con el valor de la normativa sectorial TAG, *Beihilfe*, p. 52.

³⁸⁴ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 442.

³⁸⁵ Para un planteamiento que aúna de forma armoniosa las tesis de ROXIN y OTTO a partir de una articulación de lo objetivo y subjetivo que se entiende básicamente coincidente en ambos autores puede consultarse la contribución de AMBOS, *Beihilfe*, pp. 724 y 725.

³⁸⁶ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 441.

³⁸⁷ Crítica puesta reiteradamente de manifiesto por la doctrina, incluso por aquellos que invocan la presunción de irrelevancia penal de actuaciones conformes a la normativa sectorial como, por ejemplo, significativamente, HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 44.

consideraciones normativas de salvaguarda de derechos fundamentales del ciudadano y reparto de riesgos entre este último y el legislador.

Así la consideración del valor de la normativa sectorial se liga con la acción o inacción de la actividad legislativa en cada sector laboral en atención a las conductas que pueden albergar riesgo de utilización para fines delictivos. Aclara OTTO su posición precisamente en el sector de la actividad bancaria al hilo de una reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal en que resultan condenados como cooperadores en delitos fiscales empleados de banca que facilitaron transferencias anónimas de dinero a los autores de la posterior defraudación impositiva. Si el legislador no ha tomado cartas en el asunto prohibiendo las transferencias anónimas no puede luego imputar la responsabilidad al empleado que realiza su trabajo al amparo de la normativa sectorial porque los clientes se sirvan de esa operación para delinquir. La solución ha de venir de la mano, no de criminalizar al empleado de banca, sino de una prohibición o reglamentación de los negocios que entrañen riesgo de uso delictivo³⁸⁸.

3. El valor de la normativa sectorial en la posición de OTTO debe ponerse en relación necesariamente con el tipo de conocimiento del sujeto cuya actuación laboral es objeto de análisis. Ya que los efectos legitimadores del comportamiento conforme a dicha normativa sólo se despliegan si hay meramente dolo eventual, esto es, reconocimiento del peligro de uso delictivo de la contribución pero no en caso de que concurra un conocimiento positivo, seguro, que es el dato que, en definitiva, “traza la frontera”³⁸⁹. El valor de la normativa sectorial debe, por tanto, relativizarse, pues el cumplimiento formal, aparente, de normativa extrapenal carece de fuerza en presencia de un conocimiento seguro que, una vez más, parece operar un cambio de contexto que hace mutar necesariamente el sentido de la contribución que indefectiblemente queda contaminada por el delito principal. Nuevamente debería rechazarse que el conocimiento fuera el que determinara el sentido delictivo en solitario y todo parece indicar que, en realidad, las referencias al dolo directo presuponen una conducta objetiva previa cuyo carácter delictivo no puede negarse ante la evidencia de que sería con seguridad “conectado” a un hecho principal. El dolo directo es entonces un indicio seguro o un reflejo subjetivo de que la contribución objetivamente es una aportación accesoria a un hecho principal.

La diferencia con ROXIN, según lo expuesto, se manifiesta entonces de una manera más nítida en los casos de dolo eventual en los que OTTO no acepta el criterio adicional y excepcional de la “reconocible orientación al hecho”³⁹⁰ y lo sustituye por las consideraciones relativas a la existencia y adecuación a la normativa sectorial. En este sentido no podemos coincidir con AMBOS cuando asegura, en un plano más general, que el verdadero disenso doctrinal frente al problema de los denominados actos neutros debe situarse en los casos de dolo directo mientras que apunta una posición básicamente común en resultados en los casos de dolo eventual³⁹¹. Y es que si comparamos las posiciones de OTTO y ROXIN el primero se

³⁸⁸ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, pp. 443. Supuesto que, por cierto, es utilizado por OTTO para criticar la escasa capacidad de rendimiento del criterio de ROXIN (“reconocible orientación al hecho”) para diferenciar adecuadamente supuestos relevantes e irrelevantes penalmente ya que el *BGH* recoge las tesis del profesor de Munich en la sentencia objeto de pormenorizado análisis.

³⁸⁹ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 444

³⁹⁰ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, pp. 442 y 443.

³⁹¹ AMBOS, *Beihilfe*, p. 725. Se refiere el autor a las diferencias entre lo que nosotros hemos venido a denominar tesis objetivas y tesis mixtas. Hemos de convenir en que, en efecto, las tesis objetivas mantienen, como ya exponíamos *supra*, apartado 3.2., una posición más restrictiva que les lleva a expulsar del ámbito típico un mayor elenco de comportamientos neutros. Pero las diferencias no se ciñen únicamente a los supuestos de dolo directo. También en supuestos de dolo eventual hay diferencias importantes entre los autores incluso de la misma tendencia pues hay sectores, por ejemplo,

muestra tan categórico que viene a expulsar del ámbito típico los supuestos de dolo eventual frente al carácter únicamente de indicio de irrelevancia penal que se deriva de las tesis de ROXIN. Este último mantiene una postura más flexible que permitiría castigar algunos casos límite de dolo eventual.

4. El disenso doctrinal y en resultados que hacen patente las posturas de OTTO y ROXIN puede en cierto modo relativizarse a la búsqueda de una cierta convergencia. Que ROXIN proponga criterios de imputación para los casos de dolo eventual no quiere decir que apueste por la criminalización indiscriminada de esa clase de comportamientos. Precisamente del análisis del criterio de la “reconocible orientación al hecho”³⁹² llegábamos a la constatación, en primer lugar, de que la relevancia penal se plantea, a diferencia de los supuestos de dolo directo, con un carácter excepcional (excepción al principio de confianza); y, en segundo lugar, que los casos de dolo eventual en que el castigo se acepta equivalen más bien a supuestos muy cercanos al conocimiento seguro. El ámbito punible que se reconoce a comportamientos aparentemente neutrales con conocimiento eventual de posible utilización delictiva es por tanto notablemente reducido.

Así las cosas parece menos acertado el planteamiento de OTTO, no tanto por la argumentación subyacente, sino por la inflexibilidad con la que trata todos los supuestos de dolo eventual desconociendo que en los fenómenos jurídicos se hace siempre difícil separar grupos de casos de una manera tajante. El dolo eventual, el conocimiento de posible uso delictivo de una contribución, puede alcanzar perfiles de mayor o menor probabilidad y por ello parece más adecuado proveerse de instrumentos dogmáticos más flexibles. Sin duda es loable la actitud garantista que preside su concepción y la exigencia de responsabilidad al legislador a quien debe imputarse en primera instancia la responsabilidad si decide no intervenir a pesar de ser consciente de los riesgos de uso delictivo de determinados comportamientos. Pero tales planteamientos pueden igualmente mantenerse otorgando un carácter de indicio de irrelevancia penal a los comportamientos que se adecuen a la normativa sectorial³⁹³.

Aceptar como más razonable la actitud fundamental de ROXIN que propugna excepcionalmente la responsabilidad del cómplice en algunos casos de dolo eventual no supone, sin embargo, asumir todos sus planteamientos. De las dos actitudes fundamentales, representadas por OTTO y ROXIN que, partiendo de la diferencia estructural también en criterios de imputación entre conocimiento seguro y eventual, se debaten entre la relevancia residual de casos de dolo eventual y su total irrelevancia, preferimos la primera. Ahora bien, al logro evidente de saber configurar la respuesta dogmática a la neutralidad según la modalidad de dolo deberían añadirse, en el caso de ROXIN, alguna referencia a la normativa sectorial y al criterio de la “cercanía” y situación en que la contribución presuntamente accesoria se lleva a cabo (fase ejecutiva-preparatoria del hecho principal). Es esta última sobre todo una idea fundamental que ha tenido diversa presencia en las tesis objetivas puras y mixtas (mixto-objetivas) y que, a nuestro entender, debe también integrarse en la solución del problema.

de las tesis mixtas (mixto-objetivas) que, sin más, asimilan el tratamiento del dolo eventual a casos de dolo directo y, por otra parte, incluso quienes diferencian entre supuestos de dolo a la hora de perfilar los criterios de imputación (tesis mixto-subjetivas) hay actitudes claramente diferenciadas en el caso del dolo eventual como las posiciones de ROXIN y OTTO revelan.

³⁹² Véase, *supra*, apartado 3.4.1.

³⁹³ Esta es la actitud flexible que, por cierto, se detecta en algunos defensores del papel orientador fundamental que debe desplegar el cumplimiento o incumplimiento de la normativa extrapenal. Así, por todos, HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, p. 81 ss.; FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 78; BLANCO CORDERO, *Delito de defraudación*, p. 994 ss.; DEL MISMO, *Límites*, p. 157 ss.

Antes de articular definitivamente nuestra propuesta, sin embargo, conviene dedicar un apartado a la relación entre conocimiento y dolo en un nivel más general que lo que ha sido su exposición hasta el momento al hilo de las posiciones de los autores por cuanto es la idea central de las tesis mixto-subjetivas. Posteriormente, como último apartado de este grupo de teorías, seguirá una breve valoración general sobre los resultados que tienden a obtenerse de las posiciones dogmáticas defendidas por las tesis mixto-subjetivas.

3.4.3. Conocimiento, dolo y neutralidad: ulteriores precisiones

1. Una de las objeciones de mayor calado que se opone a una configuración de los criterios de imputación objetiva que más allá de los conocimientos especiales tome en consideración también las modalidades de dolo es, sin duda, la de un pretendido acercamiento a modelos de derecho penal de la actitud interna. Nuestra hipótesis, apoyada en un sector significativo de la doctrina, niega tajantemente esa crítica: siguiendo a MIR PUIG es posible defender el carácter “objetivo” de la imputación aunque ésta se condicione a datos subjetivos tales como los conocimientos especiales o la concurrencia de imprudencia o dolo o, dentro de éste, según modalidad directa o eventual³⁹⁴. Si el conocimiento es un dato relevante para el contexto significativo del comportamiento que nos ayuda a captar su verdadero sentido intersubjetivo, la modalidad de conocimiento viene a enriquecer aún más dicho contexto al darnos de forma aún más precisa información que nos ayude a valorar de forma más adecuada la actuación de un sujeto que aparentemente se mueve según su rol profesional. No se trata de que definamos la “realidad” según la intención, sino de que parte del contenido del dolo ayuda a descubrir la realidad subyacente a un comportamiento que fuera de contexto y al margen del conocimiento del sujeto resultaría simplemente insignificante, inócuo, incomprensible a efectos de valoración jurídico-penal.

2. Defensores de las tesis mixto-subjetivas como AMELUNG hacen frente a las críticas de *Gesinnungsstrafrecht* en una línea argumental que empata con lo que se acaba de indicar: esto es, que defiende la codeterminación mixta del injusto rechazando que acudir a limitaciones desde el tipo subjetivo, especialmente en el nivel del dolo eventual, suponga un abandonarse a la intención como criterio rector esencial de la materia de prohibición³⁹⁵. Apunta de forma

³⁹⁴ MIR PUIG, *Derecho*, p. 234.

³⁹⁵ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, pp. 25 y 22 ss. Defiende AMELUNG que el problema de la neutralidad debe enfocarse a partir de una definición del tipo de complicidad que exija una elevación jurídicamente desaprobada del riesgo de resultado del hecho principal que se ha de materializar en la concreta lesión del bien jurídico (*op. cit.*, pp. 20 y 21). Teniendo muy presente que la definición general expuesta es muy dependiente del contexto del comportamiento y que se compadece mal con soluciones generales que pretendan recurrir a una supuesta nueva categoría de comportamientos “neutrales”, va desplegando su solución ubicando diversos grupos de casos en el tipo objetivo, el tipo subjetivo y, por último en sede de justificación. El núcleo principal de supuestos se ubica, sin embargo, en el tipo subjetivo en donde, y en un planteamiento muy próximo a ROXIN, defiende la posibilidad teórica de que comportamientos con dolo eventual sean punibles (negando, por tanto, la posición más extrema representada por OTTO, *supra*, apartado 3.4.2. y que apuesta por la irrelevancia penal siempre que haya dolo eventual en ámbitos de actuación profesional). AMELUNG establece, en línea con las tesis mixto-subjetivas, la frontera en torno a los supuestos de conocimiento positivo de favorecimiento delictivo en donde no cabe ya dar preferencia al interés de venta (de ejercicio de la profesión) frente al riesgo de utilización delictiva de la contribución: si se sabe que se favorece un delito la complicidad es punible como, por ejemplo, defiende que ocurre en el famoso caso de la jurisprudencia suiza de la carne de antílope (*op. cit.*, p. 23 y *supra*, CASO 14). En casos de dolo directo, por tanto, no hay riesgo de que el tipo de complicidad extienda su prohibición al conjunto de la actividad mercantil mientras que en supuestos de dolo eventual apunta una suerte de

sugere el profesor alemán un paralelismo con las limitaciones en el tipo subjetivo que se pueden encontrar en diversas modalidades delictivas de la Parte especial que materialmente equivalen a supuestos de complicidad³⁹⁶.

Trayendo esta reflexión al Código Penal español de 1995 podría ilustrarse la idea en el contexto típico del denominado “delito de provocación” (artículo 510 CP)³⁹⁷ en el que se castigan las conductas de provocación a la discriminación, violencia u odio contra grupos o asociaciones por <<motivos>>³⁹⁸ racistas, antisemitas, etcétera. Sin duda el hecho de que la correspondiente conducta tenga relevancia típica a partir de la concurrencia de una determinada motivación nos introduce en la cuestión de hasta qué punto no existe el peligro de que se lleve a cabo una incriminación de la actitud interna. Se corre el riesgo de abandonar el derecho penal del hecho y adentrarnos en el castigo de la opinión, del pensamiento –por ejemplo, el racista– independientemente del comportamiento que la persona lleve efectivamente a cabo³⁹⁹. Por ello, de manera necesariamente breve, al margen de otras posibles soluciones de *lege ferenda*⁴⁰⁰, debería imponerse una interpretación que forzando al máximo la letra de la ley sirva para exigir que las conductas típicas para serlo reflejen una exteriorización de la conducta en clave objetivamente (intersubjetivamente) racista. No debería importar tanto si la motivación psicológica en concreto del autor encuentra su base principal en el odio a la <<raza>>⁴⁰¹ sino que el elemento aparentemente subjetivo debe servir para seleccionar dentro del amplio espectro de conductas “provocadoras” aquéllas que en términos sociales se presentan como inequívocamente “racistas” en la medida en que resultan, para la persona razonable desde una perspectiva *ex ante*, idóneas para conmover la seguridad de los miembros de un determinado colectivo.

Los elementos “subjetivos”, dejando a un lado el delito de provocación del artículo 510 CP, ayudan a una determinación intersubjetiva de la realidad social que enlaza directamente con el carácter dual de los fenómenos sociales cuya comprensión resulta imposible –salvo a efectos analíticos– sin una aproximación global mixta objetivo-subjetiva⁴⁰². Esta idea, que en realidad responde a un principio superior según el cual el injusto en su definición debe atender a la

presunción de que el riesgo de utilización delictiva de la contribución es “permitido” (*op. cit.*, p. 24). Esa presunción decae, no obstante, si hay indicios concretos que permiten concretar el riesgo general de la actividad mercantil (*op. cit.*, pp. 25-27).

La solución de AMELUNG, acertadamente, combina como criterios generales de solución la distinción según el comportamiento se lleve a cabo con conocimiento seguro o no (dolo directo o eventual), pero, en la línea de ROXIN, dejando abierta la posibilidad de castigo con dolo eventual según el caso permita una concreción del riesgo suficiente (peligrosidad concreta). Su diagnóstico no puede sino compartirse aunque deba precisarse algo más en criterios de delimitación de ese nivel de peligrosidad que ha de estimarse relevante (*infra*, apartado 4).

³⁹⁶ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 25.

³⁹⁷ Véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 215 ss.

³⁹⁸ Sobre las dificultades, en un nivel más general, de delimitación de los móviles véase DIEZ RIPOLLES, *La atenuante*, pp. 98 ss, 137 y 138.

³⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 234 ss.

⁴⁰⁰ LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 362 ss.; especialmente pp. 370 y 371.

⁴⁰¹ Sobre la inconveniencia del vocablo <<raza>> y sus indeseables implicaciones véase LANDA GOROSTIZA, *La intervención*, p. 39 ss. Véase, también, DEL MISMO, *Discriminación*, pp. 340 y 341.

⁴⁰² TORIO LOPEZ, *Fin de protección*, p. 388: “La valoración jurídica no puede recaer sobre elementos parciales sino sobre la materia de prohibición, es decir, sobre el tipo como totalidad”.

realidad mixta del comportamiento humano como unidad interno-externa⁴⁰³, es la que igualmente subyace a la opción por una diferenciación en el grado de tendencia.

3. Al margen de argumentos sistemáticos referidos a otros preceptos de la Parte especial o de carácter histórico⁴⁰⁴, la cuestión que nos ocupa, como hemos venido insistiendo⁴⁰⁵, tiene una dependencia directa con la polémica cuestión del denominado <<grado de tendencia>> o de peligrosidad y si éste debe depender de la intención aceptándose, en su caso, una configuración diferenciada o, por el contrario, común, del tipo objetivo según se actúe con dolo o con imprudencia. Las tesis mixto-subjetivas, en la medida en que trazan la línea divisoria esencial en los criterios de imputación objetiva según la modalidad de dolo, parece que implícitamente admiten que, efectivamente, la intención –incluso la modalidad de dolo– condiciona el juicio de peligrosidad. Este punto nuclear y determinante de la estructura y orientación de esta trabajo exige por ello una ulterior aclaración y toma de postura.

3.1. En el ámbito de la complicidad LOPEZ PEREGRIN⁴⁰⁶ ha hecho suyos de forma expresa los pronunciamientos que respecto de la autoría abogan por un <<grado de tendencia>>⁴⁰⁷ igual tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes al trasladar los planteamientos básicos de MARTINEZ ESCAMILLA⁴⁰⁸. Sigue siendo útil a este respecto ilustrar la cuestión con el recurso al tradicional caso <<Thyren>> en que se discute si ha de variar el grado de peligrosidad relevante según A, completamente inexperto en el manejo de las armas, dispare contra B con dolo o imprudencia. El disparo se efectúa desde tal distancia que incluso a un tirador excelente le sería difícilísimo acertar; no obstante, la bala de A alcanza a B, matándole⁴⁰⁹.

⁴⁰³ MIR PUIG, *Derecho*, p. 142: “(...) el **desvalor de la conducta**, presupuesto del desvalor de resultado, **no depende sólo de la parte objetivo-externa del hecho**. Ello se debe a la imposibilidad de una separación tajante entre la parte externa y la parte interna del hecho a la hora de captar su sentido social y jurídico. *La conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva, o mejor, interno-externa*”. (cursiva y realizado en negrilla del autor).

⁴⁰⁴ Que enlaza con intentos de la literatura que se remontan a los inicios del siglo pasado con relación a lo que podría denominarse, siguiendo a TAG, *Beihilfe*, p. 51, la teoría de la impunidad del dolo eventual que apuntaría al castigo sólo cuando se preveía como inevitable o directamente se perseguía el favorecimiento. Véase, detenidamente, BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 27 ss., quien tras hacer un resumen de este segmento de la literatura acertadamente destaca, con remisión a la obra de FRISCH, que el hacer depender la relevancia típica de la intención sólo resulta aceptable si ésta es indicador de peligrosidad (*op. cit.*, p. 30). Véase, en esta línea, lo que sigue en el texto.

⁴⁰⁵ Véase, especialmente, *supra*, apartado 3.3.3.

⁴⁰⁶ LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 245 ss.; especialmente pp. 248 y 249 (su pie de página 38).

⁴⁰⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos*, p. 42 ss.; MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 95 ss. Nos vamos a referir al <<grado cuantitativo de peligro>>, esto es, al grado de peligro dentro de un modelo de enjuiciamiento concreto. ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 398. Véase, también, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo*, pp. 192 y 193, respecto del carácter cuantitativamente modulable del juicio de peligro como juicio probabilístico. Por lo que al <<grado cualitativo de peligro>> respecta nos adherimos a la tendencia mayoritaria de la doctrina al optar por un enjuiciamiento *ex ante* (véase, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 380 ss. para un resumen reciente del estado y evolución de la doctrina en este sentido).

⁴⁰⁸ MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 114: “*La previsibilidad objetiva en el sentido ya establecido es un requisito, tanto del injusto imprudente como del doloso, siendo la configuración de dicho requisito la misma para ambas figuras delictivas*” (cursiva en el original). También se adhiere a este planteamiento, recientemente, desde la perspectiva del estudio de la tentativa inidónea, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 398 ss.

⁴⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos*, p. 43.

Quienes defienden que debe darse un grado cuantitativo igual a la hora de establecer la frontera de peligro relevante⁴¹⁰ tienden a considerar que en el ejemplo aludido la conducta debe ser calificada de atípica tanto si se actúa con dolo como con imprudencia, pues aunque el sujeto deseara fervientemente la muerte (dolo directo de primer grado) su intención no cambia el hecho de que el peligro fuera insuficiente como base mínima para apoyar el desvalor de acción. La controversia no parece afectar tanto a la calificación jurídica del ejemplo si el disparo es consecuencia de una imprudencia del sujeto, ya que defensores y detractores de la igualdad del grado de tendencia proclaman su irrelevancia penal sin grandes discusiones⁴¹¹. La polémica se desata entonces, al parecer, ante el eventual escándalo de tener que resignarse a declarar impune a quien valiéndose de un riesgo residual, mínimo, logra según sus deseos matar⁴¹².

3.2. Mayoritariamente⁴¹³ se tiende, por el contrario, a aceptar un grado de peligrosidad menor en supuestos de dolo lo que llevaría a castigar al tirador inexperto que desde una gran distancia y con escasas probabilidades de éxito decide probar fortuna y tira a matar. Sin embargo, la misma conducta, pero concurriendo imprudencia, quedaría en la zona libre. El mismo grado de peligro es objeto al parecer de distinta valoración según el tipo subjetivo, reconociéndose un mayor ámbito a la prohibición penal de conductas dolosas al incluir en su radio típico comportamientos cuyo bajo nivel de peligro no llegaría a superar el umbral de relevancia del delito imprudente. La frontera mínima de peligro relevante se trazaría, según lo dicho, de forma diferente en los delitos dolosos y en los imprudentes: el grado de tendencia típicamente relevante sería entonces menor si concurre dolo.

⁴¹⁰ Básicamente MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 144 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo*, pp. 120 y 121; LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 248 y 249. Recientemente, con un buen resumen del estado de la cuestión, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 398 ss.

⁴¹¹ Así, entre los defensores de la posición probablemente mayoritaria, por todos, expresamente respecto del caso <<Thyren>> MIR PUIG, *Derecho*, p. 233. También TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, pp. 39 y 40; CORCOY BIDASOLO, *El delito*, p. 339 ss.; y SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 388.

⁴¹² No consideramos la cuestión desde el punto de vista de la eventual tentativa punible. En caso de que, deseando matar, la inidoneidad de los medios (gran distancia, tirador inexperto...) determinaran el fracaso y llevaran a errar el tiro, véase, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 412 ss., quien defiende su postura de no diferenciar el grado de tendencia en los delitos dolosos e imprudentes también con consideraciones respecto del caso <<Thyren>> en el ámbito de la tentativa.

⁴¹³ Por todos, véase, MIR PUIG, *Función*, p. 76; DEL MISMO, *Derecho*, p. 233; TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, pp. 39 y 40; CORCOY BIDASOLO, *El delito*, p. 339 ss.; y SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 388. Respecto de este último autor, véase, sin embargo, SILVA SANCHEZ, *La regulación*, p. 138, cuando afirma "(...) la necesidad de realizar, también en el delito doloso consumado, un juicio sobre la desaprobación jurídica del riesgo (desde un punto de vista *ex ante*) y sobre su efectiva realización en el resultado producido, de modo separado del juicio de imputación subjetiva. Quiere ello significar que el tipo objetivo del delito doloso y el del imprudente deben considerarse estructuralmente coincidentes." Ello le lleva a ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 404 a asegurar un cambio de postura. Sin embargo el propio SILVA SANCHEZ, *La regulación*, p. 138, añade "Ciertamente, ello no tiene que conducir a desconocer que existen elementos que, pese a ser tenidos normalmente en cuenta sólo a efectos de imputación subjetiva, poseen, por el significado transcategorial de la mayor parte de las connotaciones de la acción humana, también trascendencia en el plano objetivo. Por ejemplo, la existencia de una conducción final no es sólo un elemento de la imputación subjetiva, sino que también debe ser tenido en cuenta en la configuración del riesgo objetivamente relevante". Estas matizaciones relativizan, según alcanzo a comprender, ese pretendido cambio de postura radical y dejan abierta la puerta a una configuración del juicio de peligrosidad si concurre dolo, estructuralmente idéntico al del tipo imprudente, pero con peculiaridades que pueden justificar quizás un diferente grado de tendencia en la valoración de los casos límite.

3.3. Las críticas a la diferenciación del grado de tendencia según el tipo subjetivo en los términos planteados provienen de diversos frentes.

3.3.1. Tal y como MARTINEZ ESCAMILLA destaca, debe en primer lugar atenderse a la postura de algunos autores próximos al finalismo que, aunque desde el prisma del rechazo más o menos radical a aceptar la moderna teoría de la imputación objetiva en los delitos dolosos, también han intercedido en la polémica⁴¹⁴. Particularmente interesante entre nosotros resulta ser la posición mantenida por el profesor CEREZO MIR, quien, por otra parte, de forma reciente, ha dado un giro en sus posiciones⁴¹⁵ que le ha llevado a cambiar su calificación jurídica respecto del caso <<Thyren>>⁴¹⁶. Precisamente MARTINEZ ESCAMILLA criticaba las posiciones anteriores de CEREZO MIR cuando negaba que la previsibilidad objetiva pudiera ser considerada un requisito del injusto doloso y remitía a la relación de causalidad y, sobre todo, al dolo, la función de determinar la relevancia típica de las contribuciones. Ello le llevaba a CEREZO a concluir en el caso del disparo doloso a distancia por parte de un inexperto que, pese a las escasas posibilidades de éxito, debía ser calificado como homicidio, proclamando la necesidad del castigo en el caso <<Thyren>>⁴¹⁷.

El planteamiento de CEREZO MIR entraña una crítica fundamental contra la teoría de la imputación objetiva como filtro excesivamente estricto que al parecer encuentra una prueba evidente en que lleva a la impunidad en el caso <<Thyren>>⁴¹⁸. Desde nuestra perspectiva, sin embargo, una tal afirmación debe relativizarse pues, como veíamos, un sector mayoritario de la doctrina, si bien acoge los presupuestos fundamentales de la teoría de la imputación objetiva, no excluye el castigo en el controvertido ejemplo del tirador inexperto que actúa con dolo. La cuestión pues, al margen de consideraciones formales, es la definición material de los filtros en la configuración del injusto por lo que queda abierta y sin prejuzgar la solución al caso <<Thyren>> hasta que no se precise sobre qué presupuestos se plantean los criterios de imputación objetiva⁴¹⁹.

3.3.2. La nueva posición de CEREZO MIR se sitúa, paradójicamente, en un mismo plano en cuanto al resultado si la comparamos con la corriente doctrinal que desde presupuestos dogmáticos posfinalistas apuesta por un tipo objetivo estructuralmente idéntico. A nuestro juicio esto confirma, recurriendo una vez más a la imagen del péndulo, que los extremos se tocan y que CEREZO MIR ha pasado de un extremo a otro en la calificación del denominado caso <<Thyren>>. Me explico.

⁴¹⁴ MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 107 ss.

⁴¹⁵ CEREZO MIR, *Curso*, p. 105, en el sentido de aceptar ahora –al menos de *lege lata*– el criterio de imputación objetiva para los delitos dolosos.

⁴¹⁶ Cambio que se va desde subrayar la necesidad de su castigo a, en la actualidad, resignarse de *lege lata* a su impunidad fruto de la necesaria asunción del criterio de imputación objetiva. CEREZO MIR, *Curso*, pp. 104 y 105.

⁴¹⁷ MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 109.

⁴¹⁸ CEREZO MIR, *Curso*, p. 104.

⁴¹⁹ No nos parece, por ello, indiscutible que por el hecho de que CEREZO MIR, *Curso*, p. 105, asuma ahora la teoría de la imputación objetiva deba concluirse el castigo en el caso <<Thyren>>. Ello es consecuencia de la concreta concepción del juicio de peligrosidad en que, no conformándose con una “peligrosidad mínima”, excluye de relevancia típica supuestos como el que venimos considerando empatando así con aquella corriente de autores que desde los presupuestos de una dogmática postfinalista llegan al mismo resultado al negar que deba haber un diferente grado de tendencia en el tipo objetivo según concurre dolo o imprudencia.

El finalismo en sus diversas versiones hace descansar la definición del injusto fundamentalmente en la resolución de la voluntad dirigida al hecho: el dolo. La acertada preponderancia del desvalor de acción frente al de resultado encuentra, sin embargo, una objeción fundamental, siguiendo a TORIO LOPEZ, en el oscurecimiento del momento objetivo-final a favor de un excesivo acento de lo subjetivo-final en la configuración del injusto⁴²⁰. Desde la perspectiva de un derecho penal preventivo y orientado a la exclusiva protección de bienes jurídicos las posiciones dogmáticas iniciadas por WELZEL albergan el riesgo del castigo por la pura intención cuyo correlato objetivo en la definición del delito se presenta como excesivamente laxo al remitirse en definitiva a una relación de causalidad sin límites. La ausencia de filtros objetivos se perfila así como la falla principal de esta corriente científica.

Por ello, como FRISCH señala, los seguidores del finalismo han intentado introducir correctivos y filtros como alternativa a la teoría de la imputación objetiva que consideraban, por tanto, supérflua⁴²¹. Se trata de filtros que se sitúan en el ámbito del delito doloso precisamente en el propio dolo y los criterios de autoría⁴²². Tales intentos de corrección se pueden dar, sin embargo, por fracasados⁴²³ como lo muestra el hecho de que autores tan significativos como CEREZO MIR o el propio HIRSCH acusan en sus últimas contribuciones las críticas que se les dirigen desde la teoría de la imputación objetiva hasta el punto de comenzar a reconocer la necesidad de introducir filtros objetivos previos al tipo subjetivo⁴²⁴.

3.3.3. Podría afirmarse, desde la óptica particular que nos ocupa y con algún riesgo de excesiva simplificación⁴²⁵, que el escaso rendimiento del sistema finalista para solucionar los

⁴²⁰ TORIO LOPEZ, *Indicaciones*, pp. 172-174.

⁴²¹ FRISCH, *La imputación*, p. 41 ss.

⁴²² FRISCH, *La imputación*, p. 43.

⁴²³ Limitaciones del estudio nos impiden profundizar en este aspecto. Baste con indicar, por ejemplo, el intento de solución que se propugna en el famoso caso del sobrino que impulsa a su tío rico, con ánimo homicida y la esperanza de heredar, a pasear por el bosque en días de tormenta. Como MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 109 y 110, sugiere, argumentar como hace CEREZO MIR que en tal caso no es que falte la imputación objetiva de la conducta al resultado sino que, simplemente, falta el dolo, pues no debe confundirse simple deseo con voluntad, no consigue solucionar el problema. Y ello porque el matiz en torno al dolo (correctivo pretendidamente subjetivo) o se interpreta en sentido subjetivo y entonces no sirve como filtro llevando al castigo en el supuesto del tío rico (y otros como el caso <<Thyren>> o tentativas supersticiosas); o se interpreta en sentido objetivo en cuyo caso la contradicción del sistema finalista resulta insoluble. Como en el texto señalaremos a continuación la introducción de "correctivos objetivos con ropaje subjetivo" ha dado lugar con el paso del tiempo a una evolución en las posiciones de algunos significativos seguidores del finalismo hacia tesis cada vez más cercanas a la teoría de la imputación objetiva.

⁴²⁴ Así en el reconocimiento, si quiera sea de *lege lata*, de CEREZO MIR, *Curso*, p. 105 del criterio de imputación objetiva del resultado. En cuanto a HIRSCH, *Zur Lehre*, p. 125, reconoce que en el caso del sobrino la solución, antes que por el dolo, pasa por un déficit objetivo previo. En sentido coincidente véase ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 405 (su pie de página 118). Véase, sobre todo, FRISCH, *La imputación*, p. 53 ss., con una aguda crítica de las dificultades para establecer correctivos desde el sistema finalista que en realidad responden con ropaje subjetivo a la necesidad de buscar filtros objetivos del tipo más allá de la causalidad.

⁴²⁵ Hablar de finalismo y postfinalismo oscurece la multitud de matices y posiciones intermedias que asumen los autores que venimos incardinando en una u otra corriente doctrinal. Particularmente, respecto de CEREZO MIR, debe reconocerse que su evolución viene fuertemente condicionada por la evolución legislativa en nuestro país en el ámbito de la tentativa como él mismo pone de manifiesto (CEREZO MIR, *Curso*, p. 105). Además salva de alguna manera su lógica interna mediante la separación de planos (*lege lata* y *lege ferenda*) lo que le permite seguir considerando que aunque debe asumir el criterio de la imputación objetiva del resultado la impunidad del caso <<Thyren>> le parece una consecuencia

supuestos límite de relevancia y, por otra parte, el riesgo que alberga su configuración del injusto de dirigirse a una purga de la actitud interna, encuentran una reacción adecuada en el necesario realce de la peligrosidad como momento central del desvalor de acción desplazando el protagonismo del dolo. En palabras de TORIO la teoría posfinalista del delito y su progresiva aceptación de la teoría de la imputación objetiva “se presenta como genuina negación de la teoría finalista, en el sentido de que el desvalor subjetivo final retrocede y pierde protagonismo en la articulación de lo injusto”⁴²⁶.

Pero dentro de esta corriente general, y ciñéndonos al problema del grado de tendencia relevante, aquel sector que, como segundo y principal frente crítico⁴²⁷, propugna un tipo objetivo estructuralmente idéntico en los delitos dolosos e imprudentes representa, a nuestro juicio, una reacción excesiva frente al inadecuado protagonismo del dolo en la configuración del injusto. El correcto desplazamiento del péndulo desde el dolo a la peligrosidad como momento objetivo amenaza con arrumbar en exceso el momento subjetivo-final fruto de la inercia reactiva. Si el finalismo obscurecía el momento objetivo de la peligrosidad no conviene, una vez situada ésta en el centro del desvalor de acción, restar tanto protagonismo al dolo como cuando se pretende una configuración del juicio de peligrosidad radical y absolutamente independiente de la intención. Nuestra hipótesis apunta a que la identidad del grado de tendencia desconoce la necesaria articulación mixta objetivo-subjetiva del injusto y que su tajante separación del tipo objetivo y subjetivo, a pesar de su aparente coherencia sistemática, convierte a los criterios de imputación en instrumentos menos flexibles y adecuados para proceder a una adecuada valoración del comportamiento en sociedad.

Adelantamos, por tanto, que la opción sistemática por el diferente grado de tendencia responde a la forma de articulación de la peligrosidad y el dolo como momentos objetivo y subjetivo del injusto lo cual, entendemos, tiene su reflejo precisamente en la configuración mixta del juicio de peligrosidad que, aunque de forma secundaria, también depende de la intención. Dicho de forma simple y gráfica: ni sólo dolo ni sólo peligrosidad; ambos codeterminan el injusto en un equilibrio que cede el protagonismo a la peligrosidad pero que no puede prescindir de lo subjetivo ni siquiera en la configuración del juicio de adecuación. El péndulo desde el dolo hacia la imputación objetiva debe permanecer en el centro asumiendo también aquí la aproximación objetivo-subjetiva⁴²⁸.

4. La propia MARTINEZ ESCAMILLA, a pesar de ser una cualificada defensora de la identidad del grado de tendencia en delitos dolosos e imprudentes, en su intento de rebatir la posición contraria asume, a nuestro juicio, una idea fundamental que debilita sus argumentos. Asegura la autora que, en el caso <<Thyren>> si se mantienen exactamente las mismas

necesaria pero indeseable. Las referencias, por tanto, a este autor como representante más cualificado del sector doctrinal más cercano al finalismo deben pues entenderse con cautela.

⁴²⁶ TORIO LOPEZ, *Indicaciones*, p. 174.

⁴²⁷ Advertíamos *supra*, en este mismo apartado, al inicio de la letra “C”, que las críticas contra la tesis que propugnan diferentes grados de tendencia según el tipo subjetivo se agrupan en diversos frentes: uno de ellos, ya expuesto, el de sectores afines al finalismo; otro, hoy en día el más significativo, el de sectores dogmáticos posfinalistas que defienden una teoría de la imputación objetiva a la que subyace una configuración de injusto que, a nuestro juicio, propugna una separación excesivamente tajante de lo objetivo y lo subjetivo. A este segundo sector nos referimos en lo que sigue.

⁴²⁸ Desde esta perspectiva gráfica, por tanto, aludíamos con anterioridad a que el finalismo y una imputación objetiva demasiado “pura” son extremos que pueden tocarse y que, CEREZO MIR, en su cambio de calificación jurídica del caso <<Thyren>> representa ese brusco movimiento pendular que no parece admitir un *tertium genus* intermedio entre el protagonismo del dolo y el del criterio de una imputación “excesivamente objetiva”.

circunstancias (gran distancia, tirador inexperto...) las posibilidades de producción del resultado son todavía más remotas en el caso de comportamiento imprudente que en el doloso: no es que ante el *mismo grado de tendencia* se castigue si hay dolo y se declare la impunidad con imprudencia, sino que la presencia de dolo convierte en más peligrosa la conducta, esto es, eleva las posibilidades de éxito, por lo que no puede decirse que haya un mismo grado de tendencia en el tirador inexperto si varía el tipo subjetivo⁴²⁹.

La presencia de dolo determina entonces al menos por regla general una mayor peligrosidad. Idea en la que conviene también ALCACER GUIRAO quien, sin embargo, contradiciendo, por cierto, las afirmaciones de MARTINEZ ESCAMILLA, niega que en el caso concreto, esto es, partiendo de la misma acción, quepa afirmar que la presencia de dolo conllevará más peligro⁴³⁰. Argumenta acertadamente ALCACER que el juicio de peligro es en primera instancia de carácter “fáctico” en cuanto determina un pronóstico respecto de la producción causal de un hecho y en atención a la <<percepción>> de hechos. Sólo ulteriormente el juicio de peligro se despliega, por tanto, en su decisiva vertiente valorativa al decidir sobre la relevancia penal del peligro contrastado⁴³¹. De aquí no cabe sin embargo dar el salto a afirmar sin más que ni en el plano fáctico ni en el de valoración deba tenerse en cuenta la intención del sujeto.

Y ello porque como acertadamente apuntan OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO el dolo determina una mayor facilidad objetiva en la producción del resultado pues aunque no siempre “querer es poder” sí que resulta más factible lo deseado a quien quiere⁴³². El hecho de que a unas mismas circunstancias objetivas acompañen una voluntad de realización dirigida a un determinado resultado es también una garantía objetiva de eficacia⁴³³. La voluntad, su grado, o su ausencia es un elemento imprescindible para captar la peligrosidad y posteriormente decantar el inescindible juicio de relevancia: *ex ante* no resulta igual de peligroso quien hace todo lo que está en su mano por aprovechar un riesgo mínimo o residual que quien no pone en marcha su energía de forma consciente a ese objetivo: si falta la voluntad o su intensidad es menor son mayores las posibilidades de que se diluya la aportación objetiva del sujeto al riesgo. El dolo, y más el directo que el eventual, es un catalizador del coeficiente de riesgo que representa el dominio parcial del sujeto sobre su comportamiento: cuanto menos esté en sus manos dominar un proceso (es un tirador inexperto, se encuentra a mayor distancia) en menor medida cabrá hablar de peligro de él dependiente y más del azar, pero por lo que a su mínima aportación al riesgo hace referencia, la intención garantiza en mayor medida que lo que objetivamente dependa de él se vaya a materializar.

Las posibilidades de que un sujeto acierte a meter una onza de plomo en la boca de una rana de metal a una distancia de 5 metros ¿dependen o no de que el sujeto, que ha apostado con sus amigos/as, ponga todo su empeño? Quien tira por tirar o quien apunta: esto es, el comportamiento físico de impulso de la mano con una onza pero también la intensidad de la voluntad de éxito son todos elementos del juicio de pronóstico objetivo –intersubjetivo-. Pronóstico que puede resultar diferente con dolo que sin él, ya que el dolo no sólo establece una presunción de mayor peligro en general, sino que conecta al hecho concreto un mayor coeficiente de peligro cuya realidad es captada por el espectador objetivo y la propia valoración social.

⁴²⁹ MARTINEZ, ESCAMILLA, *La imputación*, p. 111.

⁴³⁰ ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, pp. 407 y 408.

⁴³¹ ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p.

⁴³² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Derecho*, p. 94.

⁴³³ Básicamente de acuerdo MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, pp. 111 y 112.

Los reproches de aproximación “intuitiva” a la postura que defiende el castigo en el caso <<Thyren>>⁴³⁴ deben, por tanto, rechazarse si con ello se pretende denunciar un traslado de posturas irracionales y carentes de base al juicio de peligrosidad. La referencia “emocional”, sin embargo, tiene un cierto encaje con las razones normativas que, como es sabido, llevan a propugnar de forma generalizada en la doctrina científica que el injusto doloso presenta una mayor gravedad. Siguiendo a MIR PUIG la razón principal de ello debe buscarse en la diferente relación de la conducta con el bien jurídico que se cifra en el delito doloso, en primer lugar, en la mayor peligrosidad pero también, en segundo lugar, por manifestar “*una actuación opuesta al bien jurídico*, que posee un significado social objetivo de negación de dicho bien, bien distinto al del hecho imprudente”⁴³⁵. Esto puede abrir una perspectiva adecuada a la comprensión del por qué el caso <<Thyren>> puede despertar una cierta sublevación de la conciencia jurídica que parece empujar decididamente a proclamar la necesidad de su castigo. Tal realidad, no obstante, debe ser acogida en un segundo plano y siempre en el entendido de que se viene a añadir a una base de peligrosidad mayor.

5. No podemos extendernos mucho más⁴³⁶ en la argumentación de la posición que mantenemos favorable a la apreciación de un grado de tendencia diferente en delitos dolosos e imprudentes. Ello implica que el ámbito de imputación objetiva puede ser mayor si concurre dolo frente a la imprudencia pero también en los supuestos de dolo directo frente al eventual. El dolo determina una configuración más sensible del juicio de adecuación que posibilita que conductas cuya peligrosidad no alcanzaría el grado de relevancia si fueran cometidas con imprudencia, no queden en la zona libre si hay dolo.

Ello se compadece fluidamente con las propuestas de las tesis mixto-subjetivas que precisamente hacen descansar en la modalidad de dolo uno de los criterios esenciales que les permite discriminar los grupos de casos con relevancia penal de los que realmente merecen la calificación de “neutrales”. Según lo expuesto, las resistencias a dar una solución a los comportamientos estándar en el ámbito laboral según la modalidad de dolo, parecen más bien

⁴³⁴ Así MARTINEZ ESCAMILLA, *La imputación*, p. 108; y, haciéndose eco de ello, ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 402, aunque luego lleva la idea hacia consideraciones del resultado como elemento predeterminante de la valoración.

⁴³⁵ MIR PUIG, *Derecho*, p. 142 (cursiva en el original). Más en profundidad DEL MISMO, *Antijuridicidad*, p. 16. Llama la atención sobre lo controvertido y sugerente de esta consideración SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 338.

⁴³⁶ La prolija argumentación de MARTINEZ ESCAMILLA y ALCACER GUIRAO así lo merecerían pero desbordaríamos el marco y posibilidades de este trabajo. Con todo entendemos que el punto clave reside en si <<en concreto>> cabe una peligrosidad mayor según concorra dolo por lo que a ello nos hemos remitido en el texto. Las referencias adhiriéndonos a la postura de MIR PUIG en sus postulados fundamentales no prejuzgan ni suponen, sin embargo, la necesaria admisión sin matices del criterio según el cual la conducta mínimamente peligrosa sólo adquirirá relevancia si <<revela externamente>> tener como objetivo dirigirse a la lesión del bien jurídico (MIR PUIG, *Derecho*, p. 234). Únicamente me ciño a señalar que indica un tal criterio una dirección argumentativa adecuada y sugerente pues tiende a dar relevancia al dato subjetivo en la medida en que suponga un cierto reflejo del perfil objetivo-final de la conducta. No es relevante la intención porque integra una actitud reprochable sino porque es el correlato subjetivo de un comportamiento que objetivamente se dirige a la lesión de bien jurídico. Disentimos, por tanto, de ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, p. 409 cuando en su crítica a MIR PUIG viene a atribuir básicamente un valor procesal a sus consideraciones. A nuestro juicio el criterio de “relevancia externa” no debe ser contemplado necesariamente como un *dolus ex re* sino, también, si se permite la expresión, como un *res ex dolo* en el sentido de que la intención puede contribuir a revelar, matizar y fijar el substrato real del comportamiento como base de valoración intersubjetiva de su sentido.

una “reminiscencia por reacción” de un sector de la dogmática posfinalista que cree ver en un juicio de peligrosidad condicionado también a datos subjetivos una reaparición subrepticia del fantasma del dolo como dato <<esencial>> de configuración del injusto y, entonces, una reedición encubierta de modelos de derecho penal más protectores de los valores ético-sociales que de bienes jurídicos. Reconocer, sin embargo, el papel codeterminante del dolo no entraña, a nuestro juicio, un desplazamiento de la peligrosidad como momento objetivo central del desvalor de acción. Lo subjetivo (conocimientos especiales, dolo...), entonces, ayuda a captar el sentido social del comportamiento y da flexibilidad a los criterios de imputación objetiva para poder desenvolverse en la difícil tarea de valoración jurídica del comportamiento humano. El instrumento dogmático de imputación objetiva se adecúa así a la materia sobre la que se proyecta según su perfil interno-externo.

3.4.4. Resultados

1. Si atendemos en una consideración global a los resultados: esto es, a las constelaciones de casos que, en comparación con otras teorías, tienden a ser objeto de castigo o a declararse efectivamente “neutros”, las tesis mixto-subjetivas ocupan una **posición equilibrada** e intermedia entre las posturas más punitivas de la orientación mixto-objetiva y las más permisivas de los autores representantes de las teorías objetivas “puras”. Salvando los matices de cada autor, se sitúa así al abrigo de algunas de las críticas de mayor peso que esgrimíamos respecto de otros grupos de autores⁴³⁷.

2. En comparación con las **tesis objetivas “puras”** tienden a una mayor dureza o, de forma más correcta, perfilan el límite mínimo del tipo de complicidad de forma más delicada y “sinuosa” (flexible), lo que permite incluir en el ámbito de prohibición de la norma algunos casos límite que según las tesis más objetivas se dejan en la zona libre.

Ello resulta evidente en algunos supuestos emblemáticos como los casos de venta de pan o destornilladores [*supra* CASOS 15 ss.] que autores como JAKOBS consideraban impunes y, sin embargo, los defensores de las tesis mixto-subjetivas encuentran merecedores y necesitados de castigo. AMELUNG critica expresamente que ese grupo de autores van demasiado lejos en la restricción del tipo de participación al declarar no punible la contribución consciente a un delito⁴³⁸. Por ello los defensores de las tesis mixto-subjetivas tienden a aceptar el castigo de los casos apuntados siempre que se desarrollen concurriendo dolo directo⁴³⁹.

De la misma forma el discutido caso del taxista que desplaza al cliente a cometer un delito [*supra* CASO 23] se califica como complicidad punible como diferencia fundamental frente a las tesis objetivas “puras”⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Insistimos, una vez más, que se trata de tendencias generales que no resistirían un contraste exhaustivo con la posición de cada autor que, en múltiples ocasiones, o no se pronuncian sobre todos los supuestos y ejemplos o, si lo hacen, no en términos susceptibles de adecuada comparación por los matices y puntos de partida diferenciados. Las conclusiones que se exponen deben por tanto valorarse y discutirse, no conviene ocultarlo, también como el resultado, en cierto modo, de las propias tomas de posición que se han ido ya subrayando en el análisis dogmático y que serán objeto de recapitulación conjunta, *infra*, en el siguiente apartado.

⁴³⁸ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 17.

⁴³⁹ Por todos, ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 18. Véase, sin embargo, las reticencias al castigo en supuestos de dolo eventual ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 21.

⁴⁴⁰ ROXIN, *Beihilfe*, p. 513. También resalta esta diferencia, refiriéndose a los casos de dolo directo, AMBOS, *Beihilfe*, p. 725.

Pero no sólo en ámbitos de criminalidad más clásicos y según supuestos más o menos de “cátedra”; también en casos de delincuencia económica en sentido amplio parece dibujarse una tendencia de mayor castigo⁴⁴¹. Así los defensores de las tesis mixto-subjetivas coinciden en lo acertado de la decisión del Tribunal Supremo suizo en que castiga como cómplice de estafa a la empresa que proveyó de carne de antílope africano sabiendo que se iba a vender como carne de antílope europeo a un precio muy superior en el mercado [*supra* CASO 14]⁴⁴².

Debe subrayarse, en cualquier caso, que, siguiendo a AMBOS, las diferencias de tendencia se perfilan con claridad en los supuestos de dolo directo pero hay cierta coincidencia en la impunidad de los casos de dolo eventual⁴⁴³.

3. El mayor ámbito de prohibición del tipo de complicidad obedece esencialmente a la también mayor ductibilidad de los criterios de imputación objetiva en cuanto se ven informados de una configuración del injusto más porosa a una aproximación mixta objetivo-subjetiva. Esta idea tiene una primera manifestación en el reconocimiento del papel esencial de los conocimientos especiales como dato clave que permite en algunos casos castigar allí donde las tesis objetivas “puras” no ven razones para ello. Los conocimientos especiales como base del juicio de adecuación <<abren>> así el tipo de complicidad.

Esa <<apertura>> del tipo, sin embargo, encuentra un contrapunto adecuado en la distinción de grupos de casos según la modalidad del dolo. Frente a las tesis mixto-objetivas, las mayores dificultades que aquí se oponen para decantar afirmativamente el juicio de peligrosidad en comportamientos con conocimiento eventual (dolo eventual) de resolución delictiva ajena, facilitan un control de los resultados que evita excesos punitivos. El posible reproche de desproporción en la intervención penal tendría así, de ser cierto, una proyección muy limitada a casos de dolo directo pues respecto al dolo eventual las tesis mixto-subjetivas rechazan una regla general de castigo. La presunción o indicio general de “sentido delictivo” en comportamientos con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena se invierte si dicho conocimiento es eventual. De esta forma se está en condiciones de neutralizar el riesgo de arbitrariedad y exceso en la intervención.

Este mayor desarrollo sistemático que, a nuestro juicio, supone, además de integrar los conocimientos especiales, dar un paso más y aceptar las modalidades de dolo y conocimiento como datos que condicionan los criterios de imputación objetiva, no se revela, por debajo del trazo grueso, tan homogéneo en la resolución de casos de dolo eventual. Aquí las fronteras, sobre todo entre las tesis mixto-objetivas y mixto-subjetivas, se diluyen en el sentido de que no es tan fácil identificar tendencias diferenciadas por grupo sino que cada autor presenta un perfil más particular que puede llegar a acercar a defensores de tesis mixtas diferenciadas en mayor medida que a otros autores del mismo bloque.

⁴⁴¹ Aunque no de forma tan nítida. Veáese, por ejemplo, ROXIN, *Beihilfe*, pp. 512 y 513, cuando sugiere que no deben considerarse cooperación punible supuestos de delincuencia medioambiental como proveer material a una empresa que posteriormente realiza delitos ecológicos [*supra* CASOS 10 ss.]; o encargar servicios a una persona que no paga su impuestos [*supra* CASOS 8 y 9].

⁴⁴² AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 23; OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 441; ROXIN, *Beihilfe*, p. 516.

⁴⁴³ AMBOS, *Beihilfe*, pp. 724 y 725. Debe, no obstante, relativizarse su conclusión por lo que al dolo eventual respecta en la medida en que precisamente en esos supuestos no hay una posición tan homogénea, ni mucho menos, como la que parece sugerir. A continuación en el texto habremos de volver sobre ello.

A modo de ejemplo, debe recordarse que OTTO tiende a dejar en la impunidad los supuestos de dolo eventual en el ámbito laboral mientras que ROXIN o AMELUNG con cierto carácter excepcional reconocen que también cabe su castigo. Todos ellos defensores de las tesis mixto-subjetivas disienten pues notablemente en estos supuestos. Particular y expresamente restrictivo se muestra OTTO cuando critica los resultados que, según el profesor de Bayreuth, arroja la aplicación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán de las tesis de ROXIN. Se trata de un caso en que se acusa y condena a un empleado de banca por facilitar transferencias anónimas a clientes que cometen delitos contra la Hacienda Pública. OTTO es aquí claramente partidario de la impunidad mientras que el *Bundesgerichtshof* invocando expresamente el criterio de ROXIN de la “reconocible orientación al hecho” del autor confirma la condena⁴⁴⁴. Al margen del supuesto particular en determinados casos de dolo eventual es más fácil, en definitiva, que autores como BLANCO CORDERO o RANSIEK (tesis mixto-objetivas), o el propio FRISCH (tesis objetivas “puras”) puedan aceptar el castigo antes que OTTO.

4. Estas tendencias no descargan del necesario análisis contextual caso por caso tanto más inevitable cuanto que, por la propia definición de la “neutralidad”, estamos tanteando los casos límite del tipo de complicidad. Esta mera observación debería ponernos a la defensiva de soluciones “mágicas”, simples o tajantes y nos remite necesariamente a la acumulación de opciones sistemáticas generales (conocimientos especiales, grado de tendencia) y criterios materiales (cercanía al hecho, normativa sectorial...) a la búsqueda de una <<solución>> que, a nuestro juicio, debe transitar por los caminos generales trazados por las tesis mixto-subjetivas.

Estas últimas además de las razones dogmáticas con que cuentan a su favor y que ya han sido expuestas, permiten unos resultados “complejos”, como no podía ser de otra manera, pero equilibrados lo que, por otra parte, facilitan una satisfactoria valoración político-criminal en contraste con seductoras y sugerentes soluciones dogmáticas, aparentemente más coherentes desde un punto de vista sistemático, pero político-criminalmente, unas veces, en exceso condescendientes (tesis objetivas “puras”), otras veces, en exceso punitivas (tesis mixto-objetivas) con la delincuencia sobre todo del ámbito económico-empresarial.

Antes de desgranar algo más en detalle este esbozo de consideraciones político-criminales conviene, a modo de recapitulación, exponer nuestra postura recogiendo las diversas tesis que se han ido explicitando y defendiendo a lo largo del trabajo.

⁴⁴⁴ OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, pp. 442 y 443.

4. TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES

1. La consideración de que la misión o fin del Derecho penal descansa en la protección de bienes jurídicos fundamentales es, sin duda, una premisa fundamentalmente indiscutida en nuestro ámbito cultural ya desde principios de siglo⁴⁴⁵, a la vez que se ve precisada de dotación de contenido material explicitando las referencias valorativas que lo informan. La carga normativa que impregna todo el entramado jurídico, comenzando por la propia justificación de la facultad punitiva, impone tales aclaraciones una vez superadas las fases del positivismo jurídico así como la filosofía de las “estructuras lógico-objetivas” vinculantes del finalismo, que partían de esencias inmanentes o apriorísticas de la idea del Derecho⁴⁴⁶.

Efectivamente, se reconoce generalmente que desde los años 60 domina en la dogmática una corriente de signo ecléctico que acoge las consecuencias del finalismo en cuanto a la ubicación del dolo en el tipo subjetivo, pero que rechaza la teoría de la acción final. Rechazo basado en la consideración de que los presupuestos ontológicos de tal concepción no son compatibles con un sistema penal fundado en decisiones de valor⁴⁴⁷ o, desde nuestra perspectiva, con un sistema que acentúa la **orientación teleológica-político-criminal**⁴⁴⁸ cuyos referentes normativos se encuentran esencialmente en la idea del Estado social y democrático de Derecho⁴⁴⁹.

2. La nueva orientación, heredera y continuadora de la perspectiva valorativa neokantiana, encuentra, sin duda, uno de los campos de proyección dogmática más fructíferos en la moderna teoría de la **imputación objetiva** que destaca la peligrosidad como momento “objetivo” nuclear del desvalor de acción. Se consolida así el desplazamiento, ya iniciado por el finalismo, desde el desvalor de resultado⁴⁵⁰ hacia el desvalor de acción como espina dorsal del injusto, pero, a diferencia de aquél, destacándose ahora su necesario perfil “objetivo-final”⁴⁵¹ al servicio de un derecho penal preventivo y orientado a la protección garantista de bienes jurídicos.

3. El problema de la relevancia penal de lo que en este trabajo hemos venido denominando **acciones o comportamientos neutros o neutrales** tiene su sede de discusión

⁴⁴⁵ Así ya BINDING, *Lehrbuch*, p. 20 ss.

⁴⁴⁶ ASUA BATARRITA, *Proyecto*, p. 39 ss. Véase, también, DE LA MISMA, *Causas*, p. 221 ss.; DE LA MISMA, *La punibilidad*, p. 49. Subraya especialmente el riesgo de ideologización del instrumento punitivo a la luz de la evolución de la ciencia del Derecho penal, entre muchos, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Presupuestos*, pp. 56 y 57 incitando a “(...) salir al paso de aquellas metodologías “ingenuas” y “peligrosas” que se plantean a sí mismas como modelos de objetividad, neutralidad e independencia de toda ideología por el empleo de una “rigurosa disciplina científica””.

⁴⁴⁷ La aceptación de la metodología teleológico-funcional requiere aún de mayor concreción pues, como tal, es susceptible de resultados materiales en la construcción dogmática bien diferentes. Es clave, por tanto, concretar el referente funcional que deberá evitar excesos utilitaristas y acentuar el marco garantista en la línea de lo indicado por SILVA SANCHEZ, *Aproximación*, p. 72.

⁴⁴⁸ ASUA BATARRITA, *Causas*, p. 221 ss.

⁴⁴⁹ MIR PUIG, *El Derecho*, *passim*.

⁴⁵⁰ Al cual, sin embargo, no se renuncia como constitutivo de la antijuricidad del comportamiento en una teoría del delito que en la presente contribución se adhiere a una concepción tripartita que mantenga las categorías de <<tipicidad>>, <<antijuricidad>> y <<culpabilidad>> como elementos nucleares del delito. En la línea, entre muchos, de ASUA BATARRITA, *Proyecto*, p. 370 ss.

⁴⁵¹ Lo cual no implica negar el papel del dolo como codeterminante de lo injusto pero, eso sí, en un plano ahora ya secundario en el que la primacía como criterio esencial de determinación de la materia de prohibición la ostenta la “peligrosidad”. TORIO LOPEZ, *Indicaciones*, p. 174 ss.

sistemática precisamente en la configuración del desvalor de acción del partícipe y la determinación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento del cómplice⁴⁵².

3.1. El tipo de complicidad⁴⁵³ se encuentra sometido a controversia en la delimitación de su límite mínimo respecto de conductas aparentemente neutras que se caracterizan, en una primera aproximación, por desarrollarse en ámbitos laborales como acciones estándar. Su “habitualidad” (actuaciones de la <<vida diaria>>, <<cotidianas>>) y repetición algorítmica en una sociedad postindustrial y postmoderna, muchas veces integrando servicios o negocios de intercambio (compraventa de objetos, prestaciones de servicios), obliga a presentar criterios de delimitación idóneos para discriminar el comportamiento criminal del neutro.

De lo contrario, los riesgos a que se expone la intervención penal apuntan a una posible parálisis de la vida social, caracterizada por una creciente interrelación e interdependencia de las personas, ante la amenaza de que terceros se vean involucrados en responsabilidades penales de hechos ajenos por su participación en el tráfico. Dicho de forma más escueta: la cuestión del límite mínimo del tipo de complicidad es, desde el otro lado, la frontera de libertad del ciudadano que debe poder orientarse normativamente sobre si su contribución rebasa la barrera de lo permitido por contribuir a un delito ajeno o si, por el contrario, su actuación –neutra- acaba sin tacha donde empieza la pura y entera responsabilidad ajena.

En el tema que nos ocupa no es, por otra parte, despreciable el aspecto cuantitativo –no sólo cualitativo- de las cuotas de libertad de actuación que se ven comprometidas por cómo y donde se fije la barrera de relevancia penal, con especial incidencia, además, en el núcleo del sistema económico, productivo y de consumo.

3.2. Las características definitorias del comportamiento neutral revelan que las dificultades de delimitación del tipo de complicidad pueden formularse, también, como las dificultades para “poner en relación” la contribución del presunto cómplice y el hecho principal y, por otra parte, identificar el contenido específico de injusto del partícipe. La pregunta por los límites hasta los que puede llegar a extenderse el tipo de complicidad fuerzan a revisar, más concreta y específicamente: en primera instancia, el principio de accesoriedad en su dimensión

⁴⁵² Diagnóstico mayoritario ya entre nosotros LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 253 ss. y 270 ss.; BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 32 ss.; DEL MISMO, *Límites*, p. 147 ss.; GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 428 ss.; FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 12 y *passim*.

Ello enlaza de forma fluida, en primer lugar, con la idea destacada por TORIO LOPEZ, *Naturaleza*, pp. 34 y 35, de que la imputación objetiva es un principio metódico superior que se ramifica y disemina a través de todo el sistema. Debe profundizarse, por tanto, en el camino de trasladar los esfuerzos de la teoría de la imputación objetiva desde la autoría a las figuras de participación. En segundo lugar, también se asume materialmente la tendencia a diferenciar la imputación del resultado en sentido estricto de la imputación del comportamiento atendiendo esta última de manera central al juicio de peligrosidad típicamente relevante. Para un resumen reciente de los problemas subyacentes a este planteamiento por parte de uno de los mayores impulsores de tal diferenciación, véase, FRISCH, *La imputación*, pp. 21 ss. y 58 ss.; más en detalle FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, p. 33 ss. También en esa línea de diferenciación pero de forma menos radical véase, MIR PUIG, *Derecho*, p. 231 ss.

⁴⁵³ Como tipo independiente del tipo de autor pero en la línea de la doctrina dominante en nuestro país, esto es, entendido como causa de extensión de la pena según un concepto restrictivo de autor. Véase, por todos, la amplia exposición del panorama doctrinal en DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, *La autoría*, p. 407 ss. También, recientemente, la descripción resumida y actualizada sobre el concepto de autor dominante en Alemania y España, BOLEA BARDON, *Autoría*, pp. 51 ss. y 107 ss. y bibliografía allí referida.

“cuantitativa”; y de forma necesariamente relacionada, la peligrosidad típica como núcleo del desvalor de acción (relativamente autónomo) del partícipe. Vayamos por partes.

En este trabajo partimos de una fundamentación del injusto del cómplice que se adhiere a la llamada <<teoría del ataque accesorio al bien jurídico>>⁴⁵⁴ y que se caracteriza por ocupar una posición intermedia entre quienes defienden una total autonomía del injusto del partícipe y quienes propugnan que aquél debe extraerse del injusto del autor⁴⁵⁵. La asunción del principio de accesoriedad⁴⁵⁶ está apuntando así a la imposibilidad de captar el sentido jurídico de la contribución del cómplice si no es a la luz de un hecho principal⁴⁵⁷ que debe ser también parte esencial del contexto necesario en que habrá de desplegarse el juicio de peligrosidad sobre el desvalor de acción del cómplice.

Este desglose analítico de un necesario “mirar” al hecho del autor (<<accesoriedad>>) para comprender la contribución (relativamente) autónoma del partícipe, no debe ocultar que se trata de aspectos complementarios que en definitiva configuran el injusto <<total>> del cómplice, en un juicio global. Injusto cuya espina dorsal se cifra en la peligrosidad típicamente relevante⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ En la versión defendida por ROXIN, *Leipziger Kommentar*, Delante del §26, 1 ss.; véase, también, LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, pp. 151 ss. y 159 ss.

⁴⁵⁵ Como LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 152, expone, se trata de una posición ecléctica entre lo que, en la actualidad, serían los términos de la discusión una vez superada la controversia entre la teoría de la culpabilidad y la teoría de la causación. Representa, por tanto, una posición intermedia y de síntesis entre la “teoría pura de la causación” y la “teoría del favorecimiento orientada a la accesoriedad” lo que lleva a asumir el principio de accesoriedad que vincula al injusto del partícipe con el del autor pero, a la vez, configura el tipo de participación con elementos propios y exclusivos de un injusto entonces relativamente autónomo. Véase, más en profundidad, PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 326 ss.; y la informada exposición de las diversas teorías en LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 113 ss.

⁴⁵⁶ Que de acuerdo con PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, p. 248 ss., no debe entenderse como un axioma necesario sino que precisa de una reformulación a la luz de la metodología teleológica y valorativa y que debe tender a una cierta separación de las cuestiones del fundamento material de la pena de la participación y la de la accesoriedad. Se impone en palabras del autor citado una cierta <<desmaterialización>> del concepto de la accesoriedad que enlace con la necesidad de su justificación en términos normativos.

⁴⁵⁷ PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, pp. 335 y 336, destaca que la idea de que el propio desvalor del hecho del partícipe sólo puede ser captado adecuadamente si se contempla en su relación con el comportamiento del autor, no responde sino a un sentido <<impropio>> del término accesoriedad por ser un aspecto no específico sólo de la participación sino también, por ejemplo, de la coautoría, etcétera (p. 336). Esa idea de “relación” del partícipe y autor y la precisión exacta de cuál ha de ser el alcance y transcendencia de la idea de la accesoriedad supera, sin embargo, el marco de este trabajo. En lo que sigue, por tanto, las referencias a la accesoriedad pretenden incidir básicamente en su vertiente cuantitativa como requisito de intervención penal acorde al principio de proporcionalidad. No cabe entrar a profundizar en la solidez de la idea asumida mayoritariamente de que no cabe una participación punible si no es a partir de que el delito principal irrumpa en la fase ejecutiva. Nos interesa únicamente llamar la atención sobre el hecho de que los actos neutros tienen en este aspecto de la tradicionalmente llamada accesoriedad cuantitativa un ámbito de incidencia que debe ser preferentemente explorado pues, como a continuación se expondrá en el texto, se trata de una perspectiva clave para comprender y sugerir soluciones al problema que nos ocupa. Por todo ello la mención a la accesoriedad será manejada a efectos expositivos, sin prejuzgar la cuestión, también para contraponer la dimensión (relativamente) dependiente del injusto del partícipe a su dimensión de injusto (relativamente) autónoma.

⁴⁵⁸ Sin perjuicio de la necesidad de exigir previamente que concurra relación de causalidad. ROXIN, *Leipziger Kommentar*, §27, 2. Una amplia exposición del estado de la discusión respecto de este punto puede consultarse en LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 165 ss., quien además se posiciona, con la doctrina mayoritaria, a favor de tal requisito (p. 221 ss.) como presupuesto sobre el que posteriormente desplegar los criterios de imputación objetiva en aras de una delimitación normativa de los contornos y

según el riesgo de favorecimiento de realización del hecho principal por la idoneidad de la conducta para elevar las probabilidades de éxito del autor⁴⁵⁹.

La especificidad de los actos neutros como problema interpretativo al límite del tipo de complicidad incide, desde el punto de vista del injusto “dependiente”, en las dificultades que ofrece el hecho de que se trata de comportamientos (accesorios) que se verifican en la fase preparatoria del hecho principal o en fases inmediatamente próximas al comienzo de los actos ejecutivos⁴⁶⁰. El alejamiento, ya de por sí estructural⁴⁶¹, respecto del desvalor de resultado de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por parte de un autor principal, precisa ser compensado normativamente por un contexto delictivo que no permite ya considerar ajeno el delito y que hace, entonces, aparecer el comportamiento externamente neutral como parte de una obra delictiva común. Esa compensación normativa la ofrece en ocasiones el sentido de la conducta a la luz de su prestación a la vista de los actos ejecutivos del delito principal: los actos ejecutivos “garantizan” la conexión entre hecho principal y complicidad.

El problema de los actos neutros se agudiza entonces cuando se verifican en fase preparatoria o al límite, siempre difuso, del inicio de la realización típica. Aquí se perfila el dato del “conocimiento” del eventual cómplice sobre los designios delictivos ajenos como el único –o el más relevante– de los datos que pueden ofrecer esa “compensación” normativa. Debe en primer lugar abordarse, pues, el acto neutro como un comportamiento tan alejado del hecho principal que exige una mayor carga argumental para, <<a pesar de la ausencia de actos

alcance del ámbito de prohibición. Sobre la necesidad de retomar y reforzar el nexo causal como “garantía fundamental” dentro de la construcción de la teoría del delito véase TORIO LOPEZ, *Relación*, p. 911 ss., que lejos de planteamientos “causalistas” defiende el potencial de este requisito para ayudar a neutralizar los riesgos de arbitrariedad y manipulación ideológica inherentes a los excesos “adscriptivos” (p. 914). Véase, también, en la misma línea, desde la perspectiva diferente del análisis de los elementos subjetivos, la contribución de DIEZ RIPOLLES, *Los elementos, passim*, a la que subyace la preocupación de enfoques metodológicos excesivamente normativistas que puedan llegar a infiltrar las referencias valorativas, más allá de las categorías dogmáticas, en el propio objeto de valoración, perdiéndose así el necesario substrato descriptivo, en este caso fundamentalmente referido a la realidad psicológica. (*op. cit.*, p. 24).

⁴⁵⁹ O, según otra formulación equivalente: riesgo, en definitiva, de facilitar, acelerar o asegurar la realización del delito por el autor o intensificar el resultado principal. LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 230 ss. (p. 244).

⁴⁶⁰ Los supuestos de eventual complicidad que se suceden en fase ejecutiva del hecho principal suscitan menores problemas interpretativos, aun cuando existan ejemplos de actos “neutros” objeto de viva discusión (como el de la venta de un cuchillo con una pelea en marcha) con esas características. El núcleo de la discusión y, en cualquier caso, las mayores dudas sobre la calificación jurídica, se concentran, sin embargo, en supuestos alejados de la fase ejecutiva o al borde de la misma.

⁴⁶¹ Téngase en cuenta que, por definición, el aporte del cómplice, aunque causal, es “mediato” en el sentido de que va referido normativamente al riesgo de elevar las probabilidades de éxito de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico cuyo ataque “principal” lleva a cabo otro sujeto. Los parámetros habituales para establecer la ligazón normativa entre el comportamiento y la lesión o puesta en peligro sufren ya de por sí un alejamiento: la referencia al bien jurídico se plantea “desde una mayor lejanía”. Este aspecto es, según alcanzamos a entender, acertadamente intuído por LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad*, p. 248, cuando al hilo de la discusión sobre el <<grado de tendencia>> asume que peligrosidad típica en la complicidad es estructuralmente “mediata” como argumento, en otro contexto, para defender que, aun así, ello no debe permitir otorgar relevancia típica a una peligrosidad remota o mínima. El diferente contexto, a nuestro juicio, no impide trasladar a un plano general el hecho de que el juicio de peligrosidad en el tipo de participación se enfrenta a la dificultad añadida de un mayor alejamiento (y disolución) del desvalor de resultado.

ejecutivos>> llegar –excepcionalmente entonces- a la conclusión interpretativa de la relevancia típica como complicidad.

Dicho de otra forma y desde la otra perspectiva: a partir de la necesaria configuración del desvalor de acción del cómplice como núcleo esencial del injusto (relativamente) autónomo, el juicio de peligrosidad se enfrenta a un contexto especialmente “poco significativo” o “amorfo”. Desde una perspectiva *ex ante* el juicio intersubjetivo de sentido sobre la prestación se debe desplegar necesariamente en el momento inmediatamente anterior a que se vaya a realizar la contribución a la luz de las circunstancias entonces concurrentes. Circunstancias en las que el alejamiento del curso principal en manos de un futuro autor configuran riesgos excesivamente genéricos que, en ausencia de actos ejecutivos “concluyentes” del sentido del contexto, se reducen al dato del conocimiento como base principal del juicio de adecuación del actuar aparentemente neutral.

3.3. Sea desde la perspectiva que contempla la contribución del partícipe a partir del hecho principal, sea desde la que, de forma convergente, apunta a la configuración del injusto relativamente autónomo del partícipe, el comportamiento aparentemente neutral, como problema de imputación objetiva, se explica porque el alejamiento extremo de la eventual contribución obliga a proyectar el juicio de peligrosidad sobre un contexto excesivamente sobredeterminado por los conocimientos especiales o personales del presunto cómplice. A falta de una contribución material significativa el peligro típicamente relevante de favorecimiento depende, fundamentalmente, de que los conocimientos puedan ayudar a conformar un contexto significativo. Estos conocimientos son, por tanto, la primera clave de comprensión del problema que nos ocupa y que pueden, en primer lugar, ayudar a explicar los términos de la discusión y, en segundo lugar, a estructurar las vías de solución.

4. La exposición y análisis de las distintas teorías arrancaba desde las <<tesis subjetivas>>⁴⁶² que interpretaban los actos neutrales como un problema de tipo subjetivo. Se trata de posiciones a las que subyace una comprensión del delito de impronta finalista, por lo que se desvía el problema desde los conocimientos especiales al dolo, al que se carga con la imposible tarea de ejercer un filtro adecuado y eficaz para trazar la línea de separación entre la complicidad punible y la zona libre.

Se trataba de tesis más bien del pasado pero que habían encontrado eco en la jurisprudencia más tradicional de Alemania⁴⁶³ al tiempo que todavía ejerce su influencia en alguna contribución contemporánea⁴⁶⁴.

El recurrente reproche del riesgo de atravesar la a veces difusa frontera que separa las construcciones dogmáticas acordes con el principio del <<hecho>> hacia el reino del denostado derecho penal de <<autor>>; en definitiva, el riesgo de avanzar hacia un derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*), encuentra en este tipo de teorías subjetivas su más justificada proyección. La configuración del injusto sobre el dolo como elemento central y esencial deja en manos del intérprete un instrumento punitivo excesivamente al albur de la arbitrariedad del operador jurídico. Las posibilidades de que el *ius puniendi* se degrade a instrumento de control moral e ideológico alcanzan cotas insoportables para un derecho penal propio del Estado social y democrático de Derecho.

⁴⁶² *Supra*, apartado 3.1.

⁴⁶³ *Supra*, apartado 3.1.1.

⁴⁶⁴ Así, como veíamos *supra*, apartado 3.1.2., la posición de SCHILD TRAPPE.

El déficit estructural de la construcción finalista se manifiesta en el problema de los casos de aparente neutralidad con nitidez, al pretender que un filtro subjetivo, excesivamente tardío, haga la labor que en realidad corresponde a filtros objetivos que deben operar, desde una concepción más rica del tipo objetivo, con anterioridad. Las tesis subjetivas muestran, por tanto, su incapacidad para una diferenciación material fundada y legitimada de grupos de casos y son una “vía segura de inseguridad” que puede desembocar, tanto en excesos de intervención punitiva, como en clamorosas impunidades, pues no es el dolo (y la relación de causalidad) el criterio que, sin más, puede afinar en la calificación de este tipo de comportamientos estándar.

5. El “giro” que supone encuadrar el problema de la calificación jurídica de los comportamientos neutrales hacia el tipo objetivo era necesario. Ello empata, en un nivel más general, con la propia orientación mayoritaria de la **dogmática postfinalista** que bascula en la configuración del injusto desde el dolo como momento esencial hacia la peligrosidad objetiva. Esta es ahora el momento determinante esencial relegando la dirección final a un papel más secundario en la constitución de la materia de prohibición y todo ello, como es de sobra conocido, desde una metodología teleológica de cuño político-criminal.

Los esfuerzos por normativizar los conceptos y enriquecer el tipo objetivo desde la moderna teoría de la **imputación objetiva** atraen a esta sede la discusión de la neutralidad como problema de límites del tipo de complicidad y sitúa el grueso de posiciones doctrinales en estas claves de discusión. Tanto las tesis objetivas “puras” como las mixtas, sean mixto-objetivas, sean mixto-subjetivas, participan de la acertada nueva dirección. Su disenso se cifra, sin embargo, en la propia **definición de las bases del juicio de peligrosidad** que en su proyección sobre las constelaciones de casos arrojan resultados diferenciados. Ese disenso, en un plano de mayor abstracción, obedece a la forma de articulación de lo objetivo y lo subjetivo dentro del juicio de imputación <<objetiva>> o, con otras palabras, al grado en que la reacción frente a la orientación finalista determina la “expulsión” de lo “subjetivo” del tipo objetivo.

6. Las **tesis objetivas “puras”**⁴⁶⁵, particularmente JAKOBS, su representante más genuino, tienen el mérito de haber iniciado el “giro” hacia el tipo objetivo como sede sistemática adecuada del problema de la neutralidad. También es acertada la dirección general que representa haber intentado fundamentar una regla general de impunidad de los grupos de casos de comportamiento estándar, advirtiendo de los riesgos de excesiva criminalización que alberga este polémico sector. Por último es también característico en estos autores una acertada diferenciación material de supuestos de presunto favorecimiento según la mayor o menor “cercanía” al delito principal: esto es, la toma en consideración de las diferencias de calificación jurídica que pueden derivarse del hecho de que el delito principal haya irrumpido ya en la fase ejecutiva o se mantenga en una fase preparatoria más o menos alejada de dicho límite. Ahora bien, cabe, sin embargo, criticar lo que podría denominarse como “reacción excesiva” frente a la preponderancia del dolo de matriz finalista, que se cifra en su afán por expulsar de las bases del juicio de peligrosidad “todo subjetivismo”. Pero vayamos por partes.

Los diversos defensores de las denominadas tesis objetivas “puras” responden, por encima de algunas coincidencias de tendencia, a una enorme heterogeneidad que podría llegar a poner en tela de juicio su agrupamiento. Con esta cautela, la primera línea convergente es más bien de carácter formal pues aluden al “sentido delictivo” (JAKOBS, FEIJOO SANCHEZ, FRISCH) o al “solidarizarse con el injusto ajeno” (SCHUMANN) como criterio rector para decantar el juicio de peligrosidad. Otra línea convergente, al margen de cierta coincidencia en el recurso al tópico de la prohibición de regreso en un planteamiento normativo de esferas de responsabilidad, es más

⁴⁶⁵ Supra, apartado 3.2.

de carácter material: se trata del sub-criterio de la “cercanía” al hecho principal como indicio de relevancia del favorecimiento si éste se efectúa en fase ejecutiva del delito principal o, en sentido contrario, como indicio de irrelevancia si la contribución sucede en fase preparatoria.

Al margen de esas coincidencias, es característica también una suerte de “argumentación en negativo” que se orienta a una configuración de las bases del juicio de adecuación lo más “objetiva” posible. Nuevamente en este punto esencial hay diferencias notables entre los autores. JAKOBS, como postura más radical (pero a la vez menos elaborada desde un punto de vista sistemático), niega toda relevancia a los denominados “conocimientos especiales”. Que el presunto favorecedor tuviera conocimiento seguro de resolución delictiva de un autor principal no es, en principio, relevante. Aún más: su toma en consideración entrañaría una injustificable “subjetivización” de los criterios de imputación “objetiva” y una inaceptable infiltración del tipo subjetivo en el objetivo que amenaza con convertir el derecho penal en instrumento de censura moral e ideológica.

Desde esta postura extrema, otros defensores de tesis objetivas “puras”, así FEIJOO SANCHEZ o, todavía más claramente FRISCH, sí que conceden cierta relevancia a los “conocimientos especiales” como datos que pueden llegar a dar una descripción intersubjetiva del contexto en que debe llevarse a cabo el juicio de peligrosidad del tipo de complicidad. Ahora bien, siempre desde una cierta cautela que les hace ser restrictivos en resultados respecto de la relevancia de dichos conocimientos para decidir esencialmente la tipicidad de una contribución.

Teniendo, por tanto, muy presentes los matices expuestos, la crítica de inflexibilidad que se dirige contras estas posiciones objetivas “puras” debe rebajarse precisamente en la medida en que se otorgue mayor relevancia al dato de los conocimientos especiales. Inflexibilidad que se deriva de la idoneidad de unos criterios de imputación que renuncian a enriquecer el contexto del comportamiento a examen con datos personales o subjetivos (el eventual favorecedor sabe que un tercero va a delinquir) que, sin duda, tienen una significación intersubjetiva que puede cambiar el sentido de la valoración jurídica del favorecimiento. El comportamiento humano es una unidad objetivo-subjetiva o interno-externa de forma que para captar su sentido debe atenderse también a datos “subjetivos” no porque sirvan para fundamentar un reproche en línea con concepciones finalistas, sino como elementos que describen la realidad objeto de valoración.

En este sentido subrayábamos que quizás nos encontremos ante una reacción contra el finalismo que, desbocada por la inercia, quiere constituir el injusto con una separación tan tajante de lo objetivo y lo subjetivo que olvida que no cabe apreciar, percibir, la peligrosidad intersubjetiva sin conocimientos especiales u otros datos subjetivos. No se conforman con relegar al dolo a un papel secundario frente al momento objetivo central de la peligrosidad sino que aspiran a una excesiva normativización en la configuración de esta última que desprecia la relevancia de datos subjetivos en tal medida que, a nuestro juicio, “fuerzan” la realidad, en este caso con consecuencias de excesiva impunidad para comportamientos que, pretendidamente neutros, deberían incluirse en el ámbito de prohibición de la norma.

La crítica de inflexibilidad encuentra su reverso en la apuesta por la distinta consideración material de grupos de casos según lo avanzado del *iter criminis* del hecho principal. El principio de accesoriedad en su vertiente “cuantitativa” parece asumirse al apostar por la “cercanía” como criterio relevante, lo que además es complementado, debe decirse que sólo excepcionalmente y sólo en algunos autores como FEIJOO SANCHEZ o FRISCH, con cierta relevancia al dato de los conocimientos especiales a la hora de describir el “contexto”. Se adivina aquí una tendencia, sólo sugerida y que debe ser profundizada, a tomar en cuenta el conocimiento especial de resolución

delictiva ajena como posible equivalente normativo a la presencia de actos ejecutivos para poder así concluir, en su caso, los supuestos de complicidad punible al límite de la fase ejecutiva.

Este camino indica que la carga argumental para justificar la relevancia de favorecimientos aumenta según se aleja y “adelanta” la contribución accesoria al hecho principal. Esa carga argumental encuentra, además, un dato clave en el conocimiento especial como indicador o descriptor de la realidad (intersubjetiva) que da el contexto en que poder valorar el sentido delictivo o neutro de la contribución. Yendo aún más allá: la clase de conocimiento –seguro o eventual- será decisiva para poder concluir el verdadero carácter objetivo (intersubjetivo) del favorecimiento aparentemente neutro. Ello nos introduce, entonces, en la necesaria toma en consideración de las clases de conocimiento y de dolo como segunda clave esencial para poder “levantar el velo” y poder acceder a contemplar la prestación según su verdadero significado. En esta dirección se orientan, en diferente grado, las tesis mixtas.

7. El primer punto característico de las tesis mixtas⁴⁶⁶ es precisamente el de otorgar relevancia como base del juicio de peligrosidad a los conocimientos especiales en una articulación objetivo-subjetiva (<<mixta>>) del tipo objetivo. Es también el punto que marca el contraste principal con las tesis objetivas “puras” con las que, por lo demás, hay una coincidencia general en situar el problema de la neutralidad como cuestión de imputación objetiva.

Las **tesis mixto-objetivas** deben su nombre a una acentuación menor que las tesis mixto-subjetivas de datos “subjetivos” en la configuración de los criterios de imputación. Su agrupación como conjunto de tesis obedece a una plasmación sistemática no tan expresa ni desarrollada de la metodología objetivo-subjetiva que subyace a la configuración del injusto. En concreto el aspecto principal que marca la diferencia entre ambos grupos de tesis mixtas es que las tesis mixto-objetivas no incorporan como criterios expresos de resolución de los comportamientos neutros la discriminación de supuestos según la contribución presuntamente accesoria se efectúe con conocimiento seguro (dolo directo), o no (dolo eventual), respecto de la resolución delictiva ajena. El reconocimiento de relevancia al conocimiento especial no les lleva a dar el paso a configurar los criterios de imputación objetiva según la clase de dolo concurrente en el sujeto.

Esta tendencia general, una vez más, debe ser necesariamente matizada según dos grupos de autores dentro de las propias tesis mixto-objetivas.

7.1. Algunos defensores de la posición mixto-objetiva (PUPPE, NIEDERMAIR) tienden a abordar el problema de la neutralidad como un supuesto más sobre el que proyectar sus concepciones generales sobre la autoría y participación y la imputación objetiva. Adolecen, en definitiva, de una notable generalidad en sus propuestas de solución, asumiendo la relevancia de los conocimientos especiales, pero sin otorgar a estos un papel central en la resolución de casos.

No diferencian materialmente grupos de casos según sea el conocimiento seguro o eventual por lo que encajan fluidamente con una configuración del tipo objetivo que apueste por un igual <<grado de tendencia>> o peligrosidad cuyo juicio sería entonces completamente independiente de la intención.

Si los comparamos en resultados con las tesis objetivas “puras”, al reconocer relevancia a los conocimientos especiales flexibilizan los criterios de imputación permitiendo un

⁴⁶⁶ *Supra*, apartados 3.3. y 3.4.

ensanchamiento del tipo de complicidad que deviene, sin embargo, excesivo porque a tal apertura del tipo no sigue una diferenciación material de grupos de casos o una delimitación de sub-criterios que puedan compensar los riesgos de desproporción en la intervención penal. Dicho de forma más escueta: abren el tipo pero con propuestas generales que albergan el riesgo de arbitrariedad, sobre todo por el peligro de criminalizar riesgos generales de utilización delictiva ajena de la prestación sobre los que el presunto cómplice no dispone más que de un conocimiento puramente eventual. La regla general de impunidad que acertadamente propugnaban los defensores de tesis objetivas “puras” hasta el extremo –ya criticable- de remitir a la zona libre prestaciones con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena, amenaza aquí con invertirse para convertirse en regla general de relevancia típica de los comportamientos estándar.

7.2. Los riesgos de arbitrariedad y exceso en la intervención se ven, por el contrario, casi totalmente diluidos en otro grupo de autores (BLANCO CORDERO, RANSIEK) que presentan propuestas, también en la línea mixto-objetiva, pero muchos más matizadas y elaboradas sistemáticamente.

En primer lugar, no sólo reconocen relevancia a los conocimientos especiales, sino que identifican a éstos como dato extraordinariamente significativo para la resolución de comportamientos neutrales hasta el punto de que los erigen en (sub)criterio **expreso** de imputación objetiva: esto es, clasifican fundamentalmente las constelaciones de casos según la prestación se efectúe con conocimiento seguro o eventual de resolución delictiva ajena.

En segundo lugar, añaden otros criterios complementarios para orientar al intérprete en el juicio de adecuación de la conducta del partícipe y significativamente incorporan en concreto el criterio de la “cercanía” al hecho principal. Según el delito, cuya complicidad es objeto de análisis, se encuentre en fase ejecutiva o preparatoria, establecen reglas indiciarias de relevancia o irrelevancia, respectivamente, de la contribución. Se acercan desde este punto de vista, por tanto, a una de las ideas centrales que exponían los defensores de las tesis objetivas “puras” cuyas posiciones resultaban ser, sin embargo, no tan “puras”: autores como FEIJOO SANCHEZ o FRISCH, debe recordarse, mantenían posiciones más matizadas que abogaban por una clasificación de los mismos como “puente” hacia las tesis mixtas⁴⁶⁷. Al otro lado del “puente”, siguiendo con la metáfora, se encontrarían precisamente este grupo de defensores de tesis mixto-objetivas.

En tercer lugar, aunque no lo convierten en criterio expreso, subyace a sus concepciones una diferenciación material según clase de dolo. No llegan a dar el paso de erigir este dato en la segunda clave (junto a los conocimientos especiales) de estructuración de la respuesta dogmática a los casos de neutralidad. Pero son porosos y encajan fluidamente con una diferenciación de constelaciones de supuestos según que el favorecedor tenga conocimiento seguro (dolo directo) o relativamente inseguro (dolo eventual) de que el autor principal está decidido a llevar a cabo el hecho. A diferencia de la otra corriente de defensores de tesis mixto-objetivas, no parece que tiendan a una configuración del tipo objetivo con un idéntico <<grado de tendencia>>: sugieren, más bien, un juicio de peligrosidad en el nivel de imputación objetiva que sea de alguna manera dependiente de la intención.

En cuarto y último lugar, sus propuestas permiten controlar mejor los riesgos de exceso en la intervención. A la apertura del tipo objetivo gracias a la flexibilidad que otorga dar relevancia a los conocimientos especiales, se opone, como contrapeso, todo un elenco de sub-criterios

⁴⁶⁷ Sobre todo por otorgar relevancia a los conocimientos especiales a diferencia de JAKOBS.

complementarios (especialmente el relativo a la “cercanía”, pero también menciones a la normativa sectorial) que permiten filtrar con eficacia en los límites. Ello desemboca de hecho en propuestas que remiten de forma masiva a la zona libre supuestos de conocimiento eventual de resolución delictiva (dolo eventual). Su proximidad a las tesis mixto-subjetivas es, por todo lo expuesto, evidente.

8. La dirección que apuntan las **tesis mixto-subjetivas**⁴⁶⁸ debe necesariamente compartirse en la medida en que avanzan desde los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena como primer dato clave, hacia la configuración de los criterios de imputación objetiva según la modalidad de dolo concurrente. Se trata de las dos líneas maestras que, como criterios expresos, deben permitir una primera clasificación esencial de las constelaciones de casos aparentemente neutrales.

Su valor en sede de tipo objetivo, debe insistirse, debe ser, tanto respecto de los conocimientos como respecto de la modalidad de dolo, dar una información objetiva – intersubjetiva- sobre el contexto y propiedades del presunto favorecimiento para poder llegar a captar y sacar a la luz su verdadero sentido más allá de la apariencia de un actuar neutro, inócuo, conforme al rol profesional. Los datos “subjetivos” interesan en este primer nivel sistemático como “descriptores” o “reflectantes” de una realidad sobre la que proyectar el correspondiente juicio de peligrosidad referido al riesgo típicamente relevante de elevar las posibilidades de éxito del autor principal.

Su toma en consideración “adelantada” no supone una injustificable y perturbadora distorsión sistemática porque se produciría una pretendida confusión ente el tipo subjetivo (dolo) y objetivo. El aspecto cognitivo del conocimiento sobre la resolución delictiva ajena y su naturaleza segura o eventual se adelantan para cumplir la función informativa y descriptora de la realidad del comportamiento que sólo a la vista de su sentido puede ser objeto de una verdadera valoración normativa. Posteriormente estos mismos datos son tenidos en cuenta, de resultar afirmativo el juicio de peligrosidad, como una parte del dolo del cómplice. El conocimiento y su carácter eventual o seguro son una parte del tipo subjetivo que cumplen una función diferente según el avance secuencial de la teoría del delito y que, posteriormente, se integran en otro plano de valoración diferente en el tipo subjetivo. En todo caso el conocimiento y su carácter seguro o eventual como adelanto de la modalidad de dolo concurrente muestran también la relación fluida y la imposibilidad de una división tajante, estanco, entre los aspectos objetivos y subjetivos del injusto.

Desde un punto sistemático más general lo expuesto conduce a una asunción de la necesidad de diferenciar el <<**grado de tendencia**>> que debe proclamarse dependiente de la intención. El juicio de peligrosidad es más “sensible” si concurre dolo que si la conducta es imprudente y, respecto de la primera, en mayor medida si el dolo es directo que si resulta ser eventual. Con un grado de peligrosidad menor el dolo puede determinar la relevancia típica de una conducta que de concurrir imprudencia quedaría en la zona libre. La intención es una auténtica garantía objetiva de eficacia que permite asegurar en mayor medida que la parte del riesgo que depende del sujeto se vaya a materializar: es más fácil –probable- que se produzca un determinado resultado si se persigue, también en los supuestos en que el riesgo es muy reducido. En consecuencia el ámbito de imputación objetiva, o sea, el ámbito de relevancia típica, puede ser mayor si concurre dolo y mayor aún en el caso de dolo directo frente al eventual.

⁴⁶⁸ *Supra*, apartado 3.4.

9. La diferenciación de supuestos de dolo directo y eventual deja abierta la cuestión de si tal clasificación de grupos de casos debe determinar que con conocimiento inseguro, eventual, de resolución delictiva ajena, se excluye el castigo o se trata de un dato indiciario. De las dos actitudes fundamentales que en las tesis mixto-subjetivas vienen representadas por ROXIN y OTTO, debe rechazarse esta última en sus consecuencias de remitir a la zona libre toda conducta con conocimiento probable de utilización delictiva de la contribución en el ámbito laboral⁴⁶⁹. La diferenciación de supuestos no puede suponer dejar sin castigo de forma generalizada toda conducta con dolo eventual, menos aún si se tiene en cuenta que este tipo de comportamientos, y no los de dolo directo, van a ser los más habituales desde un punto de vista práctico.

9.1. Los supuestos de **dolo directo o conocimiento seguro** de resolución delictiva ajena suponen un primer indicio de relevancia típica del favorecimiento: quien en tales circunstancias vende objetos, realiza prestaciones, da informaciones...no puede ampararse en una suerte de presunción de neutralidad invocando para ello que el contexto formal de desenvolvimiento de la acción es el ámbito laboral y que actúa “como siempre” según comportamientos estándar de su trabajo.

Tal indicio de relevancia típica depende, además, de otros dos datos fundamentales para ser confirmado.

9.1.1. En primer lugar, resulta esencial que el delito principal esté en fase ejecutiva o preparatoria. Desde luego que un delito en marcha, pongamos de lesiones, siempre que esté a la vista del eventual favorecedor va a determinar que su prestación se haga, a su vez, con conocimiento seguro de su utilización delictiva concreta. La “cercanía” al hecho principal “contamina” el sentido de la contribución que ya no puede tildarse de neutra: su sentido es claramente delictivo.

El problema se centra, sin embargo, en supuestos de fase preparatoria o en ese terreno “de nadie” en que no cabe discernir con precisión matemática si se ha iniciado la realización típica. En estos supuestos el conocimiento seguro de resolución delictiva ajena invierte la presunción de irrelevancia de la contribución pues conecta al eventual favorecimiento una “cercanía” al delito que “no se ve” –no hay actos ejecutivos- pero del que se tiene noticia. De ese dato seguro debe partir la persona razonable que *ex ante* debe valorar si con la tal prestación se están elevando de forma típicamente relevante las posibilidades de éxito de un delito ajeno. El conocimiento especial, seguro, es, en este sentido, un equivalente funcional a la “cercanía” como criterio normativo de relevancia. El “conocimiento” puede equivaler, entonces, a la presencia de actos ejecutivos: no hace falta ver el delito en marcha si su inicio es inminente.

Naturalmente el conocimiento seguro acompañado de actos ejecutivos o en una fase inminente de ejecución no puede ser comparado a un conocimiento muy alejado: en fase preparatoria. Cuanto más adelantada se encuentre dicha fase preparatoria respecto del inicio de actos ejecutivos más difícil será que el dato indiciario del conocimiento determine una relevancia típica. Aún más, difícilmente podrá imaginarse que pueda hablarse de conocimiento “seguro” en

⁴⁶⁹ Ello tampoco supone asumir la propuesta de ROXIN en todos sus términos: en concreto no, por ejemplo, su criterio de la “reconocible orientación al hecho” (véase, *supra*, apartado 3.4.1.). Se comparte su actitud fundamental que refleja un indicio de irrelevancia en casos de concurso de dolo eventual que requiere, para su castigo, ulteriores comprobaciones y una mayor carga argumental. La dirección de esta última, sin embargo, debe ser precisada y enriquecida en el sentido que a continuación se sugiere en el texto.

términos intersubjetivos. Ello nos llevaría entonces al dolo eventual donde, como ahora expondremos, los indicios de relevancia se invierten.

Con todo, debe completarse la reflexión sobre las fases ejecutiva y preparatoria con la valoración de *lege lata* y *lege ferenda* que merezca el bien o bienes jurídicos en juego. Si en un determinado ámbito delictivo los actos preparatorios no son punibles por decisión del legislador, debe tenderse a un juicio *ad casum* más garantista que tanto en la fase preparatoria como incluso al límite de la ejecutiva esté dispuesto, incluso con conocimiento seguro, a negar la relevancia típica de la contribución aceptando su neutralidad a efectos jurídico-penales. La importancia del bien jurídico y su jerarquía normativa deben también atemperar o endurecer el juicio concreto de peligrosidad.

9.1.2. En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta, aún con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena, aunque en un plano más secundario que el criterio de la “cercanía”, el dato del cumplimiento o incumplimiento de **normativa sectorial** (no jurídico-penal). Sin duda la transgresión de normativa sectorial, máxime si su existencia se debe precisamente a consolidar protocolos de actuación que dificulten actividades delictivas, es un nuevo indicio que con conocimiento seguro y cercanía al hecho principal ayuda a decantar definitivamente el juicio de peligrosidad. Pero, sin embargo, el cumplimiento formal de tal normativa, o incluso en situaciones de ausencia de ésta la actuación formalmente no transgresora, no es un dato tan relevante de por sí como para poder anular el peso normativo de un conocimiento seguro acompañado de un actuar en fase ejecutiva⁴⁷⁰. En todo caso, la contemplación del cumplimiento de normativa extrapenal no puede sustituir el necesario juicio de peligrosidad que desde parámetros normativos penales debe llevarse a cabo, caso por caso, según el contexto y circunstancias concurrentes⁴⁷¹.

9.2. Si bien en supuestos de dolo directo no puede compartirse la tendencia de la tesis objetivas “puras” que, a fuerza de no distinguir según modalidades de dolo, sugerían una regla general de impunidad para todo comportamiento aparentemente neutral⁴⁷², la situación se invierte en casos de **dolo eventual**. Desde un punto de vista práctico, si se tiene en cuenta que la mayoría de supuestos imaginables en la práctica forense serán comportamientos con dolo eventual, conserva nuestra propuesta una regla general de impunidad para el grueso de comportamientos estándar.

El hecho de que quien se dispone a realizar una prestación o intercambio comercial plantee la posibilidad –conocimiento eventual– de que su contribución puede servir a fines delictivos es un presupuesto que de asumirse como argumento suficiente para activar el tipo de complicidad llevaría, simple y llanamente, a la paralización de la vida social y a un recorte

⁴⁷⁰ Nos adherimos por tanto a la tesis de OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, p. 444, cuando asegura que el cumplimiento de normativa sectorial no puede neutralizar el carácter criminal de la contribución que se hace con conocimiento positivo de su utilización delictiva.

⁴⁷¹ Se trata esta referencia a la normativa sectorial de una reflexión que se sugiere pero que debe ser objeto de una mayor profundización que no podemos llevar a cabo en este sede. Limitaciones del objeto de estudio nos han llevado a concentrarnos y limitarnos a las implicaciones del problema de la neutralidad a la vista principalmente de los conocimientos especiales. Otros aspectos, como éste, por ejemplo, deben ser acogidos por tanto con especial cautela en su calidad de hipótesis de trabajo necesitadas de ulteriores precisiones y reflexiones.

⁴⁷² Ya hemos visto que en nuestra propuesta partimos de que el dolo directo es, precisamente, un indicio de relevancia típica.

insuportable de la libertad de actuación del ciudadano de un Estado que se pretenda democrático, social y de Derecho.

El comportamiento de la “vida diaria” del profesional o trabajador acompañado de un dolo eventual de resolución delictiva ajena es todavía un indicio de irrelevancia penal de la contribución que ampara la actuación como propia de la zona libre. Esto marca un carácter de excepcionalidad para supuestos de complicidad punible con dolo eventual que sólo habrá de materializarse, en su caso, una vez más, a la luz, en primer lugar, del criterio complementario de la “cercanía” y, en segundo lugar, según la normativa sectorial.

La presencia de actos ejecutivos en el contexto de actuación es difícil de imaginar en supuestos de dolo eventual: si el delito está en marcha ¿cómo sostener que no es segura la utilización para fines delictivos concretos? Por tanto sólo en casos muy límite cabe pensar que la duda se funda en que los actos ejecutivos no se han iniciado pero, aún en fase preparatoria, las probabilidades de utilización delictiva son muy altas aunque no seguras. Dicho más simplemente: si el dolo eventual en una lectura interpretativa más atenta nos lleva en realidad a un dolo casi directo podrá asumirse el castigo. En ello será fundamental por tanto la presencia de actos ejecutivos o al límite que ya no hacen verosímil la hipótesis de que el presunto cómplice no tenía seguridad del plan delictivo que se iba a poner en marcha.

La perspectiva de si los actos preparatorios son punibles, o no, *de lege lata* en el ámbito de conductas en que se mueve el acto neutral a examen puede también ser un dato que ayude a invertir en supuestos realmente excepcionales el indicio de irrelevancia. Con dolo eventual y en fase preparatoria del delito principal todo apunta a la impunidad del acto neutral pero si el acto preparatorio del hecho principal fuera punible según el derecho positivo ello podría fundamentar una base más amplia para considerar excepciones.

Por último también cabe invocar el último criterio referido a la normativa sectorial como un dato más. Su transgresión anudada a un delito principal al límite de la fase ejecutiva pero con dolo eventual de resolución delictiva ajena sólo excepcionalmente dará lugar al castigo del comportamiento estándar. La transgresión de la normativa sectorial, por tanto, no es capaz de invertir la regla general de impunidad de este grupo de casos, aunque, según el juicio individualizado de cada supuesto, puede acumularse como elemento significativo que en algún momento abra la vía excepcional del castigo.

10. Desde un punto de vista **material** los criterios que se proponen deberían contribuir, según la valoración inevitable caso a caso, a fijar el límite mínimo del tipo de complicidad en comportamientos que entrañen al menos un **peligro “posible”** en la línea de lo sugerido por TORIO LOPEZ para los delitos de peligro⁴⁷³. La difusa frontera entre el riesgo típico de favorecimiento por elevación de las posibilidades de éxito del autor y riesgos generales de la vida diaria (<<riesgo permitido>>) nos remite a un plano valorativo en que debe sopesarse, en un juicio de pronóstico *ex ante*, la posibilidad de un “contacto” ente la acción aparentemente neutral y el bien jurídico protegido (“ataque accesorio”). Aquéllas concepciones que se conforman con riesgos excesivamente generales y que asumen que el mero conocimiento potencial de utilización delictiva es base suficiente para la imputación de la contribución como complicidad punible, albergan, de una forma materialmente equivalente, una “presunción” de peligrosidad (<<peligro presunto>>) injustificable. La doctrina de los delitos de peligro abstracto y la delimitación del límite mínimo de la complicidad se reconducen así a un terreno común que exige un coeficiente de peligrosidad material aunque sea residual, pero real, como garantía de

⁴⁷³ TORIO LOPEZ, *Los delitos, passim*.

lesividad para legitimar la intervención según el principio irrenunciable de exclusiva protección de bienes jurídicos frente a ataques especialmente graves.

Siguiendo con el paralelismo, también en los delitos de peligro se utilizan elementos subjetivos para describir las conductas relevantes. Ello no supone la asunción del derecho penal de la actitud interna. De igual manera, en supuestos de complicidad al límite el juicio de peligrosidad también puede verse condicionado por datos subjetivos: nuestra tesis y conclusión es que el conocimiento de resolución delictiva ajena y su naturaleza segura o eventual es precisamente ese dato “subjetivo” clave para determinar el sentido delictivo o neutral de los comportamientos estándar en el ámbito mercantil, profesional y laboral.

Desde la óptica de la **tentativa** también cabe establecer un cierto paralelismo material con las conductas a estudio en lo que al juicio de peligrosidad hace referencia. El alejamiento de la conducta del presunto cómplice respecto de resultado (mediato) hace que la definición de los contornos del juicio de peligrosidad en el desvalor de acción se encuentre con dificultades en la misma línea que la tentativa inidónea. El límite mínimo de la complicidad se muestra así, estructuralmente, en un plano equivalente a otras “orillas” de la teoría del delito como también veíamos en el caso de los delitos de peligro abstracto.

En un plano general los criterios expuestos para deslindar la relevancia típica de los comportamientos aparentemente neutrales tampoco deben permitir que materialmente se consideren complicidades punibles conductas que no equivalgan al menos a un nivel de

peligrosidad necesario para integrar una tentativa inidónea⁴⁷⁴.

⁴⁷⁴ Interrumpimos en este punto esta interesante línea de comparación entre la tentativa inidónea y la complicidad al límite. Baste, únicamente, por las limitaciones del objeto de trabajo, con las siguientes reflexiones. Desde este plano del paralelismo estructural entre el juicio de peligrosidad en la tentativa inidónea y en la complicidad al límite, se detecta de forma especialmente nítida el riesgo de que fundamentos cercanos a la teoría de la impresión (“solidaridad con el injusto ajeno”) puedan infiltrarse de forma paralela para intentar decantar el juicio de peligrosidad del partícipe en el ámbito de la neutralidad. TORIO LOPEZ, *Indicaciones, passim* y pp. 181 y 182, diagnostica adecuadamente que nos movemos aquí en un terreno que tantea la excepción sistemática con el riesgo de que ante la falta de peligrosidad debamos recurrir a planteamientos en términos de conmoción social para “cerrar lagunas” (*op. cit.*, p. 182). Debemos ser, por tanto, conscientes que en los comportamientos aparentemente neutrales cabe el riesgo de que se reproduzcan intentos de incluir en el radio de acción del tipo de complicidad conductas carentes de peligrosidad pero que causan alarma y conmoción por expresar una cierta solidaridad con el injusto principal (véase, *supra*, apartado 3.2.1.2., la posición de SCHUMANN). La tentación de imputar a riesgos generales responsabilidad accesoria debe combatirse tomando conciencia de que la alarma y conmoción sólo tienen cabida secundariamente una vez comprobada la peligrosidad típicamente relevante. Desde este punto de vista merecen una seria reflexión las consideraciones críticas de ALCACER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, pp. 199 y 200, cuando reprocha a TORIO que parta de un concepto de peligro ontológico y de un juicio de peligrosidad *ex post*, por lo que debe asumirse probablemente una conformación del juicio de peligrosidad estrictamente *ex ante* (véase, MIR PUIG, *Derecho*, p. 346 ss.; DEL MISMO, *Sobre la punibilidad*, p. 80 ss.) pero no hasta el extremo de castigar por la “pura apariencia” conformada normativamente. De la misma manera que se traza una difusa frontera según consideraciones estrictamente valorativas ente la tentativa inidónea y la irreal, de forma paralela y salvando las distancias, en el ámbito de los comportamientos aparentemente neutrales también debe trazarse un límite más allá del cual deben quedar fuera del tipo de complicidad comportamientos no suficientemente peligrosos por mucha conmoción que puedan suscitar.

Todo ello, sin perjuicio de que el comportamiento pueda llegar a integrar una participación punible por ser constitutivo de complicidad psíquica o resulte penalmente relevante como omisión.

5. CONCLUSIONES DE POLITICA CRIMINAL

1. Habiendo sido ya esbozado en un apartado anterior⁴⁷⁵ el diagnóstico de política criminal respecto de la cuestión de los comportamientos aparentemente neutrales de complicidad, no resta aquí sino indicar algunas conclusiones según las tendencias dogmáticas analizadas⁴⁷⁶.

2. Podría resumirse el reflejo de la discusión político-criminal en este sector particular como un debate entre “funcionalistas” radicales y moderados o, si se prefiere, entre corrientes interpretativas más o menos normativistas en la construcción dogmática. Ya que si se deja a un lado el conjunto de posturas encuadradas en las llamadas tesis subjetivas, la polémica sobre los límites del tipo de complicidad se desarrolla entre defensores de la moderna teoría de la imputación objetiva llegando a unos u otros resultados según las bases sobre las que se construyen los criterios de imputación.

En concreto, y simplificando al prescindir de los sectores más intermedios y “puente” de cada corriente, la actitud menos intervencionista subyace a los planteamientos de las tesis objetivas “puras” lideradas por el máximo representante del funcionalismo radical (JAKOBS) en contraste con las propuestas en general más propensas a la ampliación del tipo de participación por parte de las tesis mixtas⁴⁷⁷.

3. Si dejamos a un lado sectores de la criminalidad de corte más tradicional y en los que los bienes jurídicos implicados son del máximo rango (vida, integridad física y salud...)⁴⁷⁸, sorprende que en ámbitos regulativos tan cercanos al núcleo del actual debate sobre la <<expansión>> del derecho penal⁴⁷⁹, como lo son las conductas al límite de la complicidad en la delincuencia de corte económico y empresarial (delitos contra la Hacienda Pública, medio ambiente...), se produzca una aparente inversión de los roles en la medida en que las corrientes más normativistas aboguen por la retirada e inhibición del derecho penal mientras que los sectores más eclécticos (<<tesis mixtas>>), por el contrario, allanen obstáculos a la intervención.

⁴⁷⁵ *Supra*, apartado 1.2.

⁴⁷⁶ *Supra*, apartados 3 y 4.

⁴⁷⁷ Al margen de la terminología, coincidente en la división esencial de tendencia AMBOS, *Beihilfe, passim*.

⁴⁷⁸ Según los bienes jurídicos sean de mayor rango resulta más fácil concitar el consenso a la hora de intervenir con el instrumento penal. Hemos de insistir (véase *supra*, apartado 4) que el bien jurídico debe ser sin duda un referente axiológico fundamental en el enjuiciamiento del peligro y, por tanto, en la delimitación *ad casum* de las fronteras del tipo. Ello se ha de reflejar también en el hecho de que la alta jerarquía del objeto de protección incidirá en las mayores posibilidades de que ataques en forma de actos preparatorios también podrán resultar castigados de *lege lata* a pesar de la excepcionalidad de su incriminación en el nuevo Código penal de 1995: ello, según nuestros criterios de resolución del problema, podrían facilitar también que, en todo caso de forma excepcional, actos aparentemente neutros en fase preparatoria del hecho principal (ausencia relativa de “cercanía”) podrían verse incluidos en el ámbito de prohibición del tipo de participación.

Para un análisis monográfico del problema de la neutralidad desde la perspectiva preferente de conductas que afectan a bienes jurídicos fundamentales como la vida o la integridad física y la salud (homicidio y lesiones), véase, FEIJOO SANCHEZ, *Límites*, p. 13 (y *passim*). Aboga por la toma en consideración de la jerarquía del bien jurídico como referente interpretativo esencial en la precisión del juicio de peligrosidad de estas constelaciones de casos, por todos, GOMEZ TOMILLO, *Libertad*, p. 440.

⁴⁷⁹ SILVA SANCHEZ, *La expansión, passim*.

Debe además llamarse la atención sobre que, precisamente en estos sectores de criminalidad más próximos al mundo económico y empresarial, es en donde se proyectan los recientes pronunciamientos jurisprudenciales, al menos en Alemania o Suiza⁴⁸⁰, por lo que parece que supuestos de esta clase son los que van a ocupar previsiblemente la práctica forense más allá, por tanto, de los ejemplos de “cátedra” tan recurrentes en la discusión de los comportamientos estándar.

Por ello indicábamos que esta cuestión de los límites del tipo de complicidad en realidad se muestra como un síntoma más de la expansión del derecho penal⁴⁸¹ y tiende a reflejar las actitudes político-criminales y dogmáticas fundamentales en el debate. Todo ello urge, entonces, a explicar por qué, sin embargo, esa aparente contradicción⁴⁸² de que los sectores más normativistas se muestran más cautos y garantistas mientras que la corriente funcionalista moderada representa las posiciones más criminalizadoras.

4. Ya SILVA SANCHEZ advertía del potencial crítico y restrictivo de las corrientes funcionalistas, incluso de sus manifestaciones más radicales⁴⁸³, haciendo hincapié en la idea de que una metodología teleológica no puede quedar prejuzgada y estigmatizada hasta conocer cual es el *telos*, esto es, la referencia axiológica fundamental que sirve de guía en la construcción de las categorías dogmáticas.

A nuestro juicio, sin embargo, no debe buscarse la clave de la actitud político-criminal fundamental de las tesis objetivas “puras” en un pretendido garantismo o en la necesidad de conjurar riesgos de desproporción en la intervención, excesiva expansión o arbitrariedad en el ejercicio del *ius puniendi*. Más allá de lecturas de intenciones, objetivamente podría reprocharse en el ámbito de los comportamientos neutrales una inhibición sospechosa que parece querer solucionar los difíciles problemas de interpretación al límite simplemente con una retirada. Si se permite el símil, como si de la táctica de la avestruz se tratara, se niega sistemáticamente la relevancia típica de cooperaciones, a las que se tilda de neutrales, fruto de un trazado del límite de la complicidad que, de hecho, soluciona por negación los problemas que requieren de un esfuerzo dogmático mayor que invocar los riesgos de posible tránsito a un derecho penal de “enemigos”⁴⁸⁴.

En realidad nadie niega los riesgos a que nos enfrentamos si se conforma inadecuadamente el tipo de complicidad de suerte que se permita la infiltración subrepticia de posiciones de garantía genéricas. Si el nudo conocimiento de resolución delictiva ajena funge como base suficiente de imputación, estaremos consagrando la criminalización de la pura simpatía (<<solidaridad>>) con el delincuente y ampliando genéricamente la participación hasta su disolución como instrumento de adscripción individualizada de responsabilidad conforme al tradicional acervo liberal sintetizado en la genérica invocación del principio de culpabilidad. El

⁴⁸⁰ Véase los trabajos de WOHLERS, *Gehilfenschaft*, p. 425 ss.; y DEL MISMO, *Hilfeleistung*, p. 169 ss., con abundantes referencias a las sentencias de los altos tribunales suizo y alemán en materias de estafas, defraudaciones de impuestos, etcétera. Véase, también, el análisis de OTTO, *Das Strafbarkeitsrisiko*, pp. 437 ss. y 442 ss.

⁴⁸¹ En un nivel general probablemente como campo de fuerzas en que se vislumbra la tensión por reducir las esferas de <<riesgo permitido>> tal y como indica SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 35.

⁴⁸² SCHÜNEMANN, *Consideraciones*, pp. 20 ss. y 36 ss., cuando acusa al normativismo radical de JAKOBS de servir de expediente legitimador de corrientes expansionistas del legislador sin concederle potencial crítico ninguno que oponga una barrera de contención mínimamente eficaz al legislador. Véase, *supra*, apartado 1.2.

⁴⁸³ SILVA SANCHEZ, *La expansión*, p. 89 ss., defendiendo el potencial garantista de estas corrientes.

⁴⁸⁴ JAKOBS, *Kriminalisierung*, *passim*.

problema no es, sin embargo, el de negar los riesgos, que nadie lo hace, sino cómo diseñar los modelos de responsabilidad para una intervención controlada que los neutralice. No puede, por tanto, disolverse el problema “escondiendo la cabeza” y remitiendo a la zona libre todo comportamiento aparentemente neutral.

5. El problema verdadero de las tesis objetivas “puras” es por tanto que su pretendido purismo al querer configurar una imputación objetiva a base de una purga de todo “subjetivismo” deviene en inflexibilidad de los instrumentos dogmáticos. Una separación estanco, radical, entre los tipos objetivo y subjetivo dificulta que la interpretación secuencial de la teoría del delito pueda captar adecuadamente los matices del comportamiento humano en que tanto datos objetivos como subjetivos resultan imprescindibles en la dotación del sentido que habrá de resultar objeto de valoración.

Dicha inflexibilidad tiene como resultado la constitución de un filtro de imputación objetiva excesivamente restrictivo, hasta el punto que informa una línea de política criminal rechazable que propicia espacios de impunidad principalmente en actividades económicas, empresariales y mercantiles necesitadas de intervención punitiva.

6. La línea de política criminal que entendemos debe seguirse es la que posibilita una intervención controlada y sin excesos punitivos. No se trata, en las antípodas de las tesis objetivas “puras”, de levantar todo reparo a la intervención exponiendo al ciudadano a una criminalización insostenible de actitudes antes que de hechos. Debe allanarse el terreno para una intervención moderada precisamente dotando de criterios de imputación que permitan una orientación “relativamente” segura al intérprete. Relativamente ya que en el sector regulativo límite en que nos movemos no resulta posible una propuesta interpretativa tan concreta como probablemente podría llegar a formularse en los sectores nucleares del tipo de complicidad.

Ahora bien, reconocer la necesaria valoración *ad casum* y advertir de que los criterios de imputación no pueden evitar el momento axiológico o valorativo final como decisión del caso particular, no puede llevarnos a conformarnos con propuestas excesivamente generales y que renuncien a una relación de sub-criterios de imputación particulares. Por ello la línea general que representan las tesis mixto-objetivas nos resulta insuficiente por el riesgo que albergan de precipitar una expansión descontrolada y desproporcionada del instrumento penal en el límite mínimo del tipo de participación. La apertura del tipo objetivo mediante la toma en consideración de conocimientos especiales (de resolución delictiva ajena) no se ve compensada en estas tesis por una adecuada diferenciación de grupos de casos según modalidad de dolo concurrente, ni tampoco es suficiente el desarrollo sistemático en sub-criterios complementarios cuya ausencia desprotege al tipo de una utilización arbitraria y desproporcionada.

7. Las claves para asegurar una expansión controlada del brazo punitivo en el sector de los comportamientos estándar pasa entonces por una combinación de propuestas al menos a dos niveles en la línea de las tesis mixto-subjetivas.

7.1. Desde un plano sistemático más general se impone una configuración del injusto mixta, objetivo-subjetiva, con reflejo expreso en el nivel de imputación objetiva. El juicio de peligrosidad de favorecimiento debe precisarse sobre la base de los conocimientos especiales, particularmente del de resolución delictiva ajena. Pero, además, debe asumirse la opción sistemática de reconocer un grado de tendencia diferenciado según la intención. Este segundo aspecto entraña un cierto contrapeso a la “apertura” del juicio de peligrosidad sobre todo en

constelaciones de casos de dolo eventual puesto que se reconoce que con conocimiento eventual de resolución delictiva ajena el ámbito de imputación objetiva es menor.

En este primer nivel los datos combinados de asumir la relevancia de conocimientos especiales y un grado de tendencia diferenciado según el dolo concurrente sea directo o eventual, posibilita una doble aproximación inicial a los comportamientos estándar en los siguientes términos: si el dolo es directo la línea político-criminal es de clara intervención sugiriendo una regla general de relevancia típica de la contribución; si el dolo, por el contrario, es eventual, se invierte la regla general dándose prioridad a los aspectos más garantistas. En el dolo eventual se traza la frontera de la expansión convirtiéndose aquí la intervención penal en excepción. Si, además, se tiene en cuenta que, desde un punto de vista práctico, los supuestos de dolo eventual son los más numerosos, no cabe duda que la aparente política intervencionista adquiere perfiles muchos más moderados y matizados.

7.2. Pero además, en un segundo nivel, se combinan las opciones sistemáticas generales con criterios complementarios que, fruto de un desarrollo sistemático y dogmático mayor, aseguran mejor la controlabilidad en resultados del tipo de participación.

La regla general de intervención que inicialmente se asume como punto de partida si concurre dolo directo de resolución delictiva, debe aún pasar otros dos filtros: el de la “cercanía” de la contribución aparentemente neutral a la fase ejecutiva del hecho principal y, secundariamente, los datos indiciarios que se deriven del cumplimiento o transgresión de normativa sectorial⁴⁸⁵. Los criterios complementarios, en definitiva, se encargan de oponer nuevas barreras a una intervención eventualmente desproporcionada también en el ámbito de conductas con dolo directo.

Respecto de comportamientos de dolo eventual, la regla general de irrelevancia de la contribución se refuerza con los mismos criterios complementarios (“cercanía” y normativa sectorial) que restringen aún más los casos excepcionales en que deba asumirse la necesidad de intervención penal con conocimiento inseguro de utilización delictiva de la contribución.

8. Las opciones sistemáticas generales de las tesis mixto-subjetivas y su necesario complemento y enriquecimiento con sub-criterios de imputación más particulares dan como resultado un sistema de imputación objetiva de responsabilidad que mantiene una posición de equilibrio entre los extremos de sospechosa inhibición y desproporcionada intervención de las tesis objetivas “puras” y mixto-objetivas. Acertadamente arrojan un balance final de irrelevancia penal en la mayoría de supuestos de comportamiento aparentemente neutral pero abren, al mismo tiempo, espacios controlados de expansión del instrumento punitivo en los nuevos sectores de la criminalidad del ámbito laboral y mercantil.

Desde un punto de vista metodológico general, representan también un adecuado equilibrio entre los niveles descriptivo y prescriptivo del instrumento dogmático que en un necesario eclecticismo huye de excesos normativistas y falsos ontologiscismos, sirviendo una orientación intermedia con resultados político-criminalmente practicables y ponderados.

⁴⁸⁵ Véase, *supra*, apartado 4.

6. ANÁLISIS DE LAS CONSTELACIONES DE CASOS SEGÚN LA TESIS DEFENDIDA

1. Habiendo expuesto el problema de la neutralidad tanto en su vertiente dogmática como político-criminal, sólo nos resta una referencia específica a las líneas de solución de los diferentes grupos de casos. Referencia que habrá de ser necesariamente breve por cuanto no interesa un análisis detallado de todos y cada uno de los casos que se describían en la introducción⁴⁸⁶. El objetivo es más bien el de ilustrar las propias tesis sugiriendo los resultados a que tienden según los diferentes grupos de constelaciones, pero sin aspirar a una calificación jurídica en detalle que requeriría, por otra parte, una descripción de la base fáctica mucho más pormenorizada.

2. El conjunto de supuestos que agrupábamos bajo la denominación de comportamientos dirigidos a la “satisfacción de necesidades vitales”⁴⁸⁷ deben quedar en principio al margen del ámbito de prohibición del tipo de participación. Se trata de comportamientos que, antes de plantearse como casos propiamente de “neutralidad”, albergan, sin más, un riesgo excesivamente genérico que hace ocioso un análisis posterior de si el sujeto conocía la resolución delictiva ajena y, en su caso, con qué seguridad tenía tal conocimiento (modalidad de dolo). El presupuesto de la toma en consideración de los criterios de solución propuestos es, antes de nada, que estemos ante comportamientos que apunten a un riesgo mínimamente configurado de favorecimiento: *ex ante* debemos preguntarnos hasta qué punto la actuación en cuestión tenía idoneidad para elevar las posibilidades de éxito de una lesión –o puesta en peligro- de un <<determinado>> bien jurídico. Sólo sobre esta base podríamos, entonces, comenzar a afinar el juicio de peligrosidad a la búsqueda de un umbral de relevancia.

En los CASOS 1 a 5 el riesgo es demasiado genérico o, si se prefiere, facilita presupuestos vitales de un determinado sujeto no de su específico actuar: la ligazón se produce entre personas antes que una contribución que favorezca un hecho determinado. El hecho de vender pan o carne a un proxeneta del que se conoce positivamente (dolo directo) que regenta un local en que se prostituyen menores y con uso de la violencia, no está en situación de elevar las posibilidades de éxito del actuar delictivo. Pongamos un ejemplo paralelo: un cartero reparte todos los días la correspondencia a un vecino suyo del que conoce que maltrata a su mujer: ¿es cómplice de lesiones? Como mucho se puede llegar a integrar un delito de omisión pura (¡que le denuncie! –art. 450 CP-) o, en otras circunstancias, podría estudiarse su relevancia penal como complicidad psíquica.

Como vemos no todos los supuestos que en la literatura se tildan de aparentemente “neutrales” se sitúan en un mismo plano: no hace falta en el caso del proxeneta recurrir al dato esencial del conocimiento de resolución delictiva ajena ni a su carácter seguro o eventual [CASOS 1 y 2]. Tampoco es decisivo que la dueña de un bar tenga conocimiento de que uno de los clientes va a llevar a cabo un atentado o sólo sospecha que quizás va a producirse un robo en un supermercado [CASOS 3 y 4]. Tampoco facilitar una bebida refrescante tiene entidad como riesgo específico que pueda ponerse en relación de accesoriedad con el ataque que se dirige en forma de forzamiento de una máquina expendedora de tabaco por mucho que se conozca positivamente que se está produciendo un hecho delictivo [CASO 5]. Aunque parezca más evidente la irrelevancia penal cuando el contexto es de “sospecha” (dolo eventual) de acción delictiva frente a un conocimiento positivo (dolo directo), en ambos casos no cabe poner en relación la contribución (neutra) con el hecho delictivo por venir. Aquí, por simplificar, están de sobra las propuestas realizadas en este trabajo y no parece que se trate de supuestos que

⁴⁸⁶ *Supra*, apartado 2.

⁴⁸⁷ *Supra*, apartado 2.1.

llegarían hoy en día a generar demasiada controversia sobre su irrelevancia por falta de especificidad del riesgo de favorecimiento desde el punto de vista de la complicidad⁴⁸⁸.

3. El segundo grupo de casos que denominábamos de “**cumplimiento de obligaciones jurídicas no específicamente penales**”⁴⁸⁹ requiere ya de algunas matizaciones.

3.1. En primer lugar, no se trata de un bloque tan homogéneo pues la referencia a “obligaciones” resulta más bien impropia. Sólo en un sentido muy genérico podríamos decir que el prestatario tiene obligación de devolver el importe del préstamo concedido (CASO 7) de la misma forma que hay obligación (¿moral?) de entregar dinero a la compañera sentimental (CASO 6) o debe hacerse frente al pago de los servicios (de bricolaje o odontología –CASOS 8 y 9-) previamente contratados.

A menos que en el supuesto de relación sentimental estuviéramos hablando, por ejemplo, de una pensión jurídicamente obligatoria por una relación previa con posterior separación, sólo en el caso del préstamo a devolver cabe hablar, entonces, de obligación en sentido estricto. Ante este último supuesto la proximidad con el diagnóstico que realizábamos respecto del grupo de casos de “satisfacción de necesidades vitales” resulta evidente en el sentido de que el riesgo generado por el prestatario que hace frente a su obligación presenta unos perfiles excesivamente genéricos que impiden su puesta en relación con el hecho delictivo posterior. Nuevamente resultaría ocioso recurrir en primer término a los criterios de conocimiento, modalidad de dolo, cercanía al hecho principal o transgresión de la normativa sectorial sin preguntarse antes si estamos si quiera en un nivel muy genérico ante un posible favorecimiento mínimamente específico.

Ha de tenerse en cuenta que los criterios que sugerimos persiguen el objetivo de sacar a la luz de forma matizada y significativa el contexto en que se desenvuelve la contribución cuya neutralidad o relevancia se discute. La presencia de una obligación jurídica perfectamente perfilada nos da ya, sin embargo, ese contexto estándar no delictivo que debe reconducir la calificación jurídico-penal a la atipicidad por falta de peligrosidad antes que a invocar una causa de justificación que entrañaría la asunción de que indiciariamente había visos de antijuricidad que sólo excepcionalmente se han visto despejados por la concurrencia de intereses contrapuestos en una ponderación *ad casum*. Más bien, insistimos, la presencia de obligaciones en sentido estricto apuntan a una regla general de conformidad del comportamiento con las normas penales que debe reflejarse ya en sede de tipicidad sin esperar a las causas de justificación⁴⁹⁰.

3.2. Según nos alejamos del supuesto de la obligación del prestatario nos acercamos más a la problemática central de la neutralidad. Ello puede ilustrarse de la mano del ejemplo del préstamo pero ahora con el matiz de que no se trata de su devolución obligatoria tras la concesión, sino del caso en que el director de sucursal decide su concesión aunque sospecha que puede ser utilizado el dinero para fines delictivos (CASO 21). En el momento en que no se pueda hablar de una obligación jurídica concreta los términos de la cuestión nos remiten al

⁴⁸⁸ Esencialmente coincidente, por todos, RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit*, pp. 45 y 46 (advirtiendo del riesgo de derecho penal de autor si se castigara este tipo de conductas que <<favorecen>> más al autor que a sus obras); AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 21. Y, entre nosotros, ya apunta a ello respecto del delito de blanqueo de capitales BLANCO CORDERO, *Negocios*, pp. 284 y 285.

⁴⁸⁹ *Supra*, apartado 2.2.

⁴⁹⁰ En otro sentido, sin embargo, BLANCO CORDERO, *El encubrimiento*, p. 47.

ejercicio de derechos de libre actuación en el tráfico mercantil o del libre ejercicio profesional o laboral.

En los casos de la “pensión” que luego se oculta para poder obtener subvenciones de forma ilícita (CASO 6) o de los encargos de bricolaje o prestación odontológica como base previa de una defraudación impositiva (CASOS 8 y 9), la relación jurídica se constituye de acuerdo a la autonomía de la voluntad pero, esa es la hipótesis, a la vista de un posible hecho delictivo futuro relativamente concreto e individualizable. El contexto delictivo “planea” en el mismo momento en que se va a constituir la relación jurídica previa y no sobreviene, a diferencia del ejemplo del préstamo, *a posteriori*. La relación jurídica no puede desgajarse de forma tan nítida respecto de la actuación delictiva “por venir” y ello arroja dudas sobre si esta última no debe considerarse desde el punto de vista jurídico-penal que “contamina” a aquélla.

Aquí ya no podemos compartir sin matices el diagnóstico de AMELUNG cuando asegura que en materia fiscal no basta con colaborar en el nacimiento del hecho impositivo para poder considerar rebasado el umbral de relevancia típica por complicidad aunque se sepa que un tercero va a defraudar el pago de impuestos⁴⁹¹. Contribuir a crear el presupuesto base sobre el que nace la obligación impositiva podría llegar a calificarse de complicidad punible si se realiza a plena conciencia y con conocimiento positivo de que se está contribuyendo a elevar las posibilidades de éxito de un hecho delictivo concreto. En el caso del cliente de un dentista que sistemáticamente defrauda al fisco, sabiéndolo el paciente, apunta a una peligrosidad relevante cuando contrata sus servicios pues: en primer lugar, conoce positivamente que la prestación que va a contratar se enmarca en un contexto delictivo; en segundo lugar, hay una evidente cercanía a la fase ejecutiva si es que el delito está en marcha pues son diversos pagos de múltiples clientes los que van a determinar, por acumulación, que las cuotas a defraudar rebasen los volúmenes que exige el tipo; y, en tercer lugar, la no solicitud de factura cuando su libramiento es preceptivo entraña una cierta maniobra conjunta en la transgresión, en su caso, de normativa sectorial.

Si el hecho de que tras una operación de endodoncia no se libre factura puede despertar las sospechas del cliente sobre los fines que el dentista alberga, su “sospecha” (dolo eventual), sin embargo, apunta a la irrelevancia penal de una “contribución” que debe quedar en la zona libre pues no se despliega en un contexto delictivo objetivamente (intersubjetivamente) detectable *ex ante*. El hecho de no poder asegurar que el dentista defrauda al fisco es correlativo a un conocimiento no seguro y refleja, en definitiva, una situación objetiva muy diferente de aquélla en que se sabe con seguridad que la prestación médica discurre hacia un delito contra la Hacienda Pública.

En estos supuestos, en cualquier caso, ya comienzan a resultar operativos los criterios expuestos en este trabajo como corresponde a una base fáctica que se encuentra, como decíamos, muy próxima a los casos del bloque tercero⁴⁹², auténtico núcleo central de los problemas de aparente neutralidad que han sido el centro de esta contribución.

4. Lo que hemos denominado como supuestos de “**participación en negocios de intercambio de bienes o servicios**” ya se ha demostrado a estas alturas como una fórmula demasiado genérica que en realidad, tomada al pie de la letra, debería acoger en su seno a comportamientos incardinados en los otros bloques. Se ha optado, sin embargo, por mantenerla debido a que viene a ser un lugar común su utilización en este sector específico de la literatura

⁴⁹¹ AMELUNG, *Die Neutralisierung*, p. 22.

⁴⁹² *Supra*, apartado 2.3.: “Participación en negocios de intercambio de bienes o servicios”.

científica. De cualquier forma debe insistirse en que no debe ser presupuesto único para empezar a reflexionar sobre la relevancia típica de contribuciones que en torno a un hecho delictivo principal se produzcan negocios de intercambio o servicios. Debe recordarse, por tanto, lo obvio: primero deberá poderse hablar si quiera genérica e impropriamente de un favorecimiento de la contribución al hecho principal que muestre unos perfiles de mínima concreción y especificidad. Luego vendría, entonces, un análisis más en detalle según los criterios expuestos.

4.1. En tal sentido, del listado de casos que se relacionan a partir del CASO 10 quizás es precisamente este primero el único que no cumple ese presupuesto básico y que, por tanto, no ayuda a enfocar debidamente el problema que nos ocupa. Que el encargado de un departamento de compras de una empresa sepa que desde gerencia se toman decisiones que devienen en delitos ecológicos nos da noticia de que el sujeto en cuestión sabe que ahí se cometen determinados hechos criminales: ¿pero en qué se concreta su contribución? ¿Realizar labores de gestión de compras para una empresa presenta un perfil de contribución que tiene encaje en el delito ecológico si, por ejemplo, los vertidos no son en absoluto de su competencia dentro del esquema de la fábrica en cuestión? Los criterios del conocimiento especial, su modalidad, cercanía al hecho principal, normativa sectorial... no deben absolutizarse: no son presupuestos autónomos de relevancia típica de complicidad, sino claves que permiten deslindar casos dudosos que, de cualquier forma, deben satisfacer los presupuestos generales de cualquier conducta de cooperación. Conviene por tanto que tengamos muy presente esta matización para no malinterpretar ni las reflexiones previas, ni las que a continuación van a seguir, centradas en aspectos parciales sin que ello signifique que se prescindan de otros requisitos generales⁴⁹³.

4.2. Desde el CASO 11 a 29 la frontera principal de relevancia la marca sin duda la concurrencia de conocimiento seguro de resolución delictiva (concreta) ajena. El grado de evidencia, sin embargo, varía de la mano de los criterios complementarios de “cercanía” o, en su caso, de transgresión de la normativa sectorial.

Piénsese en el CASO 11 del conductor del camión que físicamente dirige la manguera para el vaciado de ocho toneladas de vertido altamente contaminante a instancias de su jefe con plena conciencia de que desembocan directamente en la ría. A nuestro juicio, se aprecia un conocimiento seguro de resolución delictiva –delito ecológico– del gerente a la que se contribuye mediante la actuación física obediente de las órdenes. No cabe entonces invocar la doctrina de los comportamientos estándar por ser una conducta pretendidamente ajustada al rol laboral⁴⁹⁴. El delito se encuentra, por otra parte, a punto de entrar en la fase ejecutiva, si es que no se puede

⁴⁹³ Haber centrado el estudio en los perfiles del desvalor de acción del tipo de complicidad no quiere decir que se renuncie al necesario presupuesto de la causalidad de la contribución del partícipe como base sobre la que proyectar los criterios de imputación ni, por resaltar otro aspecto evidente, que deba dejarse a un lado la exigencia del también necesario concurso de desvalor de resultado para integrar el injusto. Por todos, véase, el planteamiento de LOPEZ PEREGRIN, *La complicidad, passim*, resumidamente p. 356 ss., al que, básicamente, nos adherimos (sin perjuicio de no compartir su toma de postura en relación con el problema de los actos cotidianos –*op. cit.*, p. 270 ss.- en que sigue básicamente el planteamiento objetivista de JAKOBS. Véase, *supra*, apartado 3.2.).

⁴⁹⁴ SILVA SANCHEZ, *Delitos*, p. 37. Otra cosa es, sin embargo, que en la mayoría de los supuestos desde la perspectiva del empleado subalterno no se pueda llegar a la conclusión de que –con seguridad– el superior va a delinquir lo que llevaría a la impunidad.. En cualquier caso, consideraciones de obediencia jerárquica, inseguridad ante la eventual pérdida del empleo, etcétera, pueden dar base suficiente para que en el plano de la culpabilidad pueda llegar a estimarse una eximente incompleta que, si a ello sumamos la rebaja por complicidad, dará casi siempre como resultado un margen del juez a la hora de determinar la pena que pueda atenuar sensiblemente la respuesta punitiva.

ya dar directamente por iniciada la realización típica. Y además, el vertido contraviene claramente la normativa sectorial. Todo ello apunta, por tanto, a favor de un contexto delictivo en el que no cabe hablar de neutralidad⁴⁹⁵.

Mayores dudas ofrecen los CASOS 12, 13 y 14: proveer de materias primas o elementos químicos a empresas que no respetan la normativa medioambiental en la elaboración de los productos; o el famoso caso de la estafa de carne de antípole, entrañan, en principio, un riesgo de favorecimiento relativamente inespecífico pero, a nuestro juicio, si se tiene conocimiento positivo y seguro de su empleo para llevar a cabo delitos concretos cabría solicitar responsabilidad a título de cómplice. Nos encontramos en un caso similar al de la venta de pan (CASOS 15, 16) o de otros productos (destornillador, bate de beisbol, papel y tinta: CASOS 17 a 19): el riesgo de favorecer las posibilidades de éxito del autor adquiere relevancia a la luz del conocimiento positivo y seguro de realización delictiva concreta e inminente. Debe matizarse, no obstante, que la “declaración” del presunto autor no tiene por qué equivaler siempre a un conocimiento seguro en términos normativos si no resulta verosímil para un espectador objetivo *ex ante*. Por ello resultará relativamente habitual que a un conocimiento seguro acompañe una cercanía o inminencia de la fase ejecutiva o, si se prefiere, será tal cercanía la que determine la seguridad –en términos normativos- del conocimiento.

Por ello plantean aún más dudas, a pesar de un aparente conocimiento positivo de resolución delictiva ajena, los CASOS 25 y 28 sobre la base de que no parece inminente la materialización de la fase ejecutiva. Desde luego en materia de protección medioambiental (art. 325 ss. CP) o fiscal (art. 305 ss. CP) no se castigan actos preparatorios de manera específica lo que hablaría a favor de neutralizar el indicio de relevancia del conocimiento “seguro” de resolución delictiva. Realmente nos encontramos al límite al tener que estimar qué inminencia cabe pronosticar *ex ante* respecto de los hechos de dar información sobre el entorno ecológico (¿consejo técnico?) o la declaración del cesionario de trabajadores respecto de la intención de hacerles trabajar horas extra por las que no está dispuesto a tributar. La falta de inminencia parece que debería redundar en un margen mayor de dudas y en un cierto debilitamiento de la seguridad sobre la resolución delictiva ajena.

4.3. Los CASOS 20, 21, 22, 24 o 29 son supuestos de “dolo eventual”: esto es, comportamientos que en el momento en que se despliegan tienen como referencia *intersubjetiva ex ante* una duda razonable sobre la posible utilización delictiva de la contribución. No hay seguridad “objetiva” de que se esté contribuyendo a un posterior delito y por ello, aunque luego resulte que efectivamente se lleva a cabo un hecho criminal que se vale de la prestación del aparente cómplice, deben permanecer en la zona libre. Vender decodificadores de televisión – pero que admiten usos legales-, conceder préstamos a personas “sospechosas”, facilitar transferencias de dinero anónimas de conformidad con la normativa bancaria (caso *Dresdner-Bank*), dar información del entorno sospechando que valdrá para facilitar vertidos contaminantes, o, por último, la cesión de trabajadores sospechando que el cesionario no respetará las medidas de seguridad con los trabajadores...no debe comprometer la relevancia penal de la contribución. Todo son contribuciones que pueden acabar siendo reconducidas a proyectos criminales. Pero, de ser así, la responsabilidad será del tercero pues, objetivamente, al momento de realizarse la prestación, ésta también admitía un sentido perfectamente legal.

⁴⁹⁵ En el mismo sentido cabe predicar lo expuesto respecto del CASO 23 en que el taxista accede a llevar al delincuente confeso dispuesto a delinquir en destino, o los CASOS 26 y 27 en los que la/el secretaria/o personal de un arquitecto o gerente, respectivamente, redactan una carta manifiestamente injuriosa a dictado o pasan a limpio una declaración impositiva defraudatoria en el entendido de que los delitos de injurias o fiscales son realmente inminentes.

El “conocimiento” inseguro, esto es, la sospecha de posible utilización delictiva nos da noticia de un contexto no delictivo en el que la prestación se puede desenvolver libremente sin quedar ya contaminada por la presencia inminente de un delito principal. No es que el tipo subjetivo determine la atipicidad sino que el dato del conocimiento eventual –que también condiciona la modalidad de dolo- nos ayuda a despejar las posibles dudas de que el riesgo es demasiado genérico e infundado: en terminología más técnica falta la posible imputación objetiva por ausencia de idoneidad de favorecimiento.

5. Del conjunto de grupos de casos expuesto parece que un balance superficial arroja resultados excesivamente punitivos por cuanto son más, numéricamente, los supuestos en que se ha afirmado la complicidad punible que aquéllos en que se excluye la responsabilidad penal. Esto es únicamente fruto de la selección orientada de la casuística pero ha de recordarse, una vez más, que serán los comportamientos con conocimiento inseguro sobre la resolución delictiva ajena los más habituales en la práctica. Ello convierte la apariencia de excesiva criminalización que se haya podido suscitar en una respuesta, a nuestro juicio, dogmática y político-criminalmente más equilibrada aunque, sin duda, controvertida, polémica y sin vocación ninguna de definitiva en un tema en el que, no ya decir la última palabra, sino decir si quiera una palabra resulta ya en sí suficientemente laborioso.

BIBLIOGRAFÍA(*)

- ALCACER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.
- ALCACER GUIRAO, Rafael, “**Facticidad** y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal” en *AP* 2001, pp. 229-261.
- ALCACER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.
- AMBOS, Kai, “**Beihilfe** durch Alltagshandlungen” en *JA* 2000, pp. 721-725.
- AMELUNG, Knut, “**Die <<Neutralisierung>>** geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands” en *Festschrift für Gerald Grünwald, Erich SAMSON/Friedrich DENCKER/Peter FRISCH/Helmut FRISTER/Wolfram REIß* (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 9-30.
- ASUA BATARRITA, Adela, *Proyecto docente de Derecho penal*, San Sebastián, 1993 (inédito).
- ASUA BATARRITA, Adela, “**Causas** de exclusión o de restricción de la punibilidad de fundamento jurídico-constitucional” en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, José Cerezo Mir/Rodrigo F. Suárez Montes/Antonio Beristain Ipiña/Carlos M. Romeo Casabona (ed.), Comares, Granada, 1999, pp. 221-244.
- ASUA BATARRITA, Adela, “**La punibilidad** en la teoría del delito: orientaciones recientes desde una dogmática teleológica-funcional” en *Monografías Universitarias de San Roque. Cuestiones fundamentales de Derecho penal 98 C-1*, Juan M^a Terradillos Basoco/Paz Mercedes De la Cuesta Aguado (Coord.), Universidad de Cadiz, Cadiz, 1999, pp. 47-65.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel/BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, *Derecho penal económico*, Ceura, Madrid, 2001.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, Volumen I*, 2^a ed., 1902.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “**Negocios** socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales” en *ADPCP* 1997, pp. 263-291.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “**El encubrimiento** personal: contribución a la delimitación del tipo del artículo 451 n. 3 del Código penal” en *RDPC* 2 (1998), pp. 11-48.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales (Estudio particular de la omisión de comunicación de las operaciones sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de capitales)*, Comares, Granada, 1999.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “**Delito de defraudación** tributaria y responsabilidad penal en el ámbito bancario” en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 971-1005.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995.
- BOLEA BARDON, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000.

(*) Las obras se citan abreviadamente por el/los apellidos del autor, palabra o palabras de la obra realizadas en negrilla y número marginal, número de epígrafe o página.

- CERESO MIR, José, **Curso de Derecho penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito**, tecnos, Madrid, 6ª ed., 1998.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S., **Derecho Penal. Parte General**, tirant lo blanch, Valencia, 3ª ed., 1991.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTON, Tomás S., **Derecho Penal. Parte General**, tirant lo blanch, Valencia, 5ª ed., 1999.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, **El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado**, PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, **Delitos de peligro abstracto y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales**, tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, **El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito/1**, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1996.
- DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, **La autoría en Derecho penal**, PPU, Barcelona, 1991.
- FARRE TREPAT, Elena, **La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia**, Bosch, Barcelona, 1986.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, “**La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia**” en *ADPCP* 1979, pp. 93-139.
- DIEZ RIPOLLES, José Luis, **Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas**, tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “**Presupuestos fundamentales del Derecho penal**” en *Eguzkilore* 3 (1989), pp. 55-78.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J., **Límites de la participación criminal ¿Existe una <<prohibición de regreso>> como límite general del tipo en derecho penal?**, Comares, Granada, 1999.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo, “**El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas**” en *RDPC* N° extraordinario 1 (2000), pp. 93-138.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J., “**Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el derecho penal español la participación imprudente y la participación en delito imprudente? (I)**” en *La Ley* 4972 (2000), pp. 1-6.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J., “**Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el derecho penal español la participación imprudente y la participación en delito imprudente? (y II)**” en *La Ley* 4973 (2000), pp. 1-8.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J., “**La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español (Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997 RJ 1997, 1948)**” en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 229-272.
- FRISCH, Wolfgang, “**Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsverweigerung**” en *NJW* 1983, pp. 2471-2474.
- FRISCH, Wolfgang, “**Zum tatbestandmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569**” en *JuS* 1983, pp. 915-924.
- FRISCH, Wolfgang, **Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs**, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.
- FRISCH, Wolfgang, “**La crítica de la teoría de la imputación objetiva por los partidarios de la teoría final de la acción**”, trad. Manuel CANCIO MELIA/Yesid REYES ALVARADO, en *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, pp. 61-87.

- FRISCH, Wolfgang, “**La imputación** objetiva: estado de la cuestión”, trad. Ricardo ROBLES PLANAS en *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra)*, Civitas, 2000, pp. 19-67.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Autor** y cómplice en *Derecho penal*, Universidad de Madrid Faculta de Derecho, Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Introducción** a la parte general del derecho penal español, Universidad Complutense, Madrid, 1979.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, **Delitos** cualificados por el resultado y causalidad, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- GOMEZ BENITEZ, Jose Manuel, **Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General**, civitas, Madrid, 1984.
- GOMEZ RIVERO, M^a del Carmen, **La inducción** a cometer el delito, tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- GOMEZ TOMILLO, Manuel, **Libertad** de información y teoría de la codelinuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, Comares, Granada, 1998.
- GÜNTHER, Klaus, “**De la vulneración** de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un <<cambio de paradigma>> en el derecho penal?”, trad. Jesús-María SILVA SANCHEZ, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Instituto de Ciencias penales de Frankfurt (ed.), Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Comares, Granada, 2000, pp. 489-505.
- HASSEMER, Winfried, “**Professionelle Adäquanz** (Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung)” en *Wistra* 1995, pp. 41-46; pp. 81-87.
- HÄCKER, Johannes, “Teilnahme von Beratern an Wirtschaftsstraftaten ihrer Mandanten” en **Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts**, MÜLLER-GUGENBERGER, Christian/BIENECK, Klaus (ed.), Aschenforff, Münster, 3^a ed., 2000, pp. 2300-2346.
- HIRSCH, Hans Joachim, “**Zur Lehre** von der objektiven Zurechnung” en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Albin ESER/Ulrike SCHITTENHELM/Heribert SCHUMANN (ed.), C.H. Beck, München, 1998, pp. 119-142.
- JAKOBS, Günther, “**Regreßverbot** beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung” en *ZStW 89 (1977)*, pp. 1-35.
- JAKOBS, Günther, “**Kriminalisierung** im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung” en *ZStW 97 (1985)*, pp. 751-785.
- JAKOBS, Günther, “**Representación** del autor e imputación objetiva”, trad. Carlos J. SUAREZ GONZALEZ en *ADPCP* 1991, pp. 493-513.
- JAKOBS, Günther, **Strafrecht. Allgemeiner Teil (Die Grundlagen und die Zurechnungslehre)**, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2^a ed., 1991.
- JAKOBS, Günther, “**Akzessorietät**. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation” en *GA* 1996, pp. 253-268.
- JAKOBS, Günther, **La imputación objetiva en Derecho penal**, trad. Manuel CANCIO MELIA, Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, Günther, “**Criminalización** en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. Enrique PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324.
- JAKOBS, Günther, **Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**, trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS/José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2^a ed., 1997.

- JAKOBS, Günther, “**La prohibición** de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, trad. Manuel CANCIO MELIA, en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 241-270.
- JAKOBS, Günther, “**Bemerkungen** zur objektiven Zurechnung” en *Festschrift für Hans Joachim HIRSCH zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Thomas WEIGEND/Georg KÜPPER (ed.), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1999, pp. 45-63.
- JAKOBS, Günther, “**Observaciones** sobre la imputación objetiva”, trad. Yamila FAKHOURI GOMEZ/Manuel CANCIO MELIA, en *PJ* 56 (1999), pp. 119-141.
- JAKOBS, Günther, “**Accesoriedad** sobre los presupuestos de la organización común”, trad. Maria Angeles CUADRADO RUIZ en *PJ* 59 (2000), pp. 125-145.
- KÜPPER, Georg, “**Strafvereitelung** und <<sozialadäquate>> Handlungen” en *GA* 1987, pp. 385-402.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “**Discriminación** y prácticas eugenésicas: una aproximación al problema desde la perspectiva jurídico-penal con especial referencia al artículo 161-2º *in fine* del Código penal de 1995” en *La eugenesia hoy*, Carlos María Romeo Casabona (ed.), Comares, Bilbao-Granada, 1999, pp. 307-348.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, “**La llamada** <<mentira de Auschwitz>> (art. 607.2 CP) y el <<delito de provocación>> (art. 510 CP) a la luz del <<caso Varela>>: una oportunidad perdida para la <<cuestión de inconstitucionalidad>> (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 3 de Barcelona de 16 de noviembre de 1998) en *AP* 1999, pp. 689-715.
- LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena, **La intervención** penal frente a la xenofobia (Problemática general con especial referencia al <<delito de provocación>> del artículo 510 del Código penal), Universidad del País Vasco, Bilbao, 1999.
- LANDA GOROSTIZA, **La política** criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal. A la vez una propuesta interpretativa de la <<normativa antidiscriminatoria>> del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente jurisprudencia, Comares, Granada, 2001.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, **Autoría** y participación, Akal, Madrid, 1996.
- LOPEZ PEREGRIN, Mª Carmen, **La complicidad** en el delito, tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- LÖWE-KRAHL, Oliver, **Die Verantwortung** von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften, Richard Boorberg, Stuttgart/München/Hannover, 1990.
- LÖWE-KRAHL, Oliver, “**Beteiligung** von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden-die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen” en *Wistra* 1995, pp. 201-206.
- LUZON PEÑA, Diego-Manuel, “**La <<determinación** objetiva del hecho>>. Observaciones sobre la autoría en los delitos dolosos e imprudentes de resultado” en *ADPCP* 1989, pp. 889-913.
- LUZON PEÑA, Diego-Manuel, **Curso de Derecho penal. Parte General I**, Universitas, Madrid, 1996.
- LÜDERSSSEN, Klaus, “**Beihilfe**, Strafvereitelung und objektive Zurechnung” en *Festschrift für Gerald Grünwald*, Erich SAMSON/Friedrich DENCKER/Peter FRISCH/Helmut FRISTER/Wolfram REIß (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 329-350.
- MALLISON, Jochen, **Rechtsauskunft als strafbare Teilnahme**, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979.
- MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita, **La imputación** objetiva del resultado, Edersa, Madrid, 1992.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos, **Derecho penal económico. Parte General**, tirant lo blanch, Valencia, 1998.
- MEYER-ARNDT, Lüder, “**Beihilfe** durch neutrale Handlungen” en *Wistra* 1989, pp. 281-287.

- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Barcelona, 2ª ed., 1982.
- MIR PUIG, Santiago, “**Sobre lo objetivo** y lo subjetivo en el injusto” en *ADPCP* 1988, pp. 661-683.
- MIR PUIG, Santiago, “**Antijuridicidad** objetiva y antinormatividad en Derecho penal” en *ADPCP* 1994, pp. 5-28.
- MIR PUIG, Santiago, “**Bien jurídico** y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*” en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 159-167.
- MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 5ª ed., 1998.
- MIR PUIG, Santiago, “**La << infracción penal >>**, la definición del artículo 10 y la regulación de la imprudencia en el nuevo Código Penal” en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES/Fermín MORALES PRATS (Coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 499-505.
- MIR PUIG, Santiago, “**Sobre la punibilidad** de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal” en *Revista Jurídica de Catalunya* 3, 2001, pp. 63-90.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, tirant lo blanch, Valencia, 4ª ed., 2000.
- MURMANN, Uwe, *Recensión* a la obra de Marcus WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen* en *GA* 1999, pp. 406-408.
- NIEDERMAIR, Harald, “**Straflose Beihilfe** durch neutrale Handlungen” en *ZStW* 107 (1995), pp. 507-544.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal: parte general. Volumen I. Teoría jurídica del delito*, Madrid, 2ª ed., 1986.
- OTTO, Harro, “**Anmerkung** a la sentencia BVerfG, 23.4.1994” en *StV* 1994, pp. 409-410.
- OTTO, Harro, “**<<Vorgeleistete Strafvereitelung>>** durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe” en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Albin ESER/Ulrike SCHITTENHELM/Heribert SCHUMANN (ed.), C.H. Beck, München, 1998, pp. 193-225.
- OTTO, Harro, “**Das Strafbarkeitsrisiko** berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens” en *JZ* 2001, pp. 436-444.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, tecnos, Madrid, 1990.
- PEREZ MANZANO, Mercedes, *Autoría* y participación imprudente en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999.
- PEREZ MANZANO, Mercedes, “**La impunidad** de la participación imprudente en el Código penal de 1995” en *RDPC* nº extraordinario 1 (2000), pp. 139-170.
- PUPPE, Ingeborg, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Ulrich NEUMANN/Ingeborg PUPPE/Wolfgang SCHILD, Nomos, Baden-Baden, 2ª ed., 1998.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Manual de Derecho penal. Parte General (Con la colaboración de Fermín MORALES PRATS/José Miguel PRATS CANUT)*, Aranzadi, Pamplona, 2ª ed., 2000.
- RANSIEK, Andreas, “**Pflichtwidrigkeit** und Beihilfeunrecht-Der Dredner Bank-Fall und andere Beispiele” en *Wistra* 1997, pp. 41-47.
- ROGAT, Stefan, *Die Zurechnung bei der Beihilfe. Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwältinnen nach § 27 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.

- ROXIN, Claus, *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Francisco MUÑOZ CONDE, Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, Claus, “**Bemerkungen** zum Regreßverbot” en *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Hans-Heinrich JESCHECK/Theo VOGLER (ed.), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1989, pp. 177-200.
- ROXIN, Claus, *Leipziger Kommentar* §§ 25-27, Burkhard JÄHNKE/Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE/Walter ODERSKY (ed.), Walter de Gruyter, Berlin/New York, 11 ed., 1993.
- ROXIN, Claus, “**Zum Strafgrund** der Teilnahme” en *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Wilfried KÜPER/Jürgen WELP, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 365-382.
- ROXIN, Claus, “**Was ist** Beihilfe” en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Hans-Heiner KÜHNE (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 501-517.
- ROXIN, Claus, *Recensión* a la obra de Grace Marie Luise SCHILD TRAPPE: *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft* en JZ 1996, pp. 29-30.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, trad. y notas Diego-Manuel LUZON PEÑA/Miguel DIAZ Y GARCIA CONLLEDO/Javier DE VICENTE REMESAL, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1997.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen Aufbau der Verbrechenlehre*, C.H. Beck, München, 3ª ed., 1997.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. Joaquín CUELLO CONTRERAS/José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 7ª ed., 2000.
- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 7ª ed., 2000.
- RUIZ RODRIGUEZ, Luis Ramón, *El delito de encubrimiento*, Atelier, Barcelona, 2001.
- SCHILD TRAPPE, Grace Marie Luise, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Stämpfli + Cie, Bern, 1995.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1958.
- SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en Honor de Claus Roxin en su 50º Aniversario*, Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SANCHEZ, tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “**Consideraciones** críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana”, trad. Manuel CANCIO MELIA, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, 1-2, Año II (1996), pp. 17-49.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “**Die deutsche Strafrechtswissenschaft** nach der Jahrtausendwende” en GA 2001, pp. 205-225.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “**El Derecho** penal bancario en España” en AP 1994, PP. 901-917.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, “**La regulación** del *iter criminis*” en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 121-157.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Delitos contra el medio ambiente*, tirant lo blanch, Valencia, 1999.

- SILVA SANCHEZ, Jesús-María, **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**, Civitas, Madrid, 1999.
- STRATENWERTH, Günter, "**Zur Funktion** strafrechtlicher Gesinnungsmerkmale" en *Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, Hans WELZEL/Hermann CONRAD/Armin KAUFMANN/Hilde KAUFMANN (Hg.), Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963, pp. 171-191.
- STRECK, Michael, "**Anmerkung** a la sentencia BVerfG, 23.3.1994" en *StV* 1994, pp. 355-356.
- SUAREZ GONZALEZ, Carlos/CANCIO MELIA, Manuel, "**La reformulación** de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva" en *La imputación objetiva en Derecho penal*, Günther JAKOBS, Civitas, Madrid, 1996, pp. 21-88.
- TAG, Brigitte, "**Beihilfe** durch neutrales Verhalten" en *JR* 1997, pp. 49-57.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Los delitos** de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)" en *ADPCP* 1981, pp. 825-847.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Naturaleza** y ámbito de la teoría de la imputación objetiva" en *ADPCP* 1986, pp. 33-48.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Fin de protección** y ámbito de prohibición de la norma" en *Estudios penales y criminológicos X*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1987, pp. 381-401.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Racionalidad** y relatividad en las teorías jurídicas del delito" en *ADPCP* 1989, pp. 489-519.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Indicaciones** para una concepción dualista de la tentativa" en *Presupuestos para la Reforma penal 1*, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 169-182.
- TORIO LOPEZ, Angel, "**Relación** de causalidad. Indicaciones para una actualización" en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Volumen 2, Universitat de Valencia/Institut de Criminologia, Valencia, 1997, pp. 911-925.
- WEIGEND, Thomas, "**Grenzen** strafbarer Beihilfe" en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag (Band V)*, Albin ESER (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 197-212.
- WOHLLEBEN, Marcus, **Beihilfe** durch äußerlich neutrale Handlungen, C.H.Beck, München, 1997.
- WOHLERS, Wolfgang, "**Gehilfenschaft** durch <<neutrale>> Handlungen-Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. Berufstypischem Verhalten?" en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1999, pp. 425-438.
- WOHLERS, Wolfgang, "**Hilfeleistung** und erlaubtes Risiko-zur Einschränkung der Strafbarkeit § 27 StGB" en *NStZ* 2000, pp. 169-174.
- WOLFF-RESKE, Monika, **Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfestrafbarkeit**, Nomos, Baden-Baden, 1995.