



Universidad
de Alcalá

**LA INTERVENCIÓN EL ABOGADO EN EL DELITO
UN ACERCAMIENTO A LA COMPRENSIÓN DE LA PARTICIPACIÓN
A TRAVÉS DE ESTA SINGULAR FIGURA.**

**THE INTERVENTION OF LAWYERS IN THE CRIME.
AN APPROACH TO THE UNDERSTANDING OF PARTICIPATION
THROUGH THIS SINGULAR FIGURE.**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D. JORGE MARTÍNEZ RECIO.

Dirigido por:

D. CARLOS GARCÍA VALDÉS.

Alcalá de Henares, a 28 de enero de 2018.

RESUMEN

En lo que respecta a este trabajo, vamos a tratar de focalizar nuestra atención en el problema que han planteado las conductas neutrales en sede de dogmática penal.

En este sentido, es importante caer en la cuenta de que, a partir de la aceptación del funcionalismo en la teoría del delito, se ha derivado una concepción normativa del desvalor de toda acción basada en la idea del riesgo jurídicamente desaprobado. No obstante, haciendo uso del modelo sistemático que impone la teoría de la imputación objetiva –como máximo exponente del funcionalismo normativo- vemos que la idea del riesgo típico, que subyace de toda conducta de participación, se encuentra camuflada en estos casos de aparente “neutralidad”.

De esta manera, observaremos cómo los presupuestos manejados por la doctrina penal de la imputación han variado en función de la consideración que se haga de los conocimientos como elemento subjetivo en la consideración del desvalor de acción.

Por último, podremos entender que lo que a simple vista parece una simple consecuencia de la transición penal contemporánea hacia una sociedad basada en la admisión de ciertos “riesgos” ha planteado una seria controversia en lo que respecta al modo de ver el injusto personal del partícipe; aunque esta realidad se podría predicar de cualquier forma de intervención en el delito.

“La intervención del abogado en el delito”

Un acercamiento a la comprensión de la participación a través de esta singular figura.

INTRODUCCIÓN.....Pág. 6.

CAPÍTULO I. DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN AL CONTENIDO DE SU INJUSTO.

I. La búsqueda del fundamento de la participación a través del “concepto restrictivo de autor”.Pág. 11

II. De los intentos de fundamentación autónoma de participación; el delito del partícipe.Pág. 14

III. De los intentos de fundamentación derivada, o parcialmente derivada, de la participación.Pág. 17

IV. Otros posicionamientos interesantes. Las aportaciones de Schumann y Jakobs.
..... Pág. 19

V. La ruptura con el “concepto restrictivo de autor”. El delito como “obra común”
..... Pág. 22

CAPÍTULO II. LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL COMO MARCO CONCEPTUAL.

I. Una necesaria revisión de la Teoría del Delito para fundamentar el injusto del partícipe. Pág. 26

II. El modelo causalista o clásico y el modelo neokantiano o neoclásico.
..... Pág. 29

III. El modelo finalista. La acción final como elemento nuclear de este sistema.
..... Pág. 33

IV. El modelo funcionalista. La necesidad de un juicio valorativo-normativo.
..... Pág. 35

CAPÍTULO III. DE LAS IMPOSICIONES DEL FUNCIONALISMO A LAS CONDUCTAS NEUTRALES.

I. La aceptación de la Teoría de la Imputación Objetiva como teoría del injusto típico.
..... Pág. 39

II. El problema que han planteado, en la dogmática penal, las denominadas “conductas neutrales”..... Pág. 44

III. Los distintos intentos de solución al problema; de las teorías subjetivas a las teorías objetivas y los conocimientos especiales...... Pág. 49

CAPÍTULO IV. LA IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO EN LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA.

I. Las perspectivas subjetivas o teorías mixtas; el conocimiento como elemento a integrar en el juicio de valoración. Pág. 53

II. Problemas que presenta la Teoría de la Imputación Objetiva. La división de lo objetivo y lo subjetivo como compartimentos estancos. Pág. 57

III. Dos cuestiones esenciales. ¿Es una teoría de la imputación? ¿Puede pretender ser una teoría estrictamente objetiva?..... Pág. 60

CAPÍTULO V. LA ASUNCIÓN DE UNA SERIE DE PAUTAS PARA LA COMPRENSIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA QUE PLANTEA LA “NEUTRALIDAD”.

I. La aplicación de un esquema sistemático y argumentativo que permita confrontar una conducta imputada con el ordenamiento penal. La Doctrina de la Imputación..... Pág. 63

II. El problema que plantea la conducta “neutral” de abogado. El secreto profesional y la pérdida de la perspectiva del hecho..... Pág. 67

III. Conclusiones. El fin de protección de la norma y su orientación teleológica; la implicación de cuestiones de política criminal. Pág. 72

BIBLIOGRAFÍAPág. 79

INTRODUCCIÓN

Quisiera dejar claro –ya desde el principio- que mi trabajo toma, exclusivamente, el punto de vista de una serie de autores que he ido integrando a lo largo de estas páginas por ser ellos quienes han tratado -de manera frontal- la problemática que han impuesto las conductas neutrales en el ámbito de la dogmática penal.

De este modo, no creo necesario estar referenciándolos a cada punto teniendo en cuenta que lo que aquí se recoge no es más que un compendio de sus propuestas y pensamientos -hilados y expuestos por mí- para crear un texto argumentado y razonado que clarifique, en la medida de lo posible, el tema de la participación en el delito.

Siguiendo lo dicho, sólo me trasladaré a los conceptos más determinantes -pues de ellos depende la comprensión del proyecto- remitiéndome, para el resto de las cuestiones, a todas las obras y documentos que forman parte de la bibliografía. De otro modo sería imposible abarcar la propuesta penal en torno a la teoría misma del delito. Dicho esto, es momento ya de explicar en qué consiste mi trabajo.

Como sabemos, el artículo 29 del Código Penal regula la complicidad como forma mínima de intervención en el delito tipificando que; “son cómplices, los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”. Como podemos observar, por parte del Legislador no existe limitación expresa, ni en la forma, ni en los medios, de llevar a cabo la participación delictiva. En este sentido, las conductas neutrales han servido como expresión del límite mínimo de la participación punible por tratarse de una serie de supuestos que se han venido a situar entre la frontera de lo jurídicamente permitido y lo típicamente injusto.

Tomando como punto de partida esta realidad, y haciéndome eco de los problemas que imponen las conductas neutrales- por ser el límite mínimo de la participación-, intentaré llevar a cabo un planteamiento del problema que permita, cuanto menos, entender la propuesta teórica presentada para su solución. Ello lo hago a partir de:

. Primero; buscar un fundamento válido para la participación. Como veremos más adelante encontraré la esencia de su fundamento en la co-realización – por el partícipe- de hecho injusto descrito en el tipo penal de la Parte Especial bajo alguna de las formas de intervención reguladas por el Código en su Parte General.

. Segundo; buscar un fundamento propio para el injusto del partícipe. En este sentido, el fundamento de su injusto veremos que no puede ser otro que la integración en el proyecto antinormativo común de negación de vigencia del tipo penal.

. Tercero: dotarme de un sistema valorativo eficaz que sea capaz de integrar las necesidades impuestas por el funcionalismo a raíz de la suma importancia que parecen estar adquiriendo los conocimientos en el análisis del injusto típico de participación. Y que este mismo sistema, a la vez, logre salvar los problemas de los que adolece la Teoría de la imputación objetiva para delimitar el injusto del partícipe en aquellos casos en los que el límite es más difuso; las conductas neutrales.

Para ello, realizaremos un análisis de todos los factores que han ido interviniendo en la dogmática penal de cara a entender cuál es la comprensión actual de la participación así como de los elementos que integran su injusto; esto nos mostrará la falta de homogeneidad en la Doctrina penal que va desde el fundamento propio de la participación, hasta los elementos subjetivos y objetivos que han de conformar el injusto del partícipe, pasando por una absoluta falta de acuerdo sobre la perspectiva subjetiva u objetiva del propio juicio de valoración.

A falta, pues, de una doctrina penal asentada y uniforme -que no haya basado sus postulados en base al momento histórico atravesado, de ahí el necesario repaso a la Teoría del Delito-, son las contribuciones concretas de cada autor las que han ido marcando el sendero por donde pisar en este terreno.

Trataremos de explicar, también, como la propia Teoría de la imputación objetiva impuesta por el sistema funcionalista del delito ve reducida su capacidad de rendimiento en lo que respecta al juicio valorativo -sobre la *creación del riesgo jurídicamente desaprobado* desde la perspectiva del injusto del partícipe-.

Así, a lo largo de estas páginas, se llegará a la conclusión de que la teoría de la imputación objetiva -que pretendía resolver los problemas de limitación de la participación en el tipo objetivo- debe ser de nuevo examinada al observar que, aplicando sus postulados a las conductas neutrales para limitar el injusto del partícipe, existen una serie de problemas que han evidenciado una falta de capacidad de rendimiento de la misma -y han ido enfrentado a los más ilustres penalistas-.

¿Por qué han surgido estos problemas? El motivo fundamental lo acabamos de exponer; porque a falta de una regulación jurídica expresa no existe una teoría dominante que unifique todos los posicionamientos doctrinales en torno a la participación criminal y, concretamente, en torno al límite mínimo de ésta.

En primer lugar, no existe consenso sobre cuál debe ser el fundamento propio de la participación. No todos los autores integran de la misma manera los principios de autorresponsabilidad y accesoriedad en la fundamentación del injusto del partícipe. A ello ha contribuido el uso mayoritario del concepto restrictivo de autor por parte de la doctrina penal.

En segundo lugar, por el paso del finalismo al funcionalismo. Se pasa de un sistema que hace primar lo subjetivo en la tipicidad -basándose en el concepto ontológico de acción como voluntad final- a un sistema que prima el concepto normativo del riesgo -a través de la valoración objetiva del peligro emanado de la conducta- para constituir la tipicidad de la misma. En este sentido, la transición del sistema finalista al funcionalista no se ha realizado de manera pacífica ni, por supuesto, completa; actualmente coexisten múltiples puntos de vista entre la doctrina penal mayoritaria que se encuentra dividida en finalistas, funcionalistas radicales -Jakobs- y funcionalistas moderados -Roxin- dependiendo, esencialmente, de la manera de entender la tipicidad como institución dogmática.

En tercer lugar, por la confusión metodológica que impera en la Teoría de la imputación objetiva que parte, ya desde el comienzo, de su enunciación como “teoría de la imputación” y como “teoría objetiva”.

En otro punto de la exposición se tratará esto con más detalle haciendo referencia a si estamos realmente ante una teoría de la imputación o más bien se trata de una teoría de la conducta típica. Y, por otro lado, si es posible su construcción como una teoría objetiva en sentido estricto. Lo que sí quedará claro es que esta teoría, centrada en lo objetivo como único elemento valorativo de análisis del injusto, no permite realizar un juicio efectivo de ese primer requisito; el desvalor de acción.

Bajo estos presupuestos, intentaré salvar la problemática presentada adscribiéndome a la Doctrina de la imputación –desarrollada por Hruschka y traída por Sánchez-Ostiz Gutiérrez y Miró Llinares-; que, por otra parte, solucionara los problemas de las conductas neutrales como una forma más de participar y, a la vez, casará perfectamente con nuestra fundamentación, tanto de la participación, como del injusto del partícipe. Esto lo hará a partir de un esquema argumentativo basado en tres juicios:

- Un juicio de imputación del hecho. Permitiendo imputar una acción a un sujeto determinado cuando éste la realiza con conocimiento y con control de lo actuado.

- Un juicio de valoración de hecho imputado. A través de un juicio "objetivo" -orientado por el fin de protección de la norma desde posiciones funcionalistas del Derecho- que contraponen la conducta realizada por el sujeto con los tipos de la Parte Especial y las formas de intervención reguladas en la Parte General -reglas de conducta y reglas de intervención.

- Un juicio de atribución de un demérito. Contraponiendo la conducta imputada y desvalorada con las causas que excluyen la responsabilidad penal.

Al final observaremos como, precisamente, la conducta del abogado -como sujeto obligado a guardar secreto profesional- es el máximo exponente de la problemática suscitada en estos casos de “neutralidad” toda vez que se pierde la perspectiva del hecho injusto en el que se integra y respecto a la cual poder valorar su conducta como típica.

El caso de los abogados será, sin ninguna duda, el ejemplo perfecto para observar como el tema de las conductas neutrales no es más que un problema de política criminal, de

intereses sociales y económicos que determinan el fin del Derecho toda vez que será el ámbito de protección de la norma lo que determine que conductas habrán de ser desvaloradas en un juicio de contraposición de intereses. En este sentido, la pregunta última será, para el caso de estos profesionales, cómo conciliamos la necesidad de castigar la participación criminal con la necesidad de tener un espacio lícito de riesgo permitido teniendo en cuenta que, de ello, depende el argumento que se utilice para sancionar este tipo de conductas "neutrales".

CAPÍTULO I.
**DEL FUNDAMENTO DE LA PARTICIPACIÓN AL CONTENIDO DE SU
INJUSTO.**

I. *La búsqueda del fundamento de la participación a través del “concepto restrictivo de autor”.*

Partiendo de la sola lectura del título que da pie al presente capítulo queda patente que nuestros esfuerzos se centrarán en desarrollar una serie de pautas que nos permitan comprender con relativa claridad -más que facilidad- cuál es la razón por la que a una persona se le puede hacer penalmente responsable de un delito a título de partícipe.

Para ello, focalizaremos la atención en la complicidad -como manera de intervenir en el delito- por ser la forma más “laxa” de participación y donde tienen más cabida los supuestos de neutralidad; aunque, en el caso concreto de los abogados, podríamos estar hablando de casos de aparente neutralidad desde el punto de vista del autor, coautor o, incluso, del inductor-.

Sabiendo que el art. 29 del Código Penal español no regula la participación ni en la forma, ni en los medios de llevarla a cabo, lo relevante de nuestro trabajo será, por tanto, dotarnos de un esquema argumentativo válido que, referido tanto a las conductas neutrales como a cualquier otro tipo de conductas, trate de esclarecer cómo se ha de realizar el análisis sobre la tipicidad para dar respuesta acerca de la existencia -o no- de participación delictiva.

De esta manera, las distintas soluciones que ha ido proponiendo la más especializada doctrina penal en estos casos tratarán, en realidad, de encontrar una respuesta convincente y satisfactoria a la cuestión de cuándo una participación es punible y cuándo no lo es partiendo del estudio de aquellos casos en los que el “límite” se difumina al máximo. No obstante, y a mi juicio, se olvidan de proponer un modelo sistemático que resulte válido y eficaz para la valoración de todo tipo de conductas.

Entrando ya en materia, y tanto para la solución de estos casos como para la solución de todos los demás supuestos de participación en un delito, la pregunta básica que nos debemos hacer en primer lugar es ¿cuál es el fundamento propio de la participación? o

lo que es lo mismo ¿por qué a una persona se le puede hacer, o no, responsable de un delito a título de partícipe?

Sólo a través de concretar el fundamento de la participación delictiva tendremos la ocasión de poder interesarnos por aquellas teorías y criterios que, materialmente orientados, se encarguen de llenar de contenido del injusto del partícipe. Como bien dice Robles Planas “*puede afirmarse que los límites de la imputación al partícipe dependen del fundamento con el que se justifique su injusto, estos es, de la razón que legitime la ampliación de la punibilidad a conductas que no realizan directamente el tipo*”¹.

Como punto de partida, tendremos en cuenta que entre la doctrina penal actual está ampliamente aceptada la idea de que ambos intervinientes -autor y partícipe- lesionan, con su conducta, el mismo bien jurídico. Ya son parte del pasado dogmático aquellas teorías -denominadas generalmente “de la corrupción”- que, de la mano de Mayer y Trechsel, creían ver en la conducta del partícipe el ataque a un bien jurídico propio y, por ello, diferente de aquél al que se dirigía la conducta del autor ².

En este contexto -de ataque al mismo bien jurídico a través de distintos injustos- es curioso, sin embargo, como la mayoría de los intentos de concreción del injusto del partícipe se han llevado a cabo a través de su puesta en relación con la conducta del autor, entendiendo -como sostienen los defensores del *concepto restrictivo de autor*- que “sólo el autor realiza el tipo penal de la Parte Especial del Código y que, mientras el fundamento de su punición radica precisamente en la realización del injusto, la razón de

¹ ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 119. En el mismo sentido MIRÓ LLINARES quien considera necesario definir el fundamento del partícipe para concretar su injusto y, de esta manera, delimitar los contornos de la participación criminal MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, Atelier, Barcelona, 2009, p.. 42.

² Existen múltiples referencias a este respecto, no obstante, valga con apuntar las exposiciones de MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 47; ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 120; BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva*, Comares, Granada, 2001, pp. 11 y 12.

la sanción al partícipe debe encontrarse en la infracción de la norma de participación de que se trate”³.

En este sentido, son las consideraciones de la Doctrina sobre cuánto de propio y cuánto de derivado contiene el injusto del partícipe respecto a la conducta del autor –en función de cómo se consiga cohonestar el principio de autorresponsabilidad con el principio de accesoriadad- las que han marcado las principales divergencias entre las diferentes teorías.

“A la búsqueda del fundamento de ese ‘plus’ de punibilidad a los sujetos que no realizan los tipos de la Parte Especial, en un sistema que distingue entre autoría y participación, se han aventurado varias teorías sin que ninguna de ellas haya podido encontrar una respuesta satisfactoria”⁴.

Como veremos más adelante, la problemática impuesta por la búsqueda de ese “plus” de punibilidad se vería superada –pudiendo existir una doctrina unificada al respecto- si no se tomase como punto de partida el “concepto restrictivo de autor” de tal manera que, ni el fundamento, ni la propia concreción del injusto del partícipe, fueran dependientes de la relación con el hecho típico del autor sino de la relación existente entre *intervinientes* y *hecho típico* –común a todas las formas de participación-.

Solamente con la superación de tal consideración sobre el autor se estaría llegando, a mi juicio, a una solución acertada pues, de esta manera, no existiría un ataque bipartito al mismo bien jurídico a través de injustos diferenciados sino que el fundamento del

³ Así lo expone MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 46 y 47. De este modo, se muestran partidarios del referido concepto restrictivo de autor la mayoría de la doctrina y entre ellos FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Límites de la participación criminal*, Comares, Granada, 1999, pp. 1-4; BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op. cit.*, p. 179 y, como demuestra su obra, aunque no lo exprese de modo claro, LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana*, Comares, Granada, 2002.

⁴ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 118. Al hilo de las reflexiones de este autor, MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 44 y 45.

injusto del partícipe también nacería -al igual que ocurre con el autor- de la realización del hecho típico y antijurídico definido por los tipos de la Parte Especial. Siguiendo con esta idea, la conducta del partícipe se encontraría penalmente desvalorada porque también supondría “matar”, “lesionar”, “secuestrar”, etc. aunque entendemos que lo lleva a cabo de una manera cualitativamente diferente; pues el partícipe, con su acción, no ejecuta -ni tampoco configura finalmente- el injusto típico⁵.

Como veremos a lo largo del presente trabajo, resulta necesario abandonar el concepto restrictivo de autor considerando que, tanto el autor como el partícipe, realizan el mismo tipo de injusto aunque su intervención sea distinta.

II. De los intentos de fundamentación autónoma de participación; el delito del partícipe.

Retomando la cuestión anterior, y desde el planteamiento que impone la asunción del concepto restrictivo de autor, ha existido un sinfín de posicionamientos en la doctrina penal tendentes a considerar la conducta injusta del partícipe de una manera totalmente desligada del hecho injusto del autor⁶.

De esta manera, se habla de un “delito de partícipe” en orden a desvincular su injusto del hecho principal,⁷ dotando a la conducta del partícipe de un desvalor propio sobre el

⁵ Sobre el “concepto restrictivo de autoría” véase MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 39, 40, 47 y 48 así como el posicionamiento de ROBLES PLANAS quien “se propone demostrar que las teorías que imperan en la actualidad sobre el fundamento del injusto de participación yerran en el punto de partida, según el cual la distinción entre autoría y participación reside en la realización de injustos diferentes” ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 119.

⁶ MIRO LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 48.

⁷ Para una ampliación de estas propuestas ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 120 y 121; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 48-53; BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op.cit.*, pp 13 y 14.

cual se fundamenta su injusto y del que, consecuentemente, subyace el ataque indirecto al bien jurídico protegido.

Surgen, así, las 'teorías del injusto propio' bajo la idea de que el partícipe realiza un injusto -al menos en parte- independiente del autor. En este sentido, se muestra la clásica "teoría pura de la causación" de Lüderssen según la cual el injusto del partícipe debe separarse del injusto del autor- pues no está formado más que por la causación de un ataque indirecto al bien jurídico protegido- renunciándose por ello a la accesoriedad. Así, para el castigo del partícipe no se requiere nada más que la simple causalidad entre su aportación y la lesión del bien jurídico -al ser la participación una forma autónoma e independiente de lesión al mismo-.⁸

No obstante, algunos penalistas que tomaron el camino de la teoría pura de la causación esbozado por Lüderssen se desmarcaron de éste en lo que respecta a la negación del principio de accesoriedad; no sólo por la contradicción de la postura con el régimen legal sino también porque supondría una extensión de la punibilidad prácticamente indelimitable. Así, algunos autores han tratado de tomar en consideración las exigencias que impone el principio de accesoriedad pero sin renunciar a una fundamentación autónoma de la participación⁹

Un planteamiento más que interesante es el que realiza Renzikowsky al aceptar el carácter mediato del riesgo que crea el partícipe -y, así, la accesoriedad por imperativo legal- pero sólo para condicionar su injusto no para fundamentarlo. El fundamento de la participación sólo puede descansar en el desvalor de la conducta realizada por el partícipe y no en el hecho del autor. Según su postura, ambos intervinientes, tanto el

⁸ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 120 y 121; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 48 y 49; BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op.cit.*, pp 13 y 14.

⁹ Es el caso de Schmidhäuser, quien se refiere al "delito de partícipe" -y no de participación en el delito- haciendo que la accesoriedad se convierta en una condición objetiva de punibilidad; el hecho principal no fundamenta el injusto pero sí es un presupuesto de su punibilidad que permite, además, limitar la pena. También autores como HERZBERG o RENZIKOWSKY se hacen eco de esta comprensión autónoma del injusto. Así lo constatan ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 121; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 49.

autor como el partícipe, atentan contra normas diferentes ya que las referidas al segundo son las incluidas en la Parte General del Código Penal y que motivan socialmente a no incrementar el riesgo sobre la lesión de un bien jurídico.¹⁰

Si bien en estas teorías lo acertado es la fundamentación del propio injusto, el fallo, sin duda alguna, es observar el injusto del partícipe como injusto exclusivo, separado y propio. En cualquier caso, las teorías que abogan por un fundamento autónomo de la participación encuentran serios problemas a la hora de llevar a cabo una fundamentación separada del hecho del autor y que acabe siendo éste -el injusto ejecutado por el autor- el que determine y concrete la relevancia penal de su comportamiento.¹¹

No vamos a detenernos más sobre estas posiciones aunque si es necesario, a simple modo introductorio, hacer referencia a Schumann y a su idea de la “solidarización con el injusto ajeno” como criterio rector a la hora de fundamentar la participación¹². Y es que, para este autor, nadie puede ser responsable del hecho injusto de otro a no ser que su conducta se encuentre propiamente desvalorada por solidarizarse con el injusto ajeno en un “ejemplo insoportable” para la sociedad.

Es en la propuesta teórica de Schumann donde se manifiesta, con más absoluta claridad, que no se puede hacer depender el desvalor de la conducta del partícipe de la realización del hecho típico por parte del autor –ya que la conducta del partícipe debe ser, en esencia y en sí misma considerada, injusta-.¹³

¹⁰ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 50 y 51.

¹¹MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 53.

¹² A modo de introducción del pensamiento de Schumann MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 51 y 52.

¹³ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 51. El fin último y la propia dignidad del Derecho Penal no puede permitir que las personas se hagan responsables de las consecuencias injustas de otras. Siendo así que solamente se puede hacer responsable al partícipe si se considera que su conducta contiene, per se, un desvalor propio al solidarizarse con el autor en el desarrollo del hecho injusto.

Aunque la idea de este autor no haya tenido más calado del deseado en la doctrina penal actual –quizás por basar su postura en la idea de la solidarización evidenciando la contradicción que supone observar el carácter autónomo de la participación y, también, la naturaleza accesoria de ésta y su dependencia respecto al hecho principal- la concepción sobre el “principio de autorresponsabilidad” ha servido a múltiples autores¹⁴.

En todo caso el problema nuclear de estas teorías sigue residiendo en la dualidad existente entre la posibilidad de fundamentar autónomamente el injusto de participación y la necesidad de que la conducta del autor sea la que permita su punibilidad y delimite el tipo sobre el que concretar la pena.

III. De los intentos de fundamentación derivada, o parcialmente derivada, de la participación.

En el punto de vista opuesto a los intentos de fundamentación autónoma, se encuentran aquellas teorías que, bajo un intento de fundamentación totalmente derivada, dotan de completa relevancia el hecho realizado por el autor; mostrando, así, la accesoriidad como la piedra angular sobre la que se construye el injusto del partícipe¹⁵-pues solamente el autor puede lesionar directamente el bien jurídico-. Por lo tanto, la razón por la que se castiga al partícipe es la co-causación el hecho principal, es decir, la contribución a la realización del hecho.

¹⁴ Yo mismo lo he comprobado en autores como el propio ROBLES PLANAS, BLANCO CORDERO, LANDA GOROSTIZA, FEIJOÓ SÁNCHEZ, etc.

¹⁵ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 53 y 54; ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp.121 y 122; BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op.cit.*, p. 13.

Este es el caso de la conocida “teoría del favorecimiento”¹⁶ para la cual el fundamento de la sanción al partícipe estriba en que éste, con su actuación, facilita o favorece la realización del hecho delictivo por parte de un tercero. Es el favorecimiento a la realización del hecho injusto lo que justifica la punición al partícipe, pues éste no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido, sino sólo el autor, por lo que sólo de él puede nacer el injusto que se le imputará al partícipe. La accesoriedad, por tanto, constituye la esencia de la participación; participar es contribuir a la realización del injusto del autor.¹⁷

No obstante, el problema al que se enfrenta -y por el cual ha sido criticada- es que el término *favorecimiento* es algo que se fundamenta ampliamente desde una perspectiva puramente causal -ayuda quien "realiza un acto sin el cual"- de tal manera que el injusto de participación parece más una cosa de causalidad e imputación que de valoración social del comportamiento. El mero favorecimiento causal del delito de otro no puede dar lugar a una participación punible pues el fundamento del injusto nos pide algo más desde un punto de vista valorativo -desvalor de acción-.

Por otro lado -y pretendiendo solventar los problemas ahora expuestos- se encuentran aquellas posturas que, si bien cuentan con un fundamento parcialmente derivado de la participación, ponen de relieve una serie de elementos propios y autónomos. Este es el caso de la “teoría del ataque accesorio al bien jurídico” formulada por Roxin -y seguida en España por autores como Ruiz Antón y López Peregrín entre otros-.

La clave de estas posiciones reside en poner en relación el bien jurídico protegido con la concreta conducta del interviniente, advirtiendo, en este sentido, que el partícipe también puede afectarlo y que, por lo tanto, también se encuentra protegido frente a él.

¹⁶ Teoría que, sin duda, ha sido renombrada por muchos autores al reorientarla y matizar sus resultados (Jeschek, Weigend, Mir Puig, Bacigalupo, etc.). Por ejemplo Roxin habla de la “teoría de la causación orientada a la accesoriedad”; Jakobs de la “teoría de la participación en el injusto”; Weigend de la “teoría de la causación o el favorecimiento”; etc.

¹⁷ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp.121 y 122

Esto hace que la teoría del ataque accesorio haya sido aceptada pacíficamente por la doctrina penal pues parece estar en plenas condiciones de compatibilizar el principio de accesoriedad con la idea del injusto personal -a través de esa posibilidad de afectación autónoma al bien jurídico protegido-. Parecía que permitía, en este sentido, relacionar la accesoriedad con la idea de que la pena aplicable a cualquier partícipe debía derivarse de un injusto propio de éste -a través de la idea de lesión autónoma del bien jurídico-.¹⁸

No obstante, la controversia que gira en torno a estas posiciones se deriva de la incapacidad de concreción de esos elementos propios -no derivados- pues en ningún momento permite fundamentar autónomamente el injusto de participación si no es a través del riesgo mediato. No se acomete la cuestión de cómo derivar la responsabilidad al partícipe sin tener en cuenta los actos del autor y, por lo tanto, no se resuelve la cuestión personal del injusto propio.¹⁹

IV. Otros posicionamientos interesantes. Las aportaciones de Schumann y Jakobs.

A lo que a nosotros respecta, en este apartado nos centraremos en las propuestas de Schumann y Jakobs. Serán las consecuencias que se derivan de sus posturas las que nos permitan poner en perspectiva el problema que supone fundamentar y concretar el injusto de aquél que interviene como partícipe en un delito.

Por un lado, de la concepción de Schumann nos quedaremos con las consecuencias que impone la observancia del principio de autorresponsabilidad -en el sentido de que nadie puede responder penalmente del delito cometido por otro si se ha obrado de manera responsable-. De esta manera, Schumann, amparándose en la noción propuesta por Welzel -de “desvalor de acto”- entiende que el partícipe sólo puede responder por el

¹⁸ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 55; ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 123.

¹⁹ Así lo advierte MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 56.

resultado injusto si ya su conducta denota un particular desvalor al solidarizarse con el injusto ajeno; suponiendo un peligro para la vigencia del Derecho y un acto intolerable para la sociedad.

En lo que a su propuesta se refiere, se le ha de reconocer el acierto que supone ver en la participación la asociación de diferentes ámbitos de responsabilidad -a través de injustos diferenciados- conducentes a lesionar y poner en peligro el mismo bien jurídico²⁰.

En todo caso, el Derecho penal ha de preservar las garantías que se derivan del principio de autorresponsabilidad hasta que exista una razón que permita imputar las consecuencias injustas del hecho principal a cualquiera de los intervinientes. Esta razón que permite ampliar la responsabilidad penal al que interviene a modo de partícipe reside, por ello, en la propia solidarización con el autor para llevar a cabo la realización del injusto definido en los tipos penales.

En lo referente al posicionamiento de Jakobs, es de destacar su afán por huir del concepto restrictivo de autor y, con ello, de la idea -compartida por la gran mayoría de la doctrina- de que autor y partícipe realizan injustos diferentes y de que sólo el autor realiza el tipo de la parte especial. Esta idea se hace patente en su “teoría de la participación en el injusto referida al resultado”²¹.

En este sentido, si bien el que interviene como partícipe no configura ni determina el hecho como lo pueda hacer el autor, también a él le corresponde una parte del mismo aunque reducida cuantitativamente. Sobre esta base de la “accesoriedad cuantitativa” Jakobs transmite que la razón por la que se justifica el injusto del partícipe es que, con su actuar, se le puede imputar el delito como una suerte de “obra común”. De tal manera que, a quien no realiza el injusto típico por sí mismo se le puede hacer penalmente

²⁰ Así nos lo muestra ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 126, 127 y 128. Para un entendimiento más completo de este criterio utilizado por Schumann véase; BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op.cit.*, pp. 14 y 53-57, así como LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, pp. 99 a 103.

²¹ Toman esta idea de Jakobs como punto de partida las propuestas de MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 57 y ss. y ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 129 y ss.

responsable del hecho si, según Jakobs, se entiende que también a él le pertenece por atacar -de manera propia- el bien jurídico a través de un proyecto antinormativo común ejecutado finalmente por el autor²².

En este sentido, es básico entender que sólo existe un único injusto típico - común a todas las formas de intervención- y que éste queda establecido por los tipos de la Parte Especial del Código Penal. Es por ello que el partícipe solamente puede ser castigado si se entiende que, con su conducta, realiza el tipo de la Parte especial -aunque no lo haga en calidad de autor²³-.

Podríamos decir que el fundamento de la sanción al partícipe radica en que éste ejecuta el injusto a través de una mano ajena; la del autor²⁴. Pues, toda vez que los tipos de la Parte especial son comunes a todas las formas de intervención, la razón por la cual se pueden derivar responsabilidades penales por la ejecución de un hecho injusto es la propia existencia de una comunidad delictiva a la que habrá de imputársele.

Con todo lo dicho sobre las propuestas de Schumann y de Jakobs, podemos sacar ya una conclusión; que conviene dejar atrás el concepto restrictivo de autor teniendo en cuenta que el partícipe también realiza el hecho definido por los tipos de la Parte especial. Así, la razón que justifica su injusto es el hecho de formar parte de un proyecto antinormativo común que acaba siendo ejecutado finalmente por el autor. Con ello, se da, por tanto, una razón para imputársele las consecuencias injustas del hecho a todo el que interviene en él de forma desvalorada.

²² ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 129 y 130.

²³ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 137.

²⁴ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 58.

V. La ruptura con el “concepto restrictivo de autor”. El delito como “obra común”.

Habiendo recogido las argumentaciones de los dos autores antes mencionados-en lo referente a que el injusto típico no es sólo exclusivo del autor sino que supone el resultado de una organización antinormativa en la que confluyen diversas responsabilidades- realiza Robles planas, en palabras del profesor Miro LLinares, “la más depurada fundamentación del injusto del partícipe”²⁵.

De esta manera, se empieza por reconocer que falla la fundamentación derivada del injusto del partícipe -sobre la base de la dependencia del hecho con el autor- en el sentido que sólo es posible una fundamentación autónoma del injusto del partícipe toda vez que, por mor del principio de autorresponsabilidad, se impide derivar el desvalor de la conducta del interviniente exclusivamente de su relación con el hecho principal.

Por el contrario, en lo referente a los intentos de fundamentación autónoma, los mimos fallan porque el desvalor de la conducta del partícipe solamente deviene de la puesta en relación de su conducta con el injusto típico; común -como hemos dicho- a todas las formas de intervención.²⁶

Así, tanto el partícipe como el autor sólo pueden ser hechos responsables penalmente de la realización de los injustos definidos en la Parte especial del Código Penal²⁷. Este es el planteamiento que mejor cohonesta el principio de autorresponsabilidad con el principio de accesoriedad. De tal manera que, si bien yo sólo puedo ser hecho responsable de lo que yo realizo libremente, esto no es impeditivo para que esa responsabilidad propia se derive de un injusto típico al que da sentido el actuar de otro.²⁸

²⁵ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, op.cit., p. 59.

²⁶ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, op.cit., p. 59; ROBLES PLANAS, *La participación...*, op.cit., pp. 130 ss. y 177 y 178.

²⁷ Como enseña el profesor Miró Llinares “no existe otra postura que permita fundamentar la punición de la participación, toda vez que no existe injusto propio de participación, sino que el injusto es el que viene recogido en la parte especial”.

De esta manera, el partícipe no niega directamente la vigencia de la norma -realizando de manera esencial el tipo definido en la Parte Especial- pero, toda vez que se integra en el delito, lo hace suyo –aunque su conducta contenga una menor carga desvalorativa-. Siendo así que, al hacer el partícipe suyo el injusto cuando se integra en él, está formando parte del proyecto antinormativo común que culmina con la conducta típica del autor – accesoriedad de la participación-.

De esta manera, una persona solamente podría responder como partícipe de un homicidio –por ejemplo- desde el mismo momento en que el autor realice la conducta típica de “matar”. Pero esto no significa que esa persona no realice el injusto típico al ser éste propio del autor. Significa que, precisamente, el partícipe realiza también el injusto de “matar” tipificado en la Parte Especial del Código Penal, pero de una manera cualitativamente diferente; esto es, integrándose en el proyecto antinormativo común que culmina con la conducta de ejecución por parte del autor –pues él es quien realiza el injusto cuyo contenido esencial es causar la muerte-.

El partícipe, de esta manera, se suma al proceso de negación de la vigencia de la norma -pues no la niega directamente- cuando se integra en el injusto. Y lo hace con una aportación que da sentido al hecho y que la configura, también, en términos de injusto. Supone también la realización de un riesgo aunque no consista en el riesgo esencial que realiza el autor. El partícipe se integra en el hecho con un comportamiento que se considera desvalorado por sí mismo toda vez que, socialmente, no se puede observar sino como una manera de integración en el delito y, por ende, en el injusto típico definido en la Parte Especial.

En este sentido, es sumamente importante aclarar que los tipos penales de la Parte Especial del Código penal regulan la conducta del autor cuando éste es el único interviniente -ya que es él el que ejecuta el hecho definido en ellos-. Pero, cuando coexisten varios partícipes en la perpetración del hecho delictivo, la distinción entre

²⁸ Si tanto el partícipe como el autor sólo pueden responder por la propia intervención en el hecho típico, el injusto del partícipe no puede definirse como tal sin considerar el tipo de la Parte Especial a no ser que se sacrifique la perspectiva del hecho. ²⁸ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 59.

ellos no puede realizarse directamente a través de la contraposición con el tipo penal, sino a través de las reglas de participación -reguladoras de las distintas formas de intervención en el delito- incluidas en la Parte General.²⁹

Así pues, la búsqueda del fundamento de la participación pasa por posibilitar la imputación del hecho típico al partícipe -aunque sea accesoriamente-. Pues también a él le corresponden las consecuencias injustas que subyacen de la realización del tipo al negar -junto con el autor- la vigencia de la norma penal bajo alguna de las formas de intervención recogidas en la Parte General del Código.

Para terminar, diremos que pueden coexistir en la dogmática penal diferentes planteamientos para fundamentar el injusto de participación. No obstante, sólo podremos utilizar -si queremos que nuestra tarea llegue a buen puerto- aquellos planteamientos que se hacen eco de la idea de que el partícipe responde por un injusto personal y propio; teniendo en cuenta que la regulación de los injustos penales se dispone en la Parte Especial del Código Penal y que las normas que recogen la intervención en ellos -para aquellos supuestos en los cuales el ataque al bien jurídico se realiza mediata o accesoriamente, esto es, a través de un autor- se encuentran recogidas en su Parte General.

Los injustos penales los definen los tipos penales, mientras que la forma de realización de los mismos lo establecen las reglas de la intervención -y así parece entenderlo el Legislador al establecer diferentes formas de realización del injusto.³⁰

²⁹ Ello no supone huir de la idea restrictiva de autoría, sino del concepto restrictivo de pues el partícipe también realiza el tipo definido por la Parte Especial; a él también se le imputa objetivamente el hecho injusto definido en el tipo especial pero serán las reglas de la Parte General -reglas de participación- las que permitan la distinción de los grados en los que se participa en ese hecho injusto y, por tanto, la diferenciación entre autor y partícipe. Aunque para Robles Planas, al contrario que para Lesch o Jakobs, la diferenciación entre autor y partícipe no puede ser cuantitativa en ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 268.

³⁰ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 61, 62 y 136 y ss.. El partícipe ni realiza el sólo un injusto diferente al del autor, ni colabora en la realización por éste del injusto, sino que co-realiza, con y a través del autor, el único injusto existente (el definido por el tipo penal específico de la

Huyendo del concepto restrictivo de autor entendemos entonces que los tipos de la Parte Especial no definen injustos propios de este sino, simplemente, injustos. Los tipos de la Parte Especial describen la conducta del autor cuando éste es el único que participa pero si, como ya hemos dicho, hubiera más de un interviniente la distinción entre las diferentes formas de participar no nace de la descripción típica de la conducta sino a través de las formas de intervenir en el delito previstas en la Parte General.³¹

Parte Especial del Código Penal) mediante su integración en el mismo. De esta manera el injusto ya no le pertenece sólo a quien lo acaba ejecutando, el autor, sino que le corresponde también al partícipe en el momento en el que se integra en él.

³¹ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 268. Con su modelo de intervención marca la pauta sobre la que diferenciar entre autor y partícipe sin renunciar a la distinción entre autoría y participación en el plano objetivo, pero apoyándose en algunas de las ideas de Lesch y Jakobs -de la *realización conjunta*- para afirmar que “la construcción del concepto de autor no puede conducir a la conclusión de que quien no ejecuta finalmente el hecho participa necesariamente en un injusto *ajeno*” pues, por el contrario, *el injusto es de todos los intervinientes* pese a que algunos de ellos no lo ejecuten finalmente.

CAPÍTULO II.

LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL COMO MARCO CONCEPTUAL.³²

I. Una necesaria revisión de la Teoría del Delito para fundamentar el injusto del partícipe.

Una vez que hemos fundamentado la participación delictiva -sabiendo que el partícipe se integra a en el hecho típico que ejecuta finalmente el autor- vamos a ver en qué términos podemos observar el desvalor del hecho del partícipe para configurar su injusto.

Para ello, pretendo comenzar con una breve exposición sobre cómo se ha ido construyendo el sistema valorativo penal, desde su primera configuración histórica hasta la configuración actual, pues será su análisis el que nos permitirá entender -desde una perspectiva ya asentada por la mayoría y basada en el *Sistema Funcionalista*- la razón de ser, las categorías, y la sistemática de todo Delito. Y, con ello -lo más importante- la necesaria interrelación entre lo subjetivo y lo objetivo, entre la imputación y la valoración, como formas de aprehender y justificar la *antijuricidad* y la *culpabilidad*; elementos nucleares de la configuración del Delito.

En este sentido, vamos a elaborar un repaso histórico de la *teoría del delito* ya que, al hacerlo, se nos irán dando las pautas para comprender el problema que plantean las conductas neutrales. Además, podremos entender por qué han surgido en torno al fundamento del injusto del partícipe algunas teorías denominadas “subjetivas” –que basan su existencia en el postulado finalista- y otras, comúnmente llamadas, teorías “objetivas” – basadas en el funcionalismo moderno-. Comenzaremos, así, con el estudio

³² Este capítulo sólo contendrá referencias a pie de página para desarrollar ideas o conceptos expuestos en el trabajo pues, en cuanto a las referencias bibliográficas que han servido de base para conformarlo, sería imposible incluirlas ya que se tratan de presupuestos dogmáticos, argumentos y conceptos extensamente incluidos en cualquier manual, trabajo o documento jurídico-penal. No obstante, para una visión completa de la evolución de la Teoría del Delito y los sistemas que la conforman, conviene leer un trabajo titulado “La Teoría Jurídica del Delito: Evolución histórica y sistemas” del . Eduardo Julián Franco Looor.

de los distintos sistemas que, contextualizados en un concreto momento de la evolución de la dogmática penal, han ayudado a elaborar conceptualmente la imperante Teoría del Delito.

Como veremos a continuación, la deriva penal en este extremo es extensa y, a veces, tortuosa. Esto se debe a que la doctrina más especializada -con mayor incidencia en este campo de los penalistas alemanes- arrastra décadas de discusión tornando difícil una argumentación pacífica que abarque desde la razón de ser misma del delito -y, por ende, de la teoría que lleva su nombre- hasta su propia existencia como concepto único y generalizable o, incluso, las categorías que lo conforman.

Por ello, con la exposición de las distintas formas históricas de entender el delito pretendo exponer el núcleo central de cada idea para, comparando cada teoría con la posterior, ver como se han intentado salvar los problemas que venía arrastrando la teoría precedente hasta llegar -como ya hemos advertido antes- al *Sistema Funcionalista* como configurador del análisis y el estudio de la Teoría del Delito.

La pregunta que se nos viene ahora a la cabeza -y a la que debemos intentar dar respuesta en primer lugar- no puede ser otra que: ¿existe el delito? La respuesta, a priori, parece fácil y no tiene otro objeto que no sea cuestionarse la realidad propia del delito como configuración de la dogmática penal. Si bien todos sabemos que, efectivamente, sí existe el delito como realidad fáctica, el delito como realidad jurídica tiene unas características básicas que lo definen y que se relacionan de la siguiente manera; (H)echo, (T)ípico, (A)ntijurídico, (C)ulpable y (P)unible.

Ahora, llegados a este punto, podríamos preguntarnos si existe una única teoría del delito compartida conceptualmente por todos. Rotundamente no. No existe una única concepción de la teoría del delito y, aunque se puede ver reflejado perfectamente el delito en base a su fórmula jurídica -como acción típica, antijurídica, culpable y punible- no existe una manera de responder de forma unánime a la pregunta acerca de qué es y, a la vez, desde cuándo existe, una conducta delictiva.

Estas preguntas han ido respondiéndose amparadas en los modelos que instruían los diferentes *sistemas del delito* pero, para entender la realidad del modelo concreto,

debemos ponerlos en relación con las notas históricas propias de la época en la que se desarrollan. No obstante, si bien a lo largo de este trabajo pretendemos dejar suficientemente claro que no ha existido un consenso general en lo referente a la comprensión de la Teoría del Delito -desde la configuración de los presupuestos de sus categorías, hasta las mismas categorías y sus relaciones- no es menos cierto que, con el paso del tiempo, se han ido diferenciando perfectamente los dos grandes juicios básicos en los que ha de integrarse el análisis de toda conducta delictiva; el *juicio de antijuricidad*- que se ocupa del análisis del *hecho típicamente* antijurídico- y, por otro lado, el *juicio de culpabilidad* -que se ocupa del análisis de la *culpabilidad*-.

Así, cada esquema o modelo que ha realizado aportes a la Teoría del delito lo que pretende, en última instancia, es dotar a la dogmática penal de una serie de criterios que permitan establecer dónde debe situarse cada una de las categorías y su relación entre ellas para, de esta forma, establecer -de una manera estructurada- el proceder eficaz dentro del juicio de *imputación y valoración*. Permitiendo, ulteriormente, finalizar con la posibilidad de *imputación del demérito*.

Es importante, en este punto, volver a recordar la advertencia anterior. Y es que no existe una única comprensión del delito que sea aceptada de forma unánime por todos los que conforman el mundo del Derecho Penal. Sino que, cada autor, cada aplicador del derecho, cada estudiante, configura -dogmática y materialmente- su esquema; aunque siempre partiendo de la fórmula categorial que compone el concepto jurídico de delito (H,T,A,C,P).

Entrando ya en materia, los sistemas del delito van a encontrar sendas diferencias en dos puntos clave. Primero; en el significado que se otorga a cada elemento y, por ende, a cada categoría dentro de la Teoría del Delito. Segundo; en el orden que toman dichos elementos que integran y conforman el propio delito.

Habiendo dejado esto claro, si conviene precisar cuáles han sido los *esquemas* que más han tenido que ver en su configuración actual. En este sentido, vamos a analizar los modelos causalista, neokantiano, finalista y, por último, el modelo funcionalista.

II. El modelo causalista o clásico y el modelo neokantiano o neoclásico.

MODELO CLÁSICO O CAUSALISTA: El modelo clásico -o causalista- del delito debe su razón de ser, básicamente, a dos autores que destacan entre todos; Franz Von List y Ernst Von Belling quienes fundamentan el delito a partir de su vinculación estricta al texto positivo; delito es " la acción sancionada por la Ley".

De esta manera, se amparan en el formalismo propio de las ciencias -pues sólo así podrán conseguirse los fines propios de un Estado de Derecho- en el que la búsqueda de seguridad y racionalidad jurídica, contraria a la arbitrariedad aplicativa, convierte al juez en un simple aplicador "matemático" de la Ley penal -en base a categorías contrastables, comprobables, y sencillas de aplicar-.

En palabras del Dr. Eduardo Franco Llor, "por esta vía se obtuvo una imagen extremadamente formal de las características del comportamiento humano. Se buscaba reconducir al Derecho Penal componentes de la realidad mensurables y empíricamente verificables". En su huida de postulados iusnaturalistas, integra un sistema receptor del *positivismo científico* y, por ello, entiende que debe ser únicamente el texto vigente el que sancione las conductas que deben ser -o no ser- castigadas.

Parte del concepto natural o causalista de acción³³ y de ahí la importancia que se le da a la producción del resultado. La "acción" -en términos puramente naturalistas- es considerada como la categoría central y básica pues, aplicando la fórmula de la "*equivalencia de las condiciones*", se conecta la *acción* con la *tipicidad* hasta hacer prácticamente imposible la distinción entre ambas categorías.

Se excluye, así, cualquier juicio valorativo en el *tipo* penal. La *acción típica* será aquella que se conecte *causalmente* con el *resultado* previsto en el *tipo penal* concreto - quedando patente la creencia de los penalistas de la época en un análisis de la tipicidad desde una visión puramente *natural*-.

³³ Incluyendo la omisión como un *no hacer* o *no evitación* de una modificación del mundo externo mediante una conducta voluntaria.

Lo relevante en el juicio de tipicidad es, por tanto, responder a la pregunta acerca de ¿se ha causado un resultado típico?³⁴

Así mismo, contemplan la acción como la coexistencia de i) un *movimiento corporal voluntario* y ii) la *producción de un resultado*. Por tanto, la *acción* es el resultado de una *voluntad mínima* exteriorizada; no basan la acción en la *finalidad* -entendida como *voluntad última* que pudiera mover al sujeto a su realización- sino en la voluntad que rige la acción como determinación de *hacer* -pudiendo *no hacer* algo- o *no hacer* – pudiendo *hacerlo*-.

Otro de los puntos a tener en cuenta en este modelo es que los análisis, tanto de la *tipicidad*, como de la *antijuricidad*, son realizados completamente de manera objetiva. El juicio de antijuricidad es un juicio puramente formal como “*ausencia de causas concretas de justificación*”. Lo que interesa, pues, es abarcar el material del hecho y las circunstancias fácticas del supuesto, es decir, si se ha causado el resultado que recogen los tipos penales habiéndose dado –o no- aquellas circunstancias que permiten la aplicación, al hecho, de alguna causa de justificación.

La culpabilidad, sin embargo, es exclusivamente subjetiva y congrega el conjunto de consideraciones psíquicas relativas a lo que el sujeto conoce, sabe, quiere, desea, etc. La culpabilidad contiene la valoración sobre la voluntad y se constituye en dos formas básicas; la culpabilidad dolosa -*conocer y querer la realización del hecho típico* así como *conocer el carácter típico y antijurídico del hecho*- y la culpabilidad imprudente -*realización del hecho a causa del comportamiento negligente del sujeto*-.

En este sentido, ya podemos ver aquí las diferencias de este sistema respecto al que actualmente rige –el funcionalista- donde tanto el *dolo* como la *culpa* son elementos propios de la tipicidad. Ello comporta importantes consecuencias como, por ejemplo, considerar la existencia de un *hecho típico y antijurídico* sin que hayan sido integrados en ellos ni el dolo ni la imprudencia-.

³⁴ Como podemos ver se contempla la precariedad valorativa de esta conducta desde un punto de vista normativo pues es incapaz de confrontar la conducta con el ámbito de protección de una norma concreta.

MODELO NEOCLÁSICO O NEOKANTIANO: Debe su constitución como modelo, entre otros autores, a Frank, Mayer y Mezger.

Tomando como punto de partida la falta de elementos valorativos en el sistema causalista nace el sistema neokantiano. Se proyecta como una solución al problema que supone esa mezcla imposible entre lo ontológico y lo valorativo pues, como hemos dicho anteriormente, el sistema clásico no realiza ninguna valoración normativa para considerar el hecho típico- al basarse en una consideración causal o naturalista de la tipicidad-.

Para ello, deja de lado el positivismo científico y abandona el método empírico por el método valorativo y comprensivo. Ya no se trata de una valoración de la realidad aséptica, sino de la valoración de la realidad como hecho socialmente definible conforme a la norma. Parte, de alguna manera, de la distinción entre imputación y valoración -aunque lo haga de manera muy primaria-.

Si bien es una propuesta que viene determinada -en cuanto a su razón de ser- por la superación de los problemas del sistema clásico, el nuevo sistema se caracteriza, también, por una idea de Antijuricidad meramente objetiva y una idea de Culpabilidad meramente subjetiva; situando de nuevo el dolo y la imprudencia como formas de culpabilidad.

En el modelo neoclásico lo verdaderamente relevante es la ruptura con el punto de vista naturalista que mezcla, y por tanto confunde, acción con tipicidad. La acción pasa a tener una consideración mucho menor en detrimento de la *tipicidad* y gran parte de la culpa la tiene Mezger y la nueva noción de la “acción social”.

Si bien parte de un concepto causal de acción, con Mezger se introduce -ya casi de manera necesaria- el término de *acción social* pues, como hemos visto anteriormente, la consideración de la acción típica en términos puramente causales es, cuanto menos, harto complicada. Con ello abandona el *positivismo naturalista* y se acerca al *valorativismo normativo*.³⁵

En el análisis de este sistema vemos como la tipicidad tiene dos partes. Una que podríamos considerar “positiva” y otra que podríamos considerar “negativa”; tomando ésta última, como punto de partida, la doctrina los *elementos negativos del tipo* en lo referente al juicio sobre la antijuricidad.

La *parte positiva* viene a ser la realización del desvalor del resultado que quiere ser evitado por la norma -concepción opuesta al *desvalor de acción* manejado en el sistema *finalista* donde prima, en el análisis de la tipicidad, la finalidad última pretendida por el sujeto-. También se adopta la técnica de los *elementos subjetivos del injusto* para caracterizar la *acción típica* en lo que a esta parte positiva del tipo se refiere –pensemos, por ejemplo, en el paradigmático delito de hurto donde para caracterizar la acción como típica se ha de tener en cuenta valorativamente el ánimo de lucro del sujeto-.

Mientras, la *parte negativa* de la tipicidad -la "otra cara de la moneda"- tiene que ver con la antijuricidad desde la perspectiva de los *elementos negativos del tipo* o causas de justificación. Pues, la visión neokantiana de lo que es un hecho típico, se determina por la integración de las normas facultativas dentro del propio juicio de tipicidad. De tal manera que, una conducta que se encuentre amparada por una causa de justificación, nunca puede ser considerada típica al estar legitimada por el ordenamiento. La culpabilidad, por su parte, caracteriza el *reproche* que se le hace al sujeto orientado por la Teoría de la norma y, como hemos dicho anteriormente, no difiere sustancialmente de la postura precedente.

³⁵ Lo importante de este modelo es que deja de importar la realización en el mundo externo de un *resultado prohibido* por la vigencia de la norma y comienza a ser central lo que valorativamente se ha de considerar como una *conducta prohibida*; de ahí, la relevancia que ahora adquiere el juicio de tipicidad.

III. El modelo finalista. La acción final como elemento nuclear de este sistema.

MODELO FINALISTA: Se trata del sistema triunfante en el s. XX y debe su razón de ser, entre otros, a H. Welzel.

El sistema finalista cae en la cuenta de los intentos realizados por el neokantismo de incluir aspectos subjetivos en la valoración de la conducta.

Por ello, se hizo eco de los problemas que tuvieron que afrontar -ya en lo valorativo- y que supusieron la necesidad de establecer los *elementos subjetivos del tipo* como forma de caracterizar la acción para ser considerada típica en determinados delitos.

El sistema finalista parte de la existencia de un conjunto de categorías, basadas en "estructuras lógico-objetivas", que prevalecen a lo normativo y que existen con carácter prejurídico. Según estas categorías, se pretende relacionar lo óntico y lo normativo de tal manera que, por ejemplo, el hecho de "matar" vendría a ser la realización de una conducta que todos, incluido el Legislador, consideramos como "matar"-quedando al margen, por tanto, de cualquier discusión jurídico-normativa-.

Atendiendo a esto, la acción vuelve a tener un peso específico en el sistema de categorías del delito entendida -precisamente como consecuencia de la existencia de esas estructuras lógico-normativas- como *acción final*. Ello le permite abandonar la concepción objetiva del injusto introduciendo el concepto de *desvalor de acción* dentro del juicio de antijuricidad. Esto supone extraer del *juicio de culpabilidad* una parte de ese *dolus malus* de los sistemas anteriores integrando dentro del tipo subjetivo la *vertiente volitiva* del dolo -entendida como *finalidad*-.

Es decir, el dolo ya no es exclusivamente una forma de culpabilidad, sino que se integra en el tipo como elemento central del *desvalor de acción* que, junto con *el desvalor de resultado* -basado en la idea de la *conditio sine qua non*- conforman respectivamente el tipo subjetivo y el tipo objetivo que darán lugar a la tipicidad de la acción.

La acción típica sería, por tanto, la acción que, dirigida por la voluntad final -tipicidad subjetiva- se materializa causalmente en el resultado previsto por la norma -tipicidad

objetiva-. La *finalidad* como *intención* define completamente la tipicidad primando, de esta manera, el desvalor de la acción -en el que también tiene cabida la imprudencia lo cual supone, de facto, un problema-.

En lo que respecta a la antijuricidad, ésta se conforma como una categoría totalmente independiente a la tipicidad; rompiendo, de esta manera, la concepción previa sobre los *elementos negativos del tipo*.

Por su parte, en el *juicio de culpabilidad* ya no tiene cabida el *dolus malus* pues el elemento volitivo del dolo se ha visto traspasado -como *desvalor de acción*- al análisis de la tipicidad. Como consecuencia de ello, el análisis del *dolo* que se ve analizado en el *juicio de culpabilidad*, será simplemente un análisis del mismo en su vertiente cognoscitiva -como *conocimiento de la antijuricidad*-.

Esta importancia que cobra el desvalor de acción en el análisis de la tipicidad será lo que, en última instancia, marque el punto de ruptura con esta forma de entender el delito. Como posteriormente criticará la doctrina, la finalidad que rige la acción del sujeto no puede dar lugar a la valoración -por sí misma- de la conducta como típica. Con ello, la crítica estriba en considerar la finalidad perseguida por el sujeto como la base del análisis del injusto y no existir una valoración sobre el riesgo de la conducta externamente considerada.³⁶

³⁶ De tal manera que, para saber si un sujeto ha realizado la acción de matar, no vale con partir de una premisa basada en la acción como voluntad final. Sino que, independientemente de lo que la persona quiera, desee o rija en última instancia su acción, la valoración de un hecho típico tiene que partir de consideraciones externas a la voluntad del sujeto -a su finalidad-. De lo contrario, nos podríamos encontrar con consecuencias absurdas. Pues pensemos, por ejemplo, el caso del joven que regala a su tío-abuelo unos pasajes para realizar un crucero con la esperanza de que el barco choque y se hunda. Si finalmente por algún infortunio, el barco desaparece y sus ocupantes mueren, siguiendo el esquema finalista existiría acción típica. Pues existe una acción (regalar los billetes) que, guiada por una finalidad (el hundimiento del barco y la consecuente muerte del hombre), ha dado lugar (estricta conexión causal) a un el resultado prohibido por la norma.

IV. El modelo funcionalista. La necesidad de un juicio valorativo-normativo.

MODELO FUNCIONALISTA: Intenta solventar los problemas que, en el terreno de la tipicidad, planteaba el finalismo; que, como hemos visto, basaba el análisis central de la tipicidad en el *desvalor de la acción* -considerada ésta como acción final guiada por la voluntad en base a la existencia de unas estructuras lógico-objetivas previas a la norma-.

Por tanto -y aquí lo verdaderamente importante de este sistema- supone una revisión de los conceptos neokantianos en orden a reintroducir el valorativismo normativo en lo referente al injusto penal; pero sin realizar esa división entre lo objetivo como *juicio de antijuricidad* y lo subjetivo como *juicio de culpabilidad*. El tipo pasa a estar conformado por la tipicidad objetiva y por la tipicidad subjetiva que habrán de respetarse en el orden expuesto a la hora de realizar el análisis de tipicidad.

De esta manera, el hecho típico -para serlo- ha de ser valorado. Pero en ningún caso partiendo de estructuras lógico-objetivas que determinen el injusto en base a la finalidad perseguida por el sujeto; la acción "matar" no vendrá configurada por la voluntad final que rige el hecho y su conexión causal con el resultado sino de lo que nosotros, socialmente, consideremos como "matar".

Huye del análisis finalista en cuanto a su orden y estructura. Ya no impera la tipicidad subjetiva sobre la tipicidad objetiva pues ya no es central la discusión sobre el *desvalor de acción*. Ahora toma peso el *desvalor de resultado* que, por su parte, conforma el primer estadio de la tipicidad -pues ya hemos dicho que en el esquema funcionalista primero se observa si la conducta es típica desde una perspectiva objetiva-.

De este modo, surge la "Teoría de la imputación objetiva". La misma establece, en esencia, unos criterios para -según lo dicho- *valorar* socialmente una conducta como típica. Para ello parte de tres premisas básicas: i) la *creación o aumento del riesgo permitido* -o *peligro ex ante*- ii) la *materialización del riesgo en el resultado típico* -o *peligro ex post*- y que iii) *se halle dentro del fin de protección de la norma*.

Siguiendo los postulados de la teoría, vemos como el análisis de la conducta típica se hace depender esencialmente de la consideración de un concepto normativo como es el "*riesgo permitido*". Concepto que deberá ligarse inevitablemente al de *fin de protección de la norma* pues, como veremos, que la acción se causalmente generadora de un resultado típico -ya no desde una perspectiva naturalista sino valorativa- se hará depender de estos dos juicios.

No obstante, el verdadero problema surge al intentar observar la tipicidad objetiva enfatizando, precisamente, en el término "objetivo". Siguiendo la nueva estructuración esquemática del modelo funcionalista, puede pasar que afirmemos que una conducta es -o no- "*objetivamente* típica" desde un punto de vista valorativo, sin tener en cuenta, por ejemplo, *los conocimientos* del sujeto en el momento de llevarla a cabo. Pues, si el *dolo* pertenece a la tipicidad *subjetiva* -en su vertiente intelectual y volitiva- la Teoría de la imputación no puede verse ayudada, en sede de tipicidad objetiva, por elementos subjetivos -toda vez que el análisis de los mismos viene después-.

Con ello, se olvidan de que para valorar es necesario, precisamente, contraponer la conducta personal con lo socialmente esperado por el ordenamiento jurídico respecto de la misma.³⁷ Llegados a este punto, aquí reside verdaderamente el problema; cuando entendemos que se debe aplicar el esquema realizando una separación radical de la parte objetiva y la parte subjetiva de la tipicidad.³⁸

Pensemos ahora en el dependiente de una ferretería para quien vender un cuchillo forma parte de las competencias normales que rigen la actividad diaria de su profesión. Pensemos en dos situaciones que se le pudieran presentar a este amable dependiente; Primer supuesto) Un hombre que, acompañado de su mujer, comenta que le gustaría

³⁷ Esto es lo importante en el análisis de la evolución de la teoría del delito en cuanto a sus modelos. La trascendencia que ha tomado la tipicidad y, más concretamente, la tipicidad objetiva como forma de huir del desvalor de acción en la concepción del sistema finalista de acción como voluntad final. Pues será en este estadio del análisis del delio donde debemos integrar justamente el tema objeto de este trabajo -las conductas neutrales-.

³⁸ Ya que como hemos podido imaginar, las "conductas neutrales" nunca superarían esta barrera de la tipicidad objetiva por quedar amparadas en el *riesgo permitido*.

comprar un cuchillo que fuera de hoja larga y ancha para cortar mejor la fruta ya que el que tiene no está en buen estado. Tras pagar, abandona la tienda agradeciendo al dependiente el trato recibido.

Segundo supuesto) Un hombre que, tras una pelea con otro sujeto en la calle de la cual es partícipe medio vecindario, entra en la tienda con graves síntomas de intoxicación etílica y cortes en las manos, gritando a viva voz: "¡Dame el cuchillo más grande que tengas que el mío ya lo he partido! ¡Hoy te juro que le mato!".

Si seguimos el esquema que se nos plantea tendremos que decir que, desde una perspectiva meramente objetiva, el "vender un cuchillo" -tanto en una situación como en la otra- sería *atípico* ya incluso en el primer estadio de la tipicidad; toda vez que no podemos tener en cuenta ni el conocimiento ni la voluntad, pues "vender un cuchillo a una persona" -que es precisamente lo que se valora cuando no tienes en cuenta consideraciones subjetivas del autor de la conducta- entra dentro del riesgo permitido ligado al ámbito de competencias de su rol de ferretero.

Aunque algunos autores se dieron cuenta de que esto no suponía una valoración eficaz de la conducta pretendieron dar respuestas a esa necesidad de lo valorativo sin salirse del plano de la tipicidad objetiva.³⁹

Será Roxin el que, de una vez por todas, sume los denominados *conocimientos especiales* al juicio del hombre medio. De tal manera que el análisis de la tipicidad objetiva se determine valorativamente atendiendo a todos los presupuestos que pueden determinar el *desvalor del resultado* pero tomado en consideración, también, el *desvalor de acción*.

Lo que hace en última instancia Roxin es intentar eludir esa separación artificiosa -del

³⁹ **Jakobs** pretendió realizar el juicio en la parte objetiva desde la perspectiva del *hombre medio*. Es decir, para saber si una conducta es típica en atención a la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, deberá valorarse la misma en el contexto del rol en el que se encuadre. De tal manera que, analizada la conducta por un tercero ajeno al hecho, quede definida por el margen de competencias circunscrito al rol.

modelo funcionalista- entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva. Pues se comprende que, en la valoración de la conducta -para que sea precisamente valoración de *esa conducta* concreta y no de otra estereotipada- se deben introducir los conocimientos del sujeto. Esto supone, al fin y al cabo, volcar el dolo en la tipicidad objetiva pues los conocimientos -como vis intelectual- forman parte fundamental de esta institución.

Por lo tanto, al configurar el juicio sobre la imputación objetiva tal y como establece Roxin, esa separación entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipicidad se difumina. Pues, siguiendo su propuesta, en la práctica no supone más que la *consideración conjunta* del dolo y de la imputación objetiva -quedando fundida la tipicidad en un análisis valorativo *conjunto* al que, para algunos, habría que sumar la antijuricidad en base a los elementos negativos del tipo-.

CAPÍTULO III.

DE LAS IMPOSICIONES DEL FUNCIONALISMO A LAS CONDUCTAS NEUTRALES.

I. La aceptación de la Teoría de la Imputación Objetiva como teoría del injusto típico.

A raíz del estudio de los esquemas del delito podemos ver que existe una evolución en el sistema penal que va desde una concepción más naturalista a una valorativo-normativa. Digamos que la Teoría de la imputación objetiva representa, en este sentido, la gran modificación de la forma de considerar el delito. Esto se debe a la discusión que nace a partir de los delitos de resultado en relación a la causalidad pues, precisamente, del análisis de esta relación surge la citada teoría.

Podemos decir que para solucionar los problemas que planteaba la relación entre la acción y el resultado nacieron dos tipos de teorías; a) teorías naturalistas; que lo que hacían era intentar comprender esta relación de causalidad desde una perspectiva ontológica o natural entre conducta y resultado. Y b) teorías valorativas; que aportan una visión normativo-valorativa.

Dentro de las teorías naturalistas, la más conocida es la *teoría de la equivalencia de las condiciones* o teoría de la "conditio sine qua non". Lo determinante de esta teoría es que basa, fundamentalmente, la causa de un resultado en toda condición de la cual ha dependido su realización -con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia-.

Como teoría natural –o de la causalidad- su contribución es innegable; pues todas las contribuciones efectivamente son de igual importancia para establecer cómo se configura el hecho en la realidad.⁴⁰

⁴⁰ La fórmula de esta teoría pasa por realizar un juicio hipotético; de tal manera que si eliminamos mentalmente una condición y el resultado no se produce, podemos afirmar que esa condición ha sido causa de ese resultado.

Sin embargo, esta teoría de la equivalencia de las condiciones tiene serios problemas para convertirse en una teoría resolutive de la causalidad. Pues pretende excluir como "conditio si ne qua non" la condición que, suprimida, no evita que el resultado se produzca.⁴¹ El error de esta teoría, es la creencia de que en base a ella podemos extraer conclusiones de relevancia penal y, no meramente natural.

Tras la "teoría de la equivalencia de las condiciones" nacen las Teorías individualizadoras de la causalidad, que creen poder discriminar las causas de las condiciones según la relevancia en la producción del resultado.⁴² Pero el problema de estas teorías individualizadoras de la causalidad es que no existen -desde una perspectiva físico-natural causas más o menos eficaces; pues todas ellas contribuyen al resultado en su concreta configuración. En todo caso puede haber "causas últimas" pero, desde una perspectiva naturalística, es imposible separar esta causa última de las anteriores ya que, faltando una, esta última no se produce.

En última instancia, el problema de estas teorías de la causalidad es que, si bien logran explicar la relación físico-natural -como problemas de relación causa y efecto entre acción y resultado-, les resulta imposible dar criterios normativos de atribución jurídica a esa relación. Así, la doctrina pasa ahora a centrarse en la "Teoría de la adecuación social" propuesta por Welzel por ser una teoría no naturalística; sino valorativa.

Esta pasa a conformarse como una teoría de la tipicidad alegando que las acciones finales -de la que forman parte esas estructuras lógico-objetivas preexistentes como conceptos prejurídicos- sólo serán típicas si son valoradas como socialmente inadecuadas. Es decir, como contrarias a las concepciones ético-sociales dominantes en una sociedad y en una época determinada; matar es aquello que todos entendemos como

⁴¹ La realidad es que los resultados no son procesos abstractos, sino concretos. Son procesos que se constituyen en base a todas las condiciones que han dado lugar a que el mismo se produzca de esa manera y no de otra y que, por lo tanto, determinan el resultado en su concreta configuración.

⁴² La más extendida en este punto es la "teoría de la causa eficiente"; donde no toda condición del resultado puede considerarse causa del mismo, sino sólo aquella condición que posea una mayor eficacia causal que las demás.

"matar".

Sólo tendrán valor causal aquellas condiciones que, por tanto, sean adecuadas valorativamente para producir el resultado. En este punto, los problemas a los que se enfrenta esta teoría parten de los criterios sobre los que basa su postura pues son puramente abstractos y muy poco desarrollados -dejando en el aire la pregunta sobre ¿cuándo existe una acción adecuada?-.

Se pasa, por tanto, a la Teoría de la Imputación objetiva con el objetivo de llenar de contenido material este interrogante.⁴³ Se constituye como una teoría del injusto típico - como una fórmula para comprender si un hecho es típico a partir de su valoración normativa-. De esta manera, señala que para que haya injusto típico será necesario realizar una valoración normativa de la conducta y de la relación de ésta con el resultado -la conducta ha de ser peligrosa, materializada y contraria a la norma-.

Sigue, por tanto, la línea abierta por Welzel -en lo referente a que hay que realizar una valoración social de la conducta- pero desarrollando aquellos criterios que deja "poco claros" la teoría de la adecuación social. Basándose, en concreto, en dos juicios valorativos; el que tiene que ver con el peligro ex ante de la conducta, por un lado. Y el que tiene que ver con el peligro ex post de la conducta, por otro; haciendo posible realizar dos juicios de valoración sobre una misma conducta en términos de riesgo.

La valoración "ex ante" sirve para comprobar si una conducta tiene, precisamente analizada "ex ante", la capacidad potencial de producir el resultado que se quiere prohibir -desde una perspectiva objetiva e independientemente del resultado producido-. No se trata por tanto de un juicio de análisis ontológico, sino un juicio valorativo conforme a la norma.⁴⁴

⁴³ Aunque la TIO nació precisamente para explicar la relación de causalidad aplicada a los delitos de resultado desde un punto de vista normativo, como hemos dicho al hablar de la teoría de Welzel, acaba no siendo una teoría de la causalidad, sino una teoría del injusto típico. De hecho, ya no se aplica sólo a los delitos de resultado sino que se acaba aplicando, también, a los delitos de actividad.

Lo importante, en este sentido, es lo que socialmente se determine como peligroso o contrario al fin de protección de la norma. Por tanto, este primer criterio -de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado- nos dirá cómo tiene que ser la conducta para poder relacionarse con el resultado producido. De tal manera que la conducta, prima facie, tiene que comprender la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.⁴⁵

Por tanto, según la sistemática impuesta por la Teoría de la imputación objetiva, el primer elemento que permite excluir la tipicidad, es la existencia de una conducta que no tenga la capacidad potencial -en términos de riesgo- de producir el resultado; y por tanto de ser, "ex ante", peligrosa de lesionar el bien jurídico protegido.⁴⁶

No obstante, este primer juicio -en lo que tiene que ver con la creación o el aumento de un riesgo jurídicamente desaprobado- tiene, sin embargo, que relacionarse con otro juicio valorativo en los delitos de resultado; la creación de un riesgo ex post que conecte

⁴⁴ Con esto, se deja claro que el primer requisito que exige la TIO es que, para que un comportamiento sea típico -independientemente de que exista causalidad en términos naturales sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones- es necesaria la creación de un riesgo desaprobado "ex ante".

⁴⁵ Desde una perspectiva "ex ante" la conducta tiene que suponer la realización de aquello que la norma - en su función teleológica- quiere evitar. Se trata por tanto de una primera exigencia para la tipicidad; consistente en una valoración normativa de la capacidad de la conducta para producir ex ante el resultado; no valoramos si la conducta produce el resultado o no, sino la capacidad de la misma "ex ante" para producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. De tal manera que si no hay peligro ex ante, la conducta ni siquiera es típica en grado de tentativa. De tal manera que un sujeto no mata exclusivamente porque causalmente su acción se conecte con el resultado de muerte. Sino que mata, en atención a la Teoría de la Imputación Objetiva, porque su acción contiene un riesgo "ex ante" (a la producción del resultado) susceptible de producir tal resultado; es decir, esa acción es "ex ante" peligrosa independientemente de la producción o no de un resultado. Con lo dicho, podemos decir que es posible valorar una conducta como peligrosa independientemente del resultado que produzca y que, por ello, la falta del peligro ex ante, convierte la conducta en atípica. Por tanto sólo la conducta típica será aquella que, ex ante, supone un riesgo para el bien jurídico protegido.

⁴⁶ Y esa "capacidad de la conducta para producir el resultado", no tiene que ser analizada desde una perspectiva causalista -en términos naturalísticos- sino que tiene que ser analizada en términos de riesgo pues, no existiendo esta capacidad de lesividad potencial, no existirá conducta típica.

esa conducta -ya desvalorada- con la concreción de la misma en un resultado típico.⁴⁷

Esto tiene que ver, ni más ni menos, con que el Derecho Penal sólo va a castigar conductas "ex ante" peligrosas que contengan, además, un plus de carga injusta; el desvalor de resultado -que el resultado se concrete en base al riesgo o peligro de esa conducta y no de otra-.⁴⁸

Lo importante de la Teoría de la imputación objetiva es, por tanto, que recoge el contenido del sistema funcionalista en lo que respecta al juicio objetivo-valorativo sobre lo que debe ser considerado conducta típica; partiendo, primero, de lo que se considera riesgo permitido y riesgo desaprobado.⁴⁹

No obstante, y debido a la convicción firme de abandonar los postulados que subyacen del finalismo y del concepto de "acción personal", lo objetivo se haya desmarcado de lo subjetivo como forma de proceder a la valoración de la conducta típica. La definición de injusto se conforma objetivamente en un intento de mantener la valoración del hecho ajena al sujeto.⁵⁰ Esto, sin duda, propiciara el problema expuesto a continuación.⁵¹

⁴⁷ En los delitos de resultado, no sólo vale con que la conducta sea potencialmente apta para producir un resultado en términos de riesgo. Es decir, no basta con mirar la potencialidad virtual de esa conducta, sino que el resultado tiene que ser la concreción de esa conducta peligrosa y no de otra pues es perfectamente posible que coexistan varias conductas -con varios riesgos inherentes- debiendo, entonces, identificarse cuál de esas conductas potencialmente aptas para producir el resultado es en la que, efectivamente, se concreta el riesgo último.

⁴⁸ Este criterio es consecuencia, precisamente, de que el nexo de causalidad no pueda interrumpirse en los delitos de resultado de tal manera que, desde un punto de vista naturalístico, el curso causal no puede alterarse -es el que es-. Por ello, cuando existen diferentes hechos que coadyuvan causalmente a la producción de un resultado la TIO impone este criterio como manera de seleccionar aquella conducta que se traduce en el desvalor del resultado.

⁴⁹ Ahora no es momento de analizar la otra estructura sistemática que permite configurar la TIO como es el ámbito o fin de protección de la norma. Más adelante tendremos ocasión de presentar esta institución debidamente.

⁵⁰ En un intento de romper, así, con la teoría de la acción final y con esas estructuras lógico-objetivas

previas pues la tipicidad de una conducta no puede valorarse conforme a la finalidad perseguida por el

II. El problema que han planteado, en la dogmática penal las denominadas “conductas neutrales”.

Como hemos dicho al finalizar el apartado anterior, la Teoría de la imputación objetiva –máximo exponente del funcionalismo- estaba destinada a poner fin a las argumentaciones finalistas; entendiendo que, la valoración normativa de una conducta, debe llevarse a cabo de manera independiente a la realidad psíquica del sujeto –de la voluntad final como elemento determinante de la acción-.

Teniendo en cuenta que el art. 29 del Código Penal no regula la forma ni los medios de llevar a cabo la participación criminal, las conductas neutrales ejemplifican una serie de casos en los que se difuminan al límite los márgenes del propio injusto de participación pues toda aportación es susceptible de poder ser integrada en el tenor del artículo.⁵²

En este sentido, convendría preguntarnos ¿Qué son las conductas neutrales?

Pues bien, el término “neutral” engloba una serie de supuestos de hecho que se caracterizan por tener una doble perspectiva valorativa en términos de injusto. Por un lado, se trata de conductas que se muestran externamente -desde un punto de vista objetivo- acordes a los estándares sociales o profesionales en los que se integra -y, por tanto, atípicas-. Pero, por otro lado, se trata de conductas que pueden ser desvaloradas penalmente si se introducen determinados elementos subjetivos -en concreto el

sujeto que la lleva a cabo. En la valoración del hecho no importa la consideración que la persona pudiera dar a su conducta -así como tampoco importa la finalidad que pudiera pretender con ella-. El valor de la propuesta funcionalista reside en considerar realizado un injusto penal siempre que se valore socialmente la conducta como contraria a la vigencia de la norma.

⁵¹ Pues las conductas neutrales empiezan a surgir como supuestos perfectos para probar aquellas teorías sobre el límite mínimo de la participación realizadas principalmente sobre la base de la teoría de la imputación objetiva. “Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutrales es, pues, para revertir esa tendencia y para integrar en la discusión general, y en la teoría sobre el fundamento de la participación en particular, los avances de la dogmática de la imputación objetiva”. En MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 65 y 69.

⁵² Así lo transmite ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 42.

conocimiento del hecho injusto sobre el que se proyecta la acción-.⁵³

Dejando –por el momento- a un lado el caso concreto de las conductas neutrales, la fijación de los límites de la participación ha sido siempre una piedra de choque en la discusión penal siendo el dolo –como elemento que integra el conocimiento del sujeto- el que pasa a ocupar un lugar privilegiado gracias, en primer lugar, a Frank y su “teoría de la prohibición de regreso” –la cual limitaba la responsabilidad del interviniente a aquél que actuara causalmente con dolo-.

Esta teoría surgió como una construcción dogmática para delimitar la responsabilidad a la que se llegaba con la teoría de la equivalencia de las condiciones⁵⁴ pues, según Frank, ninguna condición que no fuera dolosa y culpable –libre y conocida- podía ser sancionada.

De esta manera, los penalistas y los aplicadores del Derecho –anteriores a la aceptación de la Teoría de la imputación objetiva - no reparaban en el juicio de tipicidad objetiva y situaban el problema que plantean estos supuestos en la sede del tipo subjetivo; aduciendo al efecto que eran supuestos de ausencia de dolo y, por lo tanto, con nulo merecimiento de reproche penal. O bien, exponiendo la necesidad de, al menos, la presencia de dolo eventual para considerar la participación del sujeto. En este sentido, el fundamento del injusto del partícipe radica en la voluntad dirigida a satisfacer el fin delictivo.⁵⁵

En este punto, conviene dejar claro la principal crítica a la postura es que la solución que propone resulta poco convincente toda vez que debe ser el tipo objetivo el que

⁵³ Distintas consideraciones de lo que es una conducta neutral: conductas que reúnen requisitos tradicionales de la participación delictiva, pero que objetivamente no deben ser entendidas como tales; comportamientos externamente inocuos o estándar llevados a cabo frente a otro sujeto con conocimiento de su posterior uso delictivo; conductas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente la comisión de un delito.

⁵⁴ “Por esto no sorprende que se hayan realizado una serie de críticas pues se reprocha a FRANK no poder compatibilizar su *prohibición de regreso* con la teoría de la *equivalencia de las condiciones*; no se pueden distinguir las condiciones desde el plano causal pues todas son igual de importantes naturalísticamente”. ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 82 y 83.

⁵⁵ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 68 y 69.

limite la imputación en primer lugar y, posteriormente, sea el dolo el que la complete; pues en ningún caso se podría imponer el castigo penal basándose en la voluntad del sujeto respecto a la realización del tipo.

No obstante, a día de hoy, esta postura de Frank presenta sólo valor histórico. En realidad, únicamente, lo que defiende es la impunidad de la participación imprudente. Pero lo que no puede negarse es que Frank presentó la cuestión como un problema normativo y no empírico.⁵⁶

Así, a principio de la década de los noventa, la teoría de la imputación objetiva –que tan pacífica resultaba en el terreno de la autoría- trato de orientar sus postulados hacia el terreno de la participación criminal⁵⁷. De esta manera, intentó trasladar los avances dogmáticos que contenía su sistemática al injusto del partícipe para, así, reconducirlo a límites normativos de política criminal.⁵⁸

Su misión era superar la orientación finalista impuesta tras Welzel y Arm desde la idea de que la tipicidad no consiste en la unión de dos procesos ontológicos -como son la causalidad y la finalidad de la acción- sino que se antojaba necesario un análisis valorativo guiado, y orientado, por el fin teleológico de protección de la norma.⁵⁹

⁵⁶ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Límites de la participación...*, *op.cit.*, pp. 20 y ss.

⁵⁷ “Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutrales es, pues, para revertir esa tendencia y para integrar en la discusión general, y en la teoría sobre el fundamento de la participación en particular, los avances de la dogmática de la imputación objetiva” MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 69.

⁵⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Límites de la participación...*, *op.cit.*, pp. 11 y 12; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 63. Así lo dispone, también LANDA GOROSTIZA; “De esta manera, como ya advertía TORIO LÓPEZ, la teoría de la imputación objetiva no debe ser asumida exclusivamente sobre 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 criminal” en LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, p. 7.

⁵⁹ “Como ha señalado MIR PUIG, el concepto de imputación objetiva se mostró como el instrumento más adecuado para expresar el sentido no naturalístico de la acción, primero, y del hecho típico, después. Y lo

La realidad es que algunos autores reivindican en este punto una ampliación de la “teoría de la adecuación social” de Welzel. Pero es innegable que, sólo por medio de la Teoría de la imputación objetiva, se llega a fundamentar la necesidad de que la limitación del injusto penal se realice previamente al dolo – en el tipo objetivo-.⁶⁰ Efectivamente, se reconoce que la teoría de la imputación objetiva permite acoger las consecuencias finalistas en cuanto a la ubicación del dolo en la tipicidad –si bien en el tipo subjetivo- pero alejándose de la teoría de la acción final.⁶¹

Esto se debe a que la misión o fin último del Derecho Penal no es otra que la protección de bienes jurídicos y, por ello, es necesario que la carga normativo-valorativa que impregna todo el entramado jurídico actual, se desvincule de las ya superadas fases del positivismo jurídico así como de la filosofía de las "estructuras lógico-objetivas" vinculantes del finalismo. Si ello no fuera así, el Derecho penal daría la espalda a la realidad social.⁶² No obstante, esta huida de lo subjetivo -y la concepción objetivo-

cierto es que, quizás porque existía una coyuntura favorable para la adopción de criterios normativos de solución al problema de la tipicidad, se ha acabado generalizando en casi todos los ordenamientos de influencia alemana mediante la creación, en la propia antijuricidad, de un grado de valoración objetiva (de la tipicidad) con criterios normativos y no ontológicos.” MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 100 y ss.

⁶⁰ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 69. ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 26; “El tantas veces mencionado fenómeno de normativización, más que una renuncia a la realidad fáctica y estructuras ontológicas, puede que no sea otra cosa que una forma distinta de seleccionar determinadas características (abstracción) que culmina en una redefinición (o renormativización) de los conceptos para adaptarlos a las nuevas formas de concebir las relaciones sociales.”

⁶¹ Alega al respecto que los presupuestos de los que parten no permiten ser compatibilizados con un sistema de Derecho en el que impera la finalidad teleológica de la norma desde la función a la que sirve en la política criminal

⁶² LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, pp. 217 y ss.; ROBLES PLANAS, *La*

normativa del tipo- puede entrañar problemas a la hora de realizarse una valoración efectiva sobre la tipicidad de la conducta, precisamente, por mantener una valoración ajena a la realidad del sujeto. Esto es lo que ocurre en los casos de conductas neutrales.

Lo complicado es determinar conforme a qué realidad debemos realizar el juicio de peligrosidad "ex ante" de la conducta para ver si el sujeto crea o aumenta el riesgo de puesta en peligro del bien jurídico protegido; si aquella que integra los conocimientos del sujeto o aquella que no lo integra. Pues, si no atendemos a lo que el sujeto sabía, corremos el riesgo de negar que la conducta sea típica en sede de tipicidad objetiva por no encontrar elementos que desvaloren la acción al tratarse de conductas "externamente" inocuas o social y profesionalmente adecuadas.

Indudablemente es aquí donde se evidencia el problema que suponen las conductas neutrales en lo relativo a la participación punible y a su fundamento. Pues si la Teoría de la imputación objetiva es, precisamente, objetiva ¿cómo podemos integrar el conocimiento para valorar si un sujeto ha creado, o no, un peligro jurídicamente desaprobado? En este tipo de comportamientos se habla, pues, de una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada –impune- y lo que podría configurar una participación delictiva punible. Aquí está el dilema.

Pues ni siquiera los autores que consideran la solución en el tipo objetivo pueden dejar de lado el problema que plantean los conocimientos especiales en la valoración del riesgo jurídicamente desaprobado. Por tanto, las conductas neutrales suponen, de partida, un problema básico en la sistemática impuesta por el funcionalismo y desarrollada por influjo de la Teoría de la imputación objetiva.

participación..., op.cit., p. 25.

III. Los distintos intentos de solución al problema; de las teorías subjetivas a las teorías objetivas y los conocimientos especiales.

Sabiendo que el Código Penal simplemente hace referencia a “cooperar al hecho con actos anteriores o simultáneos”, ha sido la Doctrina la que ha llevado a cabo la tarea de concretar el límite mínimo de la participación a través del estudio y el análisis de este tipo de conductas por su apariencia dual, es decir, por su posible carácter justo y, a la vez, injusto.⁶³

Tanto quienes utilicen el conocimiento del partícipe para derivar responsabilidad penal de su conducta, como aquellos que aboguen por considerar que lo que sabe -o deja de saber el sujeto- no configura por sí mismo el desvalor penal de su acción, están posicionándose sobre una manera concreta de entender el injusto del partícipe.

De tal manera que, como se tendrá ocasión de comprobar, actualmente existe un conglomerado de innumerables teorías y criterios que se utilizan -según el posicionamiento dogmático de cada uno- en la valoración de la conducta típica de participación sin que haya una teoría de fondo que los ubique o deseche de manera sistemática.

Habiendo dicho lo anterior, se deja patente la inseguridad jurídica que subyace de este tipo de comportamientos los cuales son castigados o legitimados dependiendo de las consideraciones propias de cada autor.

No obstante, a pesar de que hay un complejo panorama dogmático referido a este punto, la discusión ha sido centrada y focalizada casi de manera unánime⁶⁴ en el tipo objetivo de la complicidad. Aún así, hemos de realizar una advertencia pues, en el caso de algunos penalistas, se suelen difuminar propuestas subjetivistas integradas en el tipo objetivo pero elevando al máximo exponente el conocimiento.⁶⁵

⁶³ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, op.cit., pp. 26 y ss.

⁶⁴ Excepto para los partidarios de las teorías subjetivas puras.

⁶⁵ ROBLES PLANAS, *La participación...*, op.cit., p. 74; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La*

▪ **TEORÍAS SUBJETIVAS:** Este grupo de teorías pueden definirse como subjetivas porque analizan la tipicidad de la conducta en el tipo subjetivo de tal manera que, en estos supuestos de conductas neutrales, quedan satisfechos los requisitos de tipicidad objetiva. Tienen en común que dotan a lo subjetivo de un papel preponderante o exclusivo. Lo importante para estas teorías es si el sujeto que coopera al hecho de otro actúa con conocimiento -cierto o probable- del propósito delictivo del sujeto al que favorece -mediante la realización de una conducta estándar-.⁶⁶

La “teoría de la impunidad por dolo eventual” es muestra de los intentos subjetivistas de comprender el injusto del partícipe. Así, se pasaba a predicar la impunidad de este tipo de acciones cuando se realizasen sin dolo directo pues, de lo contrario, se estaría corriendo el riesgo de atribuir responsabilidades penales a un sujeto por la mera sospecha de que su contribución pueda satisfacer en algún momento al autor.

Lo significativo es que, desde estos planteamientos -amparados por la subjetividad de su argumentación-, se niega la existencia misma del concepto “neutral” pues, dicen, toda acción está conectada directamente con el fin al que se dirige al realizarla. De esta manera, el carácter delictivo de una acción vendrá determinado por el fin último al que sirva -haciendo, por tanto, que la voluntad final determine el significado valorativo de la conducta-.⁶⁷

No obstante, estas teorías son criticadas tanto por ampliar en exceso la punibilidad como por suponer la subjetivización de la participación -que la llevaría a modelos de intervención cercanos a un Derecho Penal del pensamiento- convirtiendo el injusto de participación en una actitud interna del sujeto.

En este sentido, el acierto de la Teoría de la imputación objetiva es imponer que lo relevante no es lo que uno cree que hace o puede significar para él su aportación. Así

complicidad..., *op.cit.*, pp. 26.

⁶⁶ Para un desarrollo más amplio de estas teorías véase LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, pp. 66 – 74 y 225 y ss.

⁶⁷ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, pp. 57 y ss.

como tampoco es significativo lo que desee, quiera o espera de la misma –esto nos recuerda a la teoría de la prohibición de regreso de Frank-. Sino que lo relevante es lo que, valorativamente, se considera- o no- participación desde un punto de vista objetivo y general -por imposición del funcionalismo y por virtud de la Teoría de la imputación objetiva-.

- **TEORÍAS OBJETIVAS PURAS:** En el extremo opuesto a las teorías anteriormente mencionadas tendríamos el caso de las teorías objetivas. Las mismas, reivindican un primer juicio de naturaleza objetiva sólo tras el cual podríamos entrar a valorar consideraciones de índole subjetiva.

Con ello, impiden que la valoración de una conducta parta exclusivamente de la perspectiva del hecho de quien la ejecuta.⁶⁸ Nacen de la necesidad impuesta por la Teoría de la imputación de observar la peligrosidad de la conducta en el juicio de tipicidad objetiva. Para estas teorías, lo relevante es la peligrosidad abstracta que plantea la conducta de participación del sujeto.

Supone, por tanto, trasladar las exigencias del peligro "ex ante" a la conducta del partícipe⁶⁹. Dejan patente, pues, la importancia del orden impuesto por la teoría de la imputación de cara a excluir la tipicidad de aquellas conductas que no sean peligrosas por encuadrarse en el terreno de lo permitido -adecuación social, idea del rol, etc.-.

En este sentido, Jakobs nos traslada que lo relevante es observar si el sujeto se comporta dentro de los márgenes de su rol o si su conducta tiene una referencia de “sentido

⁶⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit*, pp 82 y ss..

⁶⁹ Así lo transmite LANDA GOROSTIZA, J.M: “Debería partirse, como primer presupuesto, de un comportamiento externo perturbador manifestado objetivamente 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 no puede convertir en relevante la conducta que era irrelevante por falta del tipo objetivo. Por tanto, 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 sobre la intención de un tercero de llevar a cabo un hecho delictivo” en *La complicidad...*, *op.cit*, pp. 82 a 129.

delictivo”. Establece una nueva consideración de la prohibición de regreso de tal manera que es imposible retroceder a las conductas -causalmente conectadas con el resultado- que se encuentran ya en el terreno de lo permitido por formar parte de las competencias atribuidas por un rol⁷⁰. Frisch, por su parte, nos traslada a la idea del sentido *inequívocamente delictivo*, para lo que resulta esencial conocer si su aportación supone la infracción de algún deber específico o la creación de un peligro por medio de la adaptación de su comportamiento a las necesidades del autor. Lo relevante es el sentido inequívoco delictivo del que participa.⁷¹

En el mismo sentido, Robles Planas habla de la adaptación del comportamiento del partícipe; haciendo hincapié en la importancia de analizar si el sujeto se adapta -o no se adapta- a las necesidades del autor.⁷²

No obstante, estas posiciones suponen un problema en lo referente a las conductas neutrales desde el mismo momento en que podamos decir que los conocimientos especiales que tenga el sujeto debieran servir, cuanto menos, para considerar que se encuentra permitido y que no⁷³. ¿Acaso podríamos desvalorar la conducta sin entrar a valorar el conocimiento de la persona como baremo de medición del riesgo?⁷⁴

⁷⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Límites de la participación...*, op.cit., pp. 49 – 52; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, op.cit., pp. 70 y 71.

⁷¹ En lo que respecta a la formulación de Frisch véase MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, op.cit., pp. 68 y ss. así como FRISCH, W y ROBLES PLANAS, R., *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 75 y ss.

⁷² Posicionamiento que impregna toda su postura.

⁷³ Así, no sería lo mismo, para un camarero, llevar un plato de sopa a la mesa, que llevar un plato de sopa a la mesa sabiendo que contiene cianuro. Aunque en ambos casos, el jefe de cocina le haya mandado llevar la sopa a la mesa ¿acaso no supone configurar el riesgo permitido desde una perspectiva diferente dependiendo de si se sabe o no que se lleva un plato a la mesa? Jakobs salva esto acudiendo a la idea del “contexto caótico” como vía de escape a la idea del rol social para introducir los conocimientos “especiales” del sujeto.

⁷⁴ “A partir de Jakobs y de esa primera referencia al sentido delictivo (actuar configurando su organización con el autor de “aquella manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas”) comienzan a proliferar los criterios objetivo-normativos que permiten situar en el tipo objetivo la razón por la cual se ha de sancionar como partícipe al que coopera con el autor” tal y

CAPÍTULO IV.

LA IMPORTANCIA DEL CONOCIMIENTO EN LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA TÍPICA.

I. *Las perspectivas subjetivas o teorías mixtas; el conocimiento como elemento a integrar en el juicio de valoración.*

Partiendo de un posicionamiento ecléctico -basado en posiciones objetivas puras y subjetivas- estas teorías mixtas no renuncia al tipo objetivo para la solución de estos supuestos pero sí lo condicionan al mayor o menor grado de dolo existente en la conducta del sujeto actuante.

De esta manera, niegan una constitución exclusivamente objetiva del tipo realizando el juicio de valoración dependiendo de “datos subjetivos”. Son, pues, teorías que en algún momento hacen depender la caracterización de la participación del conocimiento del interviniente sobre la idea de un riesgo típicamente relevante; aunque, como hemos dicho, no signifique que no utilicen criterios objetivos sino que la limitación del riesgo típico es especialmente adecuada al lado subjetivo o interno de la persona.⁷⁵

Intentan, por tanto, revitalizar la capacidad de rendimiento de la Teoría de la imputación integrando en ese juicio objetivo – o juicio valorativo general que impone la misma- los conocimientos especiales de los que dispone el sujeto para valorar la peligrosidad de su conducta; graduando el dolo en base al conocimiento que tenga sobre lo actuado.

como lo transmite MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 71. En el mismo sentido LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, p. 22. .

⁷⁵ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 56 y ss.; LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, pp. 69 y ss. 134-217 y 230-242. En este sentido conviene dejar claro que, actualmente, existen dos posicionamientos “mixtos” amparados por estas perspectivas subjetivas pues, dependiendo de la relevancia otorgada al elemento subjetivo –dependiendo de si alteran o no el juicio de tipicidad objetiva en función de la clase de dolo-, podríamos hablar de: 1) teorías mixtas diferenciadoras u objetivizadoras de la intención y 2) teorías mixtas no diferenciadoras.

La relevancia penal de las conductas externamente neutrales se determina, por tanto, de una manera objetivo-subjetiva pues el sentido social de una determinada forma de actuar no se puede constatar aisladamente; sino a través de las consideraciones, representaciones y conocimientos del actuante. Esto supone, en esencia, la necesidad de observar, primero, el elemento cognoscitivo de la acción y, luego, la parte objetiva – como representación externa- de la conducta.

Por todo ello, ponen de manifiesto el principal problema que han planteado las conductas neutrales ¿debe otorgarse relevancia, ya en el tipo objetivo, a los datos internos del sujeto actuante para determinar el riesgo de su conducta?

No en vano, la razón de ser de las conductas neutrales es, precisamente, que el conocimiento determinará su naturaleza injusta. Para que al Derecho Penal no se le escapen verdaderas conductas de participación camufladas bajo la apariencia de lo *adecuado*, el conocimiento del sujeto ha de ser, indudablemente, un elemento más de juicio.⁷⁶

Autores⁷⁷ como Roxin optaron por insertar elementos subjetivos en el juicio de imputación del tipo. Precisamente porque entendían que, para valorar un acontecimiento, no se puede tener en cuenta una acción predeterminada y apropiada en un contexto social concreto e idealizado.

Hay que tener en cuenta el contexto y las circunstancias que pueden incidir en la naturaleza neutral de la conducta que hacen que su comportamiento sea potencialmente peligroso.

Aceptan, pues, la base de la imputación objetiva pero adecuando los criterios objetivos

⁷⁶ Así lo advierte Roxin para quien también resulta imposible llevar a cabo un juicio enteramente objetivo pues para determinar la relevancia de una conducta como peligrosa tiene que poder valorarse en el contexto concreto en que tiene su razón de ser. Y eso pasa necesariamente por introducir, en el juicio intersubjetivo sobre su tipicidad objetiva -juicio de imputación objetiva- elementos subjetivos como los denominados "conocimientos especiales".

⁷⁷ La necesidad de valorar el conocimiento es defendida por Landa Gorostiza entre otros..

al grado de conocimiento que tenga el interviniente -seguro o probable- de los planes delictivos del autor. Diferenciando si es -o no- participación delictiva de si ésta se realiza con dolo directo o eventual ya que el sentido social y jurídico-penal de una actitud de participación no puede constatarse aisladamente de las representaciones del actuante.⁷⁸

No obstante, estas teorías reciben críticas por alterar el orden sistemático impuesto por la Teoría de la imputación objetiva al considerar el dolo -o el conocimiento integrado en este- antes de valorar el riesgo de la conducta en el margen de la permisión del rol concreto. Además, por supuesto, de dar distinta relevancia a las clases de dolo en el fundamento de la participación.

Y es que, aunque Roxin exponga el uso de la Teoría de la imputación al tipo objetivo para resolver los casos de conducta típica -marcando los límites de la participación delictiva- parece que, en realidad, la base del juicio de valoración para determinar la exigibilidad o no de la conducta es el grado de conocimiento que tiene el sujeto sobre el favorecimiento de su acción a fines delictivos.

Se pasa, así, a un intento de “objetivar” la finalidad con la que el interviniente actúa haciendo depender la punibilidad de la conducta de la realidad interna de cada persona.⁷⁹ Ante esta realidad, otro sector doctrinal admite que el juicio de imputación objetiva pueda integrar ciertos datos subjetivos pero sin llegar a condicionar, con ello, la objetividad del juicio.⁸⁰

⁷⁸ Como podemos ver, Roxin se adscribe a las teorías mixtas diferenciadoras porque hacen depender el tipo objetivo de la clase de dolo existente. Pero toda vez que Roxin vuelca el análisis en esta consideración surge un problema: que en nuestro sistema jurídico, el dolo eventual es otro tipo de dolo que a efectos prácticos presenta la misma penalidad. Por tanto, la única consideración que podría sacarse del análisis de Roxin es la necesaria diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente-(imprudencia- como elemento determinante de la penalidad del partícipe.

⁷⁹MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p.74. Las divergencias, en este sentido, con las teorías mixtas no diferenciadoras son enormes pues para éstas el juicio de valoración toma como referencia el significado objetivo-general del comportamiento mientras que para Roxin y los partidarios de las teorías mixtas diferenciadoras la referencia es la intención.

Dicen estos partidarios que, situándose el problema de la tipicidad en el lado interno del sujeto –en la manera en la cual comprendió el significado de su actuar-, pasan por alto que lo subjetivo sólo puede tener como referente la manifestación externa de la conducta, es decir, lo objetivo. Supondría un Derecho de pensamiento el poder acudir a la vis interna de la conducta sin que esté completamente agotado el tipo objetivo.

Viviendo en una sociedad de riesgos, es totalmente asumible que una persona que actúa representándose la posibilidad de conducir su acción a un resultado lesivo se mueva dentro de lo permitido. De tal manera que el significado de una conducta debe regirse por el significado social que se le da a la misma. Y significativo por sí mismo sólo son las acciones externamente manifestadas y susceptibles de poder ser, por sí mismas, desvaloradas.⁸¹ Para estos penalistas sólo un tipo de conocimiento es relevante; el que está directamente ligado a una manifestación externa desvalorada -de tal manera que no existe el uno sin el otro-.

Es curioso, sin embargo, como los autores más apegados al lado objetivista -como Jakobs que tratan de mantener la separación entre lo objetivo y lo subjetivo en base a la idea del rol social- hablan del "contexto caótico" y los "conocimientos especiales" para escapar de lo no permitido con respecto al rol y sus expectativas⁸².

Alegan, no obstante, que esos conocimientos –"especiales"- hayan su frontera en el sentido no delictivo de la aportación. De tal manera que, no se trata de que en el juicio de imputación se integren esos conocimientos, sino de si el tenerlos formaba parte -o

⁸⁰ Se trata, como ya sabemos, de los partidarios de las teorías mixtas no diferenciadoras.

⁸¹ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 68: "Al igual que una conducta no pierde su significado delictivo porque al sujeto le falte la intención de favorecer el delito ajeno, tampoco lo recibe por el mero hecho de que quiera favorecerlo. El *sentido delictivo* es un dato objetivo que se desprende de la configuración externa de una conducta; la ausencia o presencia de una determinada voluntad no modifica el sentido objetivo en absoluto. El conocer o querer una acción no la convierte en peligrosa *per se*, so pena de infringir el *principio del hecho*."

⁸² Así lo muestra en el conocido "caso del vendedor de cuchillos" donde acude a la idea del contexto caótico como límite al rol profesional cuando se puede entender que un contexto marcadamente delictivo debe incidir en el comportamiento estereotipado del sujeto interviniente.

no- de los deberes de actuar adscritos al individuo por su rol –ya sean sociales o profesionales-.

Lo que no puede negarse es que estas conductas neutrales empiezan a consolidarse como un auténtico campo de pruebas para aquellas teorías fundamentadoras y limitadoras de la participación criminal realizadas, principalmente, a partir del desarrollo teórico de la teoría de la imputación objetiva.

Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutrales es para integrar en la discusión dogmática general, y en la teoría sobre el injusto de participación en particular, los avances y los problemas de la dogmática de la imputación *objetiva*.

II. Problemas que presenta la Teoría de la Imputación Objetiva. La división de lo objetivo y lo subjetivo como compartimentos estancos.

Del apartado anterior podemos extraer ya una conclusión: que la doctrina es unánime en cuanto a que no es posible, completamente, construir un juicio de adecuación social de una conducta desde parámetros estrictamente objetivos pues, sobre la valoración del riesgo que subyace de una acción, ha de consolidarse una amalgama heterogénea de criterios objetivo-subjetivos.

Dicho lo cual, advierten que esta afirmación no es contraria a la obligación de recurrir a este elemento cognoscitivo solamente en el caso de que el comportamiento pueda ser objetivamente perturbador y, por ello, penalmente desvalorado.

El conocimiento no determina por sí mismo el desvalor de la acción pero es un punto de partida irrenunciable para que el desvalor se manifieste. Sin duda alguna, la inclusión de los conocimientos permite mejorar la capacidad de rendimiento del tipo objetivo pues, su razón de ser consiste, exclusivamente, en fijar las fronteras de lo permitido.

En este sentido, como ya dijimos al comienzo del trabajo, si el injusto del partícipe se explica por la integración en un proyecto antinormativo común que tiene por objeto la negación de la vigencia de la norma penal, esto, indudablemente, obliga a tener que

asumir que la valoración de la conducta como potencialmente peligrosa –peligro ex ante- no puede realizarse sin considerar el conocimiento del sujeto sobre la proyección de la misma.

Aunque -como veremos- el conocimiento no es determinante del desvalor penal si ha de formar parte de la base del juicio sobre el riesgo de la conducta. Se trata, por tanto, de situar al conocimiento en el sitio correspondiente en un momento en el que la doctrina parece no tenerlo tan claro -como muestra la discusión planteada-.

Como transmite Miró Llinares ⁸³; “la teoría de la imputación objetiva, referencia dogmática esencial de la doctrina penal sobre el injusto en los últimos 40 años que pretendía integrar en los tipos penales elementos normativos relativos a la finalidad de la norma penal, deberá por ello ser revisada especialmente en la significación que ella misma otorga al conocimiento del sujeto del injusto. No se trata, por tanto, de una redefinición de tal teoría como de una revisión del significado de la misma”.

En un sentido muy parecido Robles Planas apunta que “en el fondo, la solución de estos casos sobre las conductas neutrales compromete profundamente a los representantes de los paradigmas dogmáticos en pugna, y más concretamente, las bases metodológicas sobre las que estas corrientes se construyen: el “ontologicismo” y el “normativismo”. En efecto, me atrevería a afirmar que la discusión en torno a este grupo de casos ha provocado, de un lado, la revisión de muchos “dogmas pacíficos” en materia de tipicidad *objetiva*, y de otro, el repliegue y alineamiento de posiciones a favor o en contra de las denominadas corrientes “normativistas”. De hecho, es precisamente desde estas últimas desde donde se han azuzado la cuestión de las conductas neutrales.”⁸⁴

⁸³ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 37.

⁸⁴ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op.cit.*, p. 17. Por su parte, FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. XI: “Se advierten en el horizonte las nubes de una parcial deconstrucción de la imputación objetiva como demuestra el texto de Frisch y el texto de Robles Planas para lo cual es necesario haber realizado un balance histórico y analítico de la capacidad de rendimiento

de esta teoría. Como es sabido, la doctrina de la imputación objetiva fue producto, en sus inicios, de los intentos de corregir una concepción causalista-naturalista del tipo mediante su reconfiguración como causalista-normativa. Sin embargo, paradójicamente, aquella doctrina adquirió su mayor difusión cuando,

La único cierto es que el Derecho penal no puede quedar al margen del conocimiento como elemento de juicio, pues obliga al sujeto que *conoce* una determinada realidad a comportarse de una determinada manera. Por ello, es del todo imposible legitimar la vigencia de una norma frente a una conducta sin partir de la perspectiva del hecho sobre el que se integra pues, como venimos diciendo, sólo puede valorarse una conducta -en términos de injusto- si se parte de la realidad sobre la que el sujeto decide actuar u omite hacerlo.

Lo cierto es que la Teoría de la imputación objetiva no legitima las posiciones subjetivistas y deja sin capacidad de rendimiento a los postulados objetivistas puros. Pero tampoco permite acoger las perspectivas mixtas por su falta de adecuación sistemática en cuanto al orden impuesto por ella.

La cuestión, independientemente de lo anterior, es que los muchos adelantos de la misma pueden seguir manteniéndose sin caer en postulados subjetivistas de corte finalista. Es evidente que la función primordial del Derecho es orientarse a las funciones teleológicas que imprimen su carácter y le dan razón de ser y, en este sentido, la existencia de un juicio valorativo general -independiente del sujeto- se antoja necesario.

La tradicional división entre lo objetivo y lo subjetivo se antoja, cuanto menos, problemática. Aún así, no es necesario huir de los postulados propuestos por la teoría de la imputación sino que, es posible, que los únicos problemas que plantea devengan del nombre que se le ha dado y del orden sistemático al que ha estado abocada.⁸⁵

de la mano de los finalistas, ya había irrumpido una concepción dualista del tipo en la que, junto al desvalor de resultado, se integraba el desvalor de acción en términos subjetivos. A partir de ahí, la fractura entre los finalistas y los partidarios de la doctrina de la imputación se hicieron patentes.

⁸⁵ Creo firmemente en la posición del profesor Miró Llinares cuando dice que “el problema de la TIO probablemente no provenga tanto de lo que ella pretende, incluso ni siquiera de lo que logra con los correctivos de que se trate, como en la confusión metodológica debida a su sistemática; esencialmente por - la imposibilidad de afrontar un objeto de conocimiento que ha sido desubicado de su sitio. Así como del uso que realiza de términos como “imputación” y “objetiva”. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 120.

III. Dos cuestiones esenciales. ¿Es una teoría de la imputación? ¿Puede pretender ser una teoría estrictamente objetiva?

Lo que es evidente es que, a través del análisis de las denominadas conductas neutrales, se han abordado ciertas cuestiones de especial relevancia. Siendo así que debemos preguntarnos, por un lado, si verdaderamente podemos concebir la teoría de la imputación objetiva como una teoría *de la imputación* en sentido estricto o bien deberíamos estar hablando de una teoría *de la conducta típica*. Y, por otro lado, si realmente podemos predicar un absoluto objetivismo del juicio que realiza para determinar la existencia de un riesgo típico o, por el contrario, deberían introducirse ciertos elementos subjetivos –concretamente el conocimiento del plan delictivo-.

A la primera de las dos cuestiones nos vamos a dedicar a continuación. Algunos autores han puesto de manifiesto que la teoría de la imputación objetiva presenta un problema de contenido pues determinados presupuestos -utilizados por la citada teoría para excluir o constituir la tipicidad- no tienen nada que ver con la propia *imputación*; sino que afectan a la constitución del Derecho y, por tanto, a los límites de la libertad jurídicamente garantizada sobre la base de consideraciones axiológicas y normativas.⁸⁶ Si se considera que el *desvalor de la acción* constituye un elemento referencial en la conformación del injusto típico, el hecho de que la conducta a la que se impute el resultado haya de contener un riesgo idóneo ex ante -y, además, jurídicamente desaprobado- no se deriva de la lógica que sigue al proceso de imputación del resultado sino que tiene que ver más con una serie de cuestiones normativas –previas- de las cuales se hace depender este proceso.

Si no hay un riesgo jurídicamente desaprobado, lo que en realidad falta es una acción injusta que haga posible la ulterior imputación del resultado, también, en términos de injusto.⁸⁷ De este modo, si se convierten las cuestiones relativas a la *conducta típica* en problemas de imputación, se estarían confundiendo los términos -pues nada tienen que ver los asuntos dogmáticos sobre la constitución normativa del riesgo- con los problemas fácticos y naturalísticos que plantea la

⁸⁶ FRISCH, W. y ROBLES PLANAS, R., *Desvalorar e imputar...*, o.p.cit., p. 49. En este sentido, podríamos afirmar que la fórmula de la que parte la teoría de la imputación objetiva para extraer el desvalor penal de una conducta no se conforma de elementos propios de la imputación.

⁸⁷ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, op.cit., p. 49-50.

*imputación.*⁸⁸

Por ello, es de vital importancia situar dentro de la categoría de la *conducta típica* aquellos elementos que no tienen que ver propiamente con la imputación penal y sí con la corrección o incorrección de las conductas desde un punto de vista estrictamente normativo.⁸⁸ El desvalor de una conducta no depende de la posible imputación de un resultado a la misma, sino de lo que debe ser considerado correcto o incorrecto, en términos de injusto, desde el punto de vista de los fines perseguidos por el Derecho.⁸⁹

En este sentido, lo fundamental, para valorar la existencia de un injusto, es poder deslindar las diferentes esferas o ámbitos de responsabilidad entre aquellos que han intervenido causalmente en él.⁹⁰ El injusto penal no nace con la posibilidad de imputación del resultado a una conducta conectada causalmente con él, sino que parte de la idea normativa de *riesgo* que tiene que ver, exclusivamente, con la extensión y los límites de la libertad de acción de cada individuo.⁹¹

Autores como Frisch se han hecho eco de los peligros que entraña observar el injusto típico a través de la idea de la imputación pues, con ello, se apartan precisamente de la propia esencia de lo justo -o injusto-. La imputación, por tanto, desplegaría sus efectos una vez se haya considerado que la conducta es, en esencia, injusta por traspasar la barrera del riesgo jurídicamente permitido en términos también de injusto y supondría, simplemente, la constatación de que el resultado finalmente producido es consecuencia causal del peligro que emana de la conducta.⁹²

De esta manera, como también evidencia Silva Sánchez, “para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación –Hruschka- no sólo la teoría del

⁸⁸ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. 60.

⁸⁹ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. 98.

⁹⁰ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, pp. 100 y ss.

⁹¹ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. 81.

⁹² FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. 82.

comportamiento típico, sino, también, la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación pues una y otra pertenecen al ámbito de las reglas de conducta”.⁹³

Respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, es decir, a si realmente podemos predicar un absoluto objetivismo del juicio que realiza la Teoría de la imputación, hemos de decir que la sistemática impuesta por la misma -en cuanto que separa lo objetivo y lo subjetivo en la conformación del injusto- hace imposible una valoración efectiva de la conducta; se sacrifica la perspectiva del hecho al no integrar el conocimiento de los planes delictivos en el juicio objetivo para la valoración del riesgo típico -la concreción del desvalor penal a través del incremento *desaprobado* del riesgo no permite realizar tal división-.

No obstante, debemos decir que este problema no es exclusivo del injusto de participación sino de cualquier tipo de injusto que se analice metodológicamente a través de la citada teoría. El estudio de las conductas neutrales nos ha permitido, en este sentido, cuestionarnos hasta qué punto es posible realizar una separación hermenéutica entre lo objetivo y lo subjetivo como construcción sistemática y eficaz del tipo de injusto. Si coincidimos en que el injusto del sujeto es individual y unitario, ¿por qué dividirlo en dos juicios independientes?⁹⁴

Quizás la crítica de la teoría de la imputación objetiva se deba, exclusivamente, a su metodología; más concretamente, en lo que supone dividir la tipicidad en dos juicios independientes -pues para realizar un verdadero análisis de la relevancia típica de una conducta, no se puede perder de vista la situación concreta de la que parte el sujeto- como bien ha puesto de relieve el estudio de las conductas neutrales.

⁹³ Consideración efectuada por Silva Sánchez en el Prólogo de la obra de FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, p. XIII.

⁹⁴ FRISCH, W y ROBLES PLANAS., *Desvalorar e imputar...*, *op.cit.*, pp. 92 y 93.

CAPÍTULO V.

LA ASUNCIÓN DE UNA SERIE DE PAUTAS PARA LA COMPRENSIÓN Y SOLUCIÓN DEL PROBLEMA QUE PLANTEA LA “NEUTRALIDAD”.

I. La aplicación de un esquema sistemático y argumentativo que permita confrontar una conducta imputada con el ordenamiento penal. La Doctrina de la Imputación.

Por todo lo expuesto hasta el momento, en el presente trabajo ha surgido la necesidad de desarrollar una propuesta metodológica que esté en condiciones de llenar de contenido material el injusto de cualquier interviniente sin caer en los defectos propios de la teoría de la imputación objetiva.⁹⁵

La adopción de un sistema que permita coherencia sus postulados con el fundamento del partícipe aquí sostenido –esto es, la realización del delito tipificado en la Parte Especial a través de las distintas formas de participación que impone la Parte General- y que también nos permita diferenciar entre *imputar* y *valorar*, es de vital importancia pues, como veremos, esta diferenciación nos hará salvar los problemas y las críticas que han tenido lugar en torno a la teoría de la imputación objetiva.⁹⁶

⁹⁵ Como transmite Joshi Jubert; “la mal llamada teoría de la imputación objetiva debería, por lo menos: a) distinguir entre, por una parte, la infracción de las normas de conducta, y, por otra parte, los juicios de imputación; y b) redefinir los conceptos de objetivo y subjetivo en el marco de la teoría del delito y, concretamente, en la teoría de la imputación. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 120. Sin duda alguna, para realizar verdaderamente un juicio valorativo, debemos deslindar dos planos diferentes. Por un lado, debemos poder imputar una conducta, hecho o realidad a un sujeto concreto. Y, por otro lado, debemos poder valorar eficazmente esa conducta, hecho o realidad ya imputada.

⁹⁶ Necesitamos dotarnos de un sistema integrador, que no divida los juicios de tipicidad como si de una moneda se tratase –por un lado, la cara subjetiva del injusto y, por otro lado, la cara objetiva-. Necesitamos de un juicio de “imputación” en sentido estricto y, sobre él, un juicio normativo- valorativo que integre ya la conducta imputada previamente. Es decir, que integre una realidad objetiva pero dependiente de la perspectiva del autor sin ser, por ello, psicológica.

En este sentido, la “Doctrina de la Imputación”⁹⁷ es la propuesta que, por no representar un cambio drástico en la sistemática utilizada para la construcción del injusto penal, está en las mejores condiciones de cumplir con dichas exigencias. Se trata de un modelo que distingue perfectamente entre normas de conducta y *juicios de imputación* redefiniendo, a la vez, los conceptos de objetivo y subjetivo en el marco de la teoría del delito.⁹⁸

La Doctrina de la imputación nos permite, sin lugar a dudas, servirnos de un esquema metodológico más eficaz a la hora de comprender el injusto típico -como *confrontación normativamente desvalorada*- entre el sujeto y la norma.⁹⁹

Se trata de un sistema capaz de concretar el desvalor penal del hecho realizando una comparación real entre la conducta -previamente imputada al sujeto- con la descripción típica de las normas contenidas en el Código penal tanto de su *Parte Especial* -y que determinan el injusto típico de referencia-, como de su *Parte General* -que determinan y regulan las distintas maneras de intervenir en ellos ya sea a modo de autor o de partícipe-.

Y realiza esta tarea, basándose en una serie de premisas tomadas a partir del análisis y del estudio de la Teoría de la imputación objetiva -como postura dogmática a superar- y que se presentan – a modo introductorio- de la siguiente manera:

.- Primero: La Teoría de la imputación objetiva debería desvincularse de una idea asociada al verbo “imputar” -como juicio de adscripción de un fenómeno a un agente- desde el momento en el que, ni se proyecta, ni despliega la mayor parte de su arsenal dogmático sobre esta realidad.

Por el contrario, el proceso normativo que realiza esta teoría tendría que ver, más bien, con el proceso de “*applicatio legis ad factum*” dentro de la sistemática que impone la

⁹⁷ Como indica MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 121, es la consecuencia del estudio de excelentes penalistas como Joachin Hruschka y Pablo Sánchez- Ostiz Gutierrez.

⁹⁸ Sistema que resulta totalmente convincente también para MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 120.

⁹⁹ Pues se parte de la consideración del injusto *personal* para valorar socialmente la conducta.

Doctrina de la Imputación y que se basa en un juicio valorativo -sobre la conducta imputada - conforme a las distintas reglas de conducta que impone el Código Penal tanto en su Parte Especial –en forma de mandatos o prohibiciones - como de su Parte General –a través de las reglas de intervención-.¹⁰⁰

.- Segundo: Precisamente por tratarse de un juicio valorativo sobre la conducta previamente imputada es necesario que, primero, se realice un juicio de imputación – *imputatio facti*- compuesto de dos elementos subjetivos como son el *conocimiento* de lo realizado y el *control* sobre lo realizado.

El conocimiento se verá ya integrado en el juicio de *applicatio legis* sin tener que acudir a un juicio adicional de imputación subjetiva.¹⁰¹

Para poder imputar a una persona una determinada conducta se exige que, en el juicio de *imputatio facti*, se constaten dos extremos; por un lado, que el sujeto sea conocedor de las circunstancias sobre las que se proyecta su acción y, por otro lado, que tenga capacidad de control sobre las mismas, es decir, que las domine. Sólo si se dan estos presupuestos podremos imputarle al sujeto la realización de una conducta concreta que sirva de base al juicio de tipicidad.¹⁰²No obstante, si faltara alguno de los presupuestos –el sujeto no sabe qué está haciendo, o no controla el proceso- no se le podrá imputar la conducta en términos de injusto.¹⁰³

De esta forma, la sistemática que impone la Doctrina de la imputación permite una mejor comprensión de la estructura del injusto –incluyendo la imputación como realidad independiente- sin tener que acudir al complicado esquema bipartito que propone la Teoría de la imputación objetiva. En todo caso, el juicio de injusto requiere de una

¹⁰⁰ MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, pp. 123-124.

¹⁰¹ MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 124.

¹⁰² MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 125.

¹⁰³ En este sentido, conviene dejar claro que la Doctrina de la imputación lo que exige es la coexistencia de dos elementos muy concretos; el conocimiento y el control. Nada tiene que ver la *voluntad final* en términos, propiamente, finalistas como explica perfectamente MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 125.

comprensión absoluta de la conducta, lo que incluye –necesariamente- el conocimiento.

De lo contrario, no se estaría valorando el comportamiento personal en términos de injusto¹⁰⁴ pues, si no se introducen los conocimientos, sería imposible desvalorar penalmente una conducta en supuestos de “aparente” neutralidad ya que la misma, externamente considerada, no superaría nunca el riesgo jurídicamente permitido.

Quizás la Doctrina de la imputación deba su claridad sistemática y su capacidad de rendimiento al hecho de integrar los aciertos del sistema funcionalista y del sistema finalista. Del primero, se acepta la idea de que la valoración del comportamiento no parte del significado que el sujeto otorgue a su conducta, sino de lo que, a través de un proceso axiológico-normativo, se entiende injusto. Del segundo, por su parte, se extrae la necesidad de contemplar la conducta como una manifestación personal y, por ello, como una realidad dependiente del sujeto.¹⁰⁵

Precisamente, por ello, es imperativo que se debe realizar, primero, un juicio de imputación del hecho a la persona. De esta manera podemos decir si el hecho -configurado y existente en la realidad como elemento causal del resultado- le pertenece a un sujeto o no; es decir, si una persona puede ser competente por lo realizado para -en última instancia- saber si el hecho es suyo, si le pertenece. Así, únicamente diremos que *alguien realiza algo* cuando se le puede imputar ese *algo* por haberlo realizado con *conocimiento* y con *control* -conocimiento de lo que se hace y volición mínima para hacerlo libremente-.

Sólo una vez que hayamos imputado una conducta, es decir, que podamos decir realmente "tú has hecho esto", pasaremos a dar una valoración del hecho imputado con conocimiento y control.

De tal manera que, si seguimos la doctrina de la imputación, el juicio de valoración no dependerá nada más que del hecho imputado en el que existe una mezcla heterogénea de reglas de comportamiento -prohibitivas, prescriptivas y facultativas- así como reglas de intervención en el delito -reglas que regulan la participación- derivadas tanto de la Parte

¹⁰⁴ MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, op.cit., pp. 127 -128.

¹⁰⁵ MIRÓ LLINARES, F., *Conocimiento e imputación...*, op.cit., pp. 129-132.

Especial como de la Parte General. Permitiendo, con ello, realizar una efectiva valoración del hecho ya imputado tanto en términos de injusto como de intervención en el mismo.

Actuando de esta manera podemos solventar los problemas que plantea la Teoría de la imputación en lo relativo al fundamento del injusto y realizar un juicio de (des-)valor efectivo sobre la peligrosidad de un hecho -atribuido a una persona con conocimiento y control-. Y, en última instancia, podremos desvalorar la conducta del partícipe, que se suma al proceso de negación de la vigencia de la norma -a través de la intervención en el injusto penal-, mediante las distintas reglas de intervención reguladas por las normas de la Parte General; pues estas son las formas concretas que ha establecido el Legislador de intervenir en el delito conforme al sentido social que se ha ido atribuyendo a las mismas.

Si tenemos en cuenta todo lo dicho anteriormente, caeremos en la conclusión de que no existen las conductas neutrales. De tal manera que podemos hablar, en última instancia, de conductas que conforman -o no- el injusto de participación o, en todo caso -y si se quiere decir así- de conductas "externamente" neutrales; dependiendo de la valoración social que se le dé al hecho en lo referente a si consiste en una conducta de integración en el delito.

II. El problema que plantea la conducta "neutral" de abogado. El secreto profesional y la pérdida de la perspectiva del hecho ¹⁰⁶.

La explicación de este interés viene, sin duda, motivada por el desbordante crecimiento de la criminalidad económica; haciendo que la participación que mayor incidencia

¹⁰⁶ Para un estudio exhaustivo de lo que supone el secreto profesional es muy recomendable leer a CÓRDOBA RODA, J., *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006.

práctica tiene sea la que se desarrolla en el ámbito de los delitos económicos.¹⁰⁷ Es cierto que no son las únicas constelaciones de casos que giran en torno a la “neutralidad” pero son, sin duda, los supuestos que han avivado la polémica.¹⁰⁸

Pero llegados a este punto –y habiendo dotado al injusto del partícipe de una extensa argumentación tanto en lo que tiene que ver con la razón de ser de su injusto como en lo atinente a su valoración- conviene dejar claro el principal problema al que nos enfrentamos al tratar las conductas “neutrales” del abogado; el secreto profesional en relación a la participación delictiva con clientes.¹⁰⁹ ¿Cómo podemos valorar la relevancia típica de la conducta del abogado si perdemos la perspectiva del hecho en el que se inserta?¹¹⁰

Ya podemos darnos cuenta de la importancia de usar el caso del abogado como supuesto de hecho del que partir en atención a la resolución de estas conductas neutrales. Y ello es así, precisamente, porque en el caso del abogado se clarifica –al máximo exponente- la necesidad de integrar el elemento “conocimiento” en el juicio de valoración pues, de lo contrario, no se podría penar ninguna conducta *profesional* llevada a cabo por éste.

Conviene dejar claro que, tal y como establece el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía, la relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza. Partiendo de esta realidad imperativa -y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal

¹⁰⁷ Así lo señalan tanto LANDA GOROSTIZA, J.M., *La complicidad...*, *op.cit.*, pp. 27 y ss. como

¹⁰⁸ BLANCO CORDERO, I., *Límites...*, *op. cit.*, p. 5 y MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación...*, *op.cit.*, p. 63.

¹⁰⁹ Pues, como veremos, el deber de secreto profesional impide acceder a la conducta que realiza el sujeto en términos de imputación y, como ya sabemos, no se puede valorar una conducta si no ha sido imputada previamente a un sujeto. De lo contrario, no estaríamos valorando una conducta sino la manifestación externa de una acción.

¹¹⁰ No se nos puede olvidar que hablamos de actuaciones estereotipadas del abogado, acciones que externamente revisten un carácter inocuo como cumplidoras del rol social que tiene atribuido. Si ponemos como barrera el secreto profesional del abogado para acceder a la vis interna de la conducta ¿cómo podremos observar la realidad de la que parte el abogado y sobre la que actúa?

Supremo- la confianza es el fundamento de dicha relación, cuya ausencia o pérdida llevará a su extinción.¹¹¹

Es máxima obligación de todo operador jurídico que ejerza la abogacía el no revelar, manifestar, comunicar o difundir ningún hecho o noticia de la que haya tenido conocimiento por mor del ejercicio de su profesión¹¹² –independientemente de que el mismo sea notorio o conocido por terceras personas-. Lo único que debe preocupar al abogado, por tanto, es que si ese hecho o noticia ha llegado a su conocimiento como consecuencia del ejercicio de su actividad profesional, ese hecho está amparado y cubierto por el secreto profesional.

Es más, haciendo uso de la exposición típica que subyace del artículo 199 del Código Penal, podemos ver como se castiga "al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue secretos de otra persona" – aunque, como ya hemos dicho anteriormente, cuando hablamos de los abogados no se necesita que el hecho sea secreto para que la obligación de no ser revelado nos afecte-.

Esto ocurre, precisamente, porque el secreto profesional más que un derecho del Abogado es un derecho del cliente que subyace de la obligación de con la máxima diligencia y celo, guardando el secreto como parte de esa obligación y como garantía de defensa.¹¹³

¹¹¹ Es relevante la jurisprudencia del Tribunal ya que eleva el mencionado secreto al rango constitucional, por su estrecha relación con los artículos 18 y 24 de la Constitución Española.

¹¹² El artículo 5.2 del Código Deontológico de la Abogacía Española, indica que “El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”.

¹¹³ Sin garantizar y proteger los vínculos de confianza entre cliente y abogado se pondría en peligro la actividad profesional de éste y la posibilidad de que defienda ante los poderes públicos y los sujetos privados los derechos de su cliente. Además en el secreto del abogado se manifiestan los aspectos deontológicos, pues su respeto se inserta en la ética exigible a todo abogado.

Cuando decimos que el secreto profesional es un derecho del Abogado, debemos entenderlo en todo caso como un derecho negativo, que se manifiesta en la consecuencia de no declarar cuando sean llamados a ello remitiéndose, precisamente, a lo dispuesto en el artículo 542.3 LOPJ¹¹⁴ -solicitando amparo colegial si por parte del Juez se nos obliga a ello-.¹¹⁵

Por su parte, de manera coherente con lo acabado de apuntar, el art. 416.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su segundo apartado dispensa de la obligación de declarar al “abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”. Así como el artículo 263 de la misma ley establece una excepción al deber de denunciar delitos públicos a abogados y procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieron de sus clientes –sin que haya ninguna excepción que pudiese operar, a la vez, como límite para no mantener el secreto profesional -.

Solamente encontramos dos únicas excepciones –pacíficas en cuanto a la doctrina se refiere- a la obligación de guardar secreto profesional. La primera se circunscribe a la Ley General Tributaria la cual nos impone un deber de colaboración comunicando toda la información con naturaleza tributaria que les sea precisa –sin ninguna obligación suplementaria de comunicar datos o hechos que carezcan directamente de esa naturaleza fiscal-.La segunda excepción viene recogida en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo toda vez que

¹¹⁴ Así dispone este artículo que “los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”.

¹¹⁵ No obstante, aquellas manifestaciones que por desnaturalizar el ejercicio de la profesión no encajan en ninguna de las modalidades de su actuación profesional, sobrepasan los límites del ámbito funcional donde el secreto despliega su protección. En efecto, en estos casos el secreto no sería oponible frente a los requerimientos de la autoridad judicial, ya que su actuación aparece desvinculada del ejercicio material del derecho de defensa en su caso.

aparecemos como sujetos obligados a fiscalizar determinados extremos cuando se tenga la sospecha de que se está ante un delito de blanqueo.¹¹⁶

La problemática -en este punto- está servida pues, haciéndose eco de las citadas imposiciones legales, la profesión del abogado puede ser un foco de desarrollo de conductas de participación amparadas en la apariencia de lo adecuado bajo el influjo del deber de secreto.

Siguiendo con el esquema argumentativo del que nos ha dotado la Doctrina de la imputación ¿cómo podríamos llevar a cabo la imputatio facti –o imputación del hecho- si no podemos acceder al conocimiento del cual disponía el abogado a la hora de desarrollar la acción?. Esto supone, ni más ni menos, una excesiva complejidad –por no decir Imposibilidad- a la hora de imputar al abogado una conducta concreta y determinada –sin hablar todavía de conducta de participación-.¹¹⁷

Si la participación –como venimos diciendo- se constituye como un “formar parte” del proyecto antinormativo común, resulta imposible incluir la perspectiva del hecho en el que se integra el abogado al faltar, precisamente, el conocimiento sobre este extremo pues, en pos del derecho de defensa enmarcado en el art. 24 de la Constitución Española, existe un deber de secreto regulado por Ley que impide el acceso al mismo.

¹¹⁶ No es motivo del presente trabajo exponer la problemática que suscita el caso del blanqueo de capitales en las figuras de los abogados o consultores jurídicos incluso como tipos autónomos de autoría, pero si es necesario poner en tela de juicio la función fiscalizadora de éstos pues, ningún abogado estaría dispuesto a quebrantar la posibilidad de un ejercicio normal de la profesión por la simple sospecha de que puede contribuir, aunque sea remotamente, a la realización de un tipo de blanqueo siempre que su conducta se adecue a las exigencias deontológicas enmarcadas en su rol.

¹¹⁷ Piénsese en el famoso caso del farmacéutico que vende un tratamiento para ser aplicado por el padre al niño. Vender un medicamento, en su caso, es una conducta socialmente adecuada para el farmacéutico pero ¿seguiría siéndolo cuando sabemos que ese farmacéutico era consciente de que el encargo del medicamento podía ocasionar un resultado fatal si se administraba? Obviamente no se llega a la misma conclusión. Imaginemos que existe una imposición legal que no permite acceder a ese último conocimiento como ocurre en el caso de los abogados ¿seguiría realizándose una valoración efectiva de la conducta de participación? Claro que no. Porque, entre otras cosas, no se estaría valorando la conducta concreta realizada por el profesional – que no sería vender un medicamento, sino vender un medicamento sabiendo que va a ser administrado a una persona con fatales resultados- al no ser susceptible de imputación por la imposibilidad de acceso al conocimiento como elemento referencial en la valoración.

III. Conclusiones. El fin de protección de la norma y su orientación teleológica; la implicación de cuestiones de política criminal.

Lo que no se puede negar es que -a raíz del análisis de estos supuestos de “neutralidad”- se han evidenciado, a mi juicio, una serie de “fallos” en la dogmática penal que impiden, por un lado, entender con claridad cuál es el fundamento de la participación y, por otro, concretar el límite mínimo de la intervención punible -determinando así el contenido de su injusto-.

Sin duda alguna, en cuanto al fundamento de la participación, el problema se ha ido extendiendo por la utilización dogmática del *concepto restrictivo de autor*. Esto ha supuesto que la mayoría de los penalistas intenten fundamentar el injusto del partícipe alejándose de cualquier referencia al injusto típico de la Parte Especial pues entienden que, solamente el autor, puede realizar la conducta descrita en los tipos penales; solamente el autor mata, lesiona, secuestra, etc.-.

Esta tarea –de concreción del fundamento de su injusto-se ha realizado por cada autor de muy distinta manera y, en cualquier caso, la teoría utilizada por cada uno de ellos se circunscribe a su propia consideración del injusto; ya sea entendiéndolo de una manera autónoma, o bien, de una manera derivada -lo que, en cualquier caso, nos abre un abanico enormemente extenso de posibilidades sin que exista una teoría de fondo que se haya impuesto como base para su fundamentación-.

Ante esta realidad creo firmemente que la solución pasa por abandonar el concepto restrictivo de autor y abrazar una *idea restrictiva de autoría* -en lo que supondría considerar el delito como una obra común perteneciente a todos los intervinientes-. Así, podemos fundamentar el injusto del partícipe de la misma manera que el del autor; la co-realización del hecho injusto definido por los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal. De tal manera que, el partícipe, como cualquier otro interviniente, también mata, lesiona o secuestra. Y lo hace a través de una conducta que no supone la ejecución final del hecho, pero sí supone la adscripción al proyecto antinormativo común del que nace el único injusto típico.

Dejando esto claro, es de suponer que el conocimiento juegue un papel trascendental en la valoración del hecho del partícipe pues, si no se integra como un elemento más de juicio resultaría imposible –en supuestos como los de las conductas neutrales- valorar si

el comportamiento realizado por el sujeto tiene como objetivo pasar a formar parte de un proyecto antinormativo común. De tal manera que, para poder valorar si una persona coopera a la ejecución del delito -negando la vigencia de la norma penal- es esencial que no se pierda la perspectiva del hecho injusto sobre el que se proyecta la conducta.

Algo que a simple vista parece tan obvio no resulta serlo para la ciencia penal pues, desde las posiciones más normativistas que subyacen del sistema funcionalista del delito, se ha asumido de manera general la sistemática impuesta por la Teoría de la Imputación Objetiva.

En este sentido, para saber si una conducta puede ser penalmente desvalorada habría que atender a un juicio de tipicidad objetiva donde el único elemento constitutivo del desvalor penal es el peligro objetivamente creado por la conducta. De tal manera que, para que una conducta pueda ser típica –en relación a cualquier tipo de interviniente- tiene que sobrepasar el riesgo jurídicamente permitido para ese tipo de conducta pues, todos nosotros, vivimos en una sociedad en la que se aceptan ciertos riesgos en pro de su desarrollo social y cultural.

Esto da lugar a que, para muchos, no se deba penalizar una conducta por su posible aptitud lesiva cuando la misma se muestre acorde al riesgo permitido para el concreto rol social o profesional primándose, así, la estabilidad normativa por encima de la protección del bien jurídico.

Aunque, como hemos podido dejar claro a lo largo del trabajo, dentro de la propia comprensión teleológica del Derecho Penal –de la que parte el sistema funcionalista- se hayan manifestado dos corrientes; una moderada y otra radical. En este sentido, incluso para la postura más restrictiva –el funcionalismo radical de Jakobs- es evidente que, en ciertos contextos no puede primarse la seguridad jurídica por encima de la protección del bien de tal manera que lo subjetivo trastoca el deber de comportamiento en estos casos.

Por tanto, lo complicado para la teoría de la imputación objetiva en lo relativo a las conductas neutrales es determinar conforme a qué realidad debemos realizar el juicio de peligrosidad pues, si no atendemos a lo que el sujeto sabía, corremos el riesgo de negar que la conducta sea típica -en sede de tipo objetivo- por no encontrar elementos que la desvaloren al tratarse de conductas adecuadas a un rol social o profesional concreto.

Por todo lo acabado de exponer, sólo hay un método que sea susceptible de integrar el conocimiento sin acudir a los presupuestos ontológicos del finalismo –postura dogmática a superar por el funcionalismo- la Doctrina de la Imputación. Este método permite desarrollar una serie de criterios que, a los efectos que nos interesan, casan perfectamente con el fundamento de la participación aquí sostenido además de salvar las críticas realizadas a la Teoría de la imputación objetiva –ya que, como sabemos, se le achaca su falta de objetividad así como el hecho de ser una teoría de la conducta típica y no, propiamente, una teoría de la imputación-.

Para ello, impone que se debe realizar, primero, un juicio de imputación del hecho a la persona. De esta manera, podremos decir que alguien ha realizado una conducta concreta y determinada cuando se le puede imputar la realización del hecho con *conocimiento* y con *control* -conocimiento y volición mínima sobre lo que se hace -.

Sólo una vez que hayamos imputado una conducta -es decir, una vez que podamos decir realmente "el sujeto X ha realizado la conducta Y"- pasaremos a dar una valoración del hecho imputado. De tal manera que, si seguimos la doctrina de la imputación, el juicio de valoración no dependerá nada más que del hecho imputado con *conocimiento* y con control. En este sentido, el juicio de valoración –applicatio legis ad factum- consistirá en una mezcla heterogénea de reglas de comportamiento -prohibitivas, prescriptivas, facultativas- y reglas de intervención -reglas que regulan la participación- que se comparan directamente con el hecho concreto realizado por el sujeto.

A través de este proceso, conseguiremos salvar los problemas que plantea la teoría de la imputación pues lograremos realizar un juicio de valor efectivo sobre la peligrosidad de la conducta consiguiendo, en última instancia, castigar la conducta de cualquier sujeto que se sume al proceso de negación de la vigencia de la norma penal a través de la intervención en un injusto típico. En este sentido, caeremos en la conclusión de que no existen realmente las conductas neutrales. Simplemente existen conductas que conforman, o no conforman, el injusto de participación dependiendo de si se considera que el sujeto -a través de su acción- se ha sumado al proyecto de negación de la vigencia de la norma.

Pero, aunque este trabajo haya girado casi de forma permanente en torno a la búsqueda del fundamento del injusto del partícipe y la búsqueda de una forma eficaz de valoración de su conducta *injusta*, lo cierto es que el único problema que subyace de la

discusión dogmática actual sobre las conductas neutrales sólo tiene cabida, a mi juicio, en sede de “merecimiento de pena”.

¿El camarero que sirve una copa al cliente –ya ebrio- que va a coger después el coche, merece ser castigado como partícipe de un homicidio si resulta que, al final, el conductor atropella a otra persona? ¿Merece la pena que los ferreteros no vendan cuchillos por la probabilidad de que sean usados con fines delictivos? ¿Merece la pena que los dueños de los concesionarios no vendan camiones a ciertos sujetos por la posibilidad de cometer atentados con ellos?

Estamos ante una sociedad de riesgos. Y por ello tendremos que comprender qué se esconde bajo el paraguas del riesgo permitido. Así, el límite mínimo de la participación no puede depender más que de cuestiones de merecimiento de pena desde el propio fin impuesto por la política criminal, o, si se quiere expresar de otra manera, del ámbito de protección que abarque la norma penal.

En este sentido, si bien el trabajo nos da las pautas para imputar una conducta correctamente -dotándonos así de la perspectiva del hecho injusto- lo que no nos queda claro es cómo se debe realizar el juicio valorativo de integración en el tipo.

Si ya sabemos que el taxista transporta a una persona intuyendo -o incluso sabiendo- que puede cometer un delito en el lugar de destino, ahora es cuestión de analizar si esa conducta debe ser -o no- valorada como participación en un homicidio si al final el cliente ejecuta ese injusto típico. Por tanto ¿merece el taxista ser hecho cómplice de un homicidio por trasladar a un cliente -lo cual forma parte de su profesión- a un lugar determinado sabiendo que puede darse la probabilidad de ...?

Esto no representa ni un problema de imputación, ni un problema respecto a las pautas para realizar una valoración eficaz en términos de injusto, sino del propio fin del Derecho penal; el cual debe ser orientado teleológicamente a proteger y servir una determinada realidad socio-económica. Por lo tanto, no se acaba solucionando el problema de las conductas neutrales desde otro prisma que no sea el del propio merecimiento de pena. Pero no desde un punto de vista jurídico-penal, sino desde un punto de vista político criminal; teniendo siempre en cuenta los concretos intereses

sociales y económicos a los que sirve el Derecho penal y que, en él, se integran como bienes jurídicos.

En este sentido, el juicio de valoración siempre se debería realizar teniendo en cuenta si de verdad se quiere que el derecho penal vierta su contenido –en términos de injusto- sobre conductas que, en sí consideradas, están sirviendo a fines de interés social y económico simplemente porque puedan dar lugar, en algunos casos, a que formen parte de un proyecto antinormativo ejecutado por otro.

Esta cuestión ya queda abarcada por la teoría de la imputación objetiva y por el fin de protección de la norma- como tercera categoría para determinar el riesgo jurídicamente no permitido-. Lo que ocurre sin embargo –bajo mi punto de vista- es que se olvida de sustituir la palabra “jurídicamente” por “socialmente” o, si se quiere ir más allá, por “político-criminalmente”; de tal manera que pasaría a consolidarse en su nomenclatura como *riesgo socialmente no permitido* o *riesgo político-criminalmente no permitido*.

Todo pasa, entonces, por plantearse seriamente si merecen ser desvaloradas las conductas neutrales –cuya única especialidad, al fin y al cabo, es que satisfacen intereses sociales y económicos por sí mismas- como conductas de participación en la realización de un tipo.

Y es que, por mucho que se haga uso de la Doctrina de la imputación esto no se resuelve. Con ella podremos realizar eficazmente una valoración intersubjetiva sobre una conducta previamente imputada pero sigue sin aclararnos la manera de orientar ese juicio en el caso de las conductas neutrales. Sigue sin resolver la cuestión sobre qué pesa más en términos de injusto; su utilidad social o su vertiente personal. Este es el principal ámbito del problema, el del riesgo permitido -por mor de las exigencias sociales- trasladadas al terreno de la política criminal.

Dicho lo cual, en el caso particular del ejercicio de la abogacía, la problemática en torno a estas conductas se acrecienta al máximo -incluso ya en sede de imputación- precisamente por existir, de nuevo, una contraposición de intereses que hace que nos preguntemos a cerca de la necesidad de penar estas conductas neutrales con sentido propio.

En este sentido, ¿debemos sacrificar la perspectiva del hecho para no vulnerar el secreto

profesional? ¿Merece la pena quebrantar el derecho de defensa de la persona, a través de levantar el secreto profesional, para penar este tipo de conductas? En el caso de los abogados, todo pasa por la contraposición de una conducta susceptible de poder ser desvalorada en términos de injusto, con la permisión de que exista ese riesgo en pos del derecho constitucional de defensa y del deber que de él subyace para el abogado de guardar secreto profesional. De nuevo, se trata de consideraciones de política criminal que no deben quedar al margen de cualquier sistemática de la imputación o la valoración.

Pues bien. La realidad es que, tomando el proceso industrializador como punto de partida, vivimos en una sociedad donde hemos ido asumiendo inevitablemente ciertos riesgos para su correcto devenir. Así, por ejemplo, nadie puede plantearse hoy día la idea de una sociedad desprovista de actividades que "per se" entrañan peligro para los distintos bienes jurídicos; como por ejemplo conducir, utilizar productos inflamables o vender armas, pero, también, asesorar sobre posibles inversiones, crear una sociedad en el extranjero, o incluso –y expreso bien- cobrar honorarios profesionales en determinados casos.

Lo importante es, por tanto, que cada individuo asume el riesgo como propio pues somos sabedores de que para poder disfrutar algunos bienes jurídicos es necesaria la existencia de un mínimo de incertidumbre sobre ciertos ámbitos o sectores de actividad.

Nos encontramos ante un dualismo que -a priori- podría suscitarse como el foco del problema y que subyace de la siguiente idea; "todos nosotros –como sociedad-, consideramos que existen ciertas actividades, hechos o conductas que suponen, de por sí, riesgos potenciales de lesionar bienes jurídicos. Pero, de la misma manera, asumimos que esos riesgos potenciales son necesarios para que, precisamente, se materialicen algunos bienes jurídicos de constitución compleja - bienes jurídicos ulteriores derivados de una sociedad moderna- o incluso de carácter vital –como por ejemplo el riesgo que entraña el hecho de vender una bombona para cocinar-.

De este, modo podemos observar como las cuestiones sobre el merecimiento de pena de estas conductas han de convertirse, en realidad, en argumentos sobre su necesidad de aceptación desde posicionamientos de política criminal. Esta es, sin duda, la cuestión

elemental en torno a las conductas neutrales pues permiten evidenciar la necesidad de un espacio libre de carga injusta –bajo la comprensión del riesgo permitido- que compatibilice la necesidad de castigar la intervención en hechos delictivos con el correcto desenvolvimiento de las diferentes necesidades de la vida en comunidad.

Este tipo de conductas, en esencia, no son diferentes de cualquier otra manera de intervenir en el delito. No obstante reflejan, de la mejor manera posible, la disyuntiva expuesta por la contraposición última del sistema finalista -y su *teoría del injusto personal*- con el sistema funcionalista -y *el ámbito o fin de protección de la norma*- y que podría materializarse en la siguiente pregunta:

¿Merecen ser castigadas este tipo de conductas por el conocimiento de su posible integración en un proyecto antinormativo o, por el contrario, deberían ser atípicas en pos del mantenimiento de las expectativas socio-económicas que impone la comunidad? Sin duda esto es un problema de constitución social pero escapa a la comprensión de la participación como instituto de dogmática penal toda vez que esta pregunta afecta a la propia razón de ser del Derecho penal y a los fines perseguidos de política criminal.

Aún así lo que está claro es que la "aceptación" de las conductas neutrales, en cuanto a su existencia y razón de ser, no impide que el problema preocupe desde el punto de vista dogmático, tanto, o más, que desde planteamientos de política criminal.

----- 0 -----

BIBLIOGRAFÍA:

1. Ananías Zaror, I. (2010). “Prohibición de regreso. Revista De Estudios De La Justicia”, XIII(2010), pp. 229-252.
2. Blanco Cordero, I. (2001). Límites a la participación delictiva (1st ed.). Granada: Comares.
3. Córdoba Roda, J. (2006) Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales. (Cuadernos de crítica jurídica 1). Madrid: Marcial Pons.
4. Dal Dosso, D. (2011). Teoría de la imputación objetiva (VI Edición Máster propio en Derecho Penal). Universidad de Mendoza.
5. Feijóo Sánchez, B. (1999). Límites de la participación criminal (1st ed.). Granada: Editorial Comares.
6. Frieyro Elícegui, S. (2015). “Las conductas neutrales de intervención en el delito y el delito de tráfico de drogas”. Diario La Ley, 8456 (01-2015), pp. 1-18.
7. Frisch, W.: “Pena, delito y sistema del delito en transformación”. Revista para el Análisis del Derecho, 2014.
8. Frisch, W., Robles Planas, R., & Feijóo Sánchez, B. (2006). Desvalorar e imputar (1st ed.). Buenos Aires: B de F.
9. Gimbernat Ordeig, E. (2008). “Fin de protección de la norma e imputación objetiva. Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales”, LXI (2008), pp. 5-30.
10. Gracia Martín, Luis: “El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito”. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, ISSN-e 1695-0194, N° 6, 2004, pp. 1-21.
11. Landa Gorostiza, J. (2002). La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana (1st ed.). Granada: Comares.
12. Medina Frisancho, J. (2010). “La teoría de la imputación objetiva en el sistema funcional del Derecho Penal”. Gaceta Penal Y Procesal Penal, 14 (2010), ISSN: 2224-4131, pp. 55-76.
13. Miró Llinares, F. (2010). Conocimiento e imputación en la participación delictiva (1st ed.). Barcelona: Atelier.
14. Miró Llinares, F. (2011). “Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales?”. Anuario De Derecho Penal Económico, I (2011), pp. 71- 95.

15. Molina Fernández, F. (1995). “El concepto de injusto en la evolución de la teoría jurídica del delito”. *Revista chilena de derecho*, 1995, Vol.22(2), pp.265-296.
16. Plagiere Carlos P. (2014). “Teoría del delito : delito, evolución, paradigmas, causalismo, finalismo, funcionalismo, nuevo sistema: voluntarismo (1st ed.). Buenos Aires: Azul.
17. Piña Rochefort, J. (2008). *Rol social y sistema de imputación (1st ed.)*. J.M. Bosch Editor.
18. Radbruch, Gustav: “Sobre el sistema de la teoría del delito”. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2010.
19. Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito (1st ed.)*. Madrid: M. Pons.
20. Roca de Agapito, Luis: “Límites de la responsabilidad penal por actividad (profesional) cotidiana”. *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVIII (2008). Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550, pp. 343-395.
21. Sandoval Molina, César: “El delito: mera tipicidad y antijuridicidad. Criterio jurídico, 2010, Vol.10, pp.115-152.
22. Sánchez Lázaro, F (2009): “Deconstruyendo la Participación: Recensión a Fernando Miró Llinares, Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito. Barcelona: Atelier.
23. Silva Sánchez, J.M. (2003). *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. Madrid. Marcial Pons.
24. Weigend, T. (2002). “Los límites de la complicidad punible”. *Revista De Derecho Penal Y Criminología*, X (2002), pp. 199-213.