

LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR ACTIVIDAD (PROFESIONAL) COTIDIANA

Luis Roca de Agapito

Prof. Titular de Universidad
Universidad de Oviedo

Resumen: El artículo analiza el debate doctrinal que se ha producido en Alemania y España acerca de los límites de la responsabilidad penal por participación, mediante una actividad (profesional) cotidiana, en la comisión de un hecho delictivo ajeno. De los múltiples criterios que se han ofrecido para dilucidar esta cuestión el autor considera más acertadas, tanto desde un punto de vista dogmático, como político criminal, aquellas opiniones que, sin renunciar a una delimitación del ámbito de lo punible en el tipo objetivo, sostienen criterios de imputación distintos en función del nivel subjetivo con el que actúa la persona.

Palabras clave: Participación punible, acciones neutrales o cotidianas.

Abstract: The paper analyzes the doctrinal debate that has occurred in Germany and Spain about the limits of criminal responsibility for participation, through a (professional) daily activity, in a criminal act of someone else. The author considers most successful, both from a dogmatic and from a political criminal point of view, those opinions that, without

Recibido: octubre 2007. Aceptado: febrero 2008

giving up the delimitation of the scope of the offense in the objective definition of the crime, they maintain different criteria of imputation depending on the subjective level with which the person acts.

Keywords: punishable participation, neutral or daily acts.

I. Introducción

1. *Dogmática postfinalista*. Como es sabido, la tendencia metodológica dominante con posterioridad a WELZEL viene caracterizada, en términos generales, por el hecho de otorgar una relevante consideración al factor teleológico-valorativo. La acentuación de los aspectos teleológico y valorativo presente en la concepción dominante daría lugar a otra corriente dogmática, que hoy es denominada “funcionalista” o “racional-final” o “teleológica”. Los defensores de esta orientación están de acuerdo en rechazar el punto de partida del sistema finalista y parten de la hipótesis de que la formación del sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas, sino que únicamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal¹.

Por decirlo con palabras de un ilustre representante de esta corriente “teleológica”: “en la doctrina jurídico-penal de Alemania Occidental existe la opinión, en expansión y probablemente ya dominante, de que el sistema jurídico-penal no se debe basar ni sobre la causalidad ni sobre la finalidad, sino sobre decisiones de valor político-criminales. Conceptos normativos deben construir el sistema jurídico-penal y no leyes del ser (ya sea la causalidad o la finalidad)”².

Esto ha supuesto, entre otras cosas, que con carácter general se haya entendido el desvalor de acción primeramente como desvalor objetivo, identificándolo con la peligrosidad de la acción para el bien jurídico protegido.

1 Sin entrar en más detalles, véase, por todos, ROXIN, *PG*², § 7/23.

2 ROXIN, «La problemática de la imputación objetiva», CPC1989, 751 (trad. Casas Barquero). Se produce un paso, por tanto, “de una construcción sistemática —dice— de orientación óptica a un sistema jurídico-penal teleológico en el ámbito del tipo”.

2. *Planteamiento*. Los límites de la responsabilidad penal por participación en la comisión de un hecho delictivo ajeno a través de una actividad cotidiana es un tema que ha despertado el interés de la doctrina, no sólo alemana, sino también española, en estos últimos tiempos. El debate doctrinal se enmarca sobre todo en el contexto acabado de señalar, y concretamente dentro del ámbito de la teoría de la imputación objetiva.

El ferretero que vende un martillo o un destornillador a un cliente, de quien casualmente conoce que va a utilizarlo para golpear a otro con él en la cabeza o para cometer un robo, ¿debe ser punible por ello? El panadero que a sabiendas de que el pan va a ser envenenado ¿sería punible si se lo vendiese a quien pretende utilizarlo con esa intención? O el taxista que sospecha que el cliente va a cometer un delito en el lugar del destino, ¿hay que castigarle como cooperador en dicho delito por transportarle hasta dicho lugar y cobrar por ello?

La respuesta que se dé a estas preguntas no va a poder ser simplemente lógico formal. Según el tenor literal de los tipos de cooperación en delito ajeno actualmente vigentes [**arts. 28 b) y 29 CP**], todas estas conductas podrían resultar ya relevantes para el Derecho penal. Simplemente se dice que serán responsables penalmente quienes «cooperen a la ejecución del hecho» mediante actos anteriores o simultáneos. Es evidente que el ferretero, el panadero y el taxista han contribuido a la ejecución del delito, pero ¿se puede decir que hayan «cooperado» de forma verdaderamente desaprobada para el Derecho penal? Esta pregunta, a mi modo de ver, sólo puede ser contestada en términos que implican ya connotaciones teleológico-valorativas.

3. *Contexto*. Obviamente, si se utilizan estos parámetros para resolver el problema, la contestación que se pueda dar no tiene por qué ser única. De hecho, han sido muchas las formas en que la doctrina ha contestado a esta cuestión.

En mi opinión, la variedad de soluciones que se han ofrecido sobre este tema se debe a la posibilidad que brinda en la actualidad el Estado de Derecho, que frente al monolitismo

valorativo propio de un Estado totalitario, aquél se caracteriza, precisamente, por su pluralismo valorativo, es decir, por la posibilidad de que sobre la misma materia recaigan consideraciones diferentes. Conforme a ello, la orientación teleológico valorativa que se tome como punto de partida va a determinar decisivamente, o por lo menos de modo muy importante, la respuesta que se dé a este problema. Por mi parte, contextualizo el problema dentro de la función principal que entiendo le corresponde al Derecho penal: *la protección subsidiaria de bienes jurídicos*, esto es, de las condiciones esenciales para la convivencia humana en sociedad.

4. *Marco dogmático del problema.* El problema aludido creo que hay que enmarcarlo, por tanto, dentro del terreno de la tipicidad de los actos de cooperación, y que puede resolverse conforme a una interpretación de la misma de orientación teleológico-valorativa. Desde esta perspectiva, en la que la protección de bienes jurídicos es el aspecto decisivo, la demarcación de los límites entre lo típico y lo atípico puede llevarse a cabo ya en el seno del propio tipo objetivo. El problema de la relevancia penal de los comportamientos cotidianos tiene su sede de discusión sistemática precisamente en la configuración del desvalor de acción del cooperador y la determinación de los criterios de imputación objetiva del comportamiento del mismo.

5. *Cuestión teleológico-valorativa.* Hay que resaltar ya desde un principio que incluso desde planteamientos finalistas, tan contrarios a la teoría de la imputación objetiva³ y que configuran el desvalor de acción básicamente en términos subjetivos,

3 Véase, sobre todo, KAUFMANN, Arm.: «¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?», ADPCP 1985, 807 ss. (trad. Cuello Contreras) [=FS-Jescheck (1985), 251 ss.]; y STRUENSEE, «Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo», LH-Baigún (1995), 251 ss.

En nuestro país resulta obligado referirse al documentadísimo trabajo, que fuera su tesis doctoral, de RUEDA MARTÍN, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción. (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 2001.

el problema de delimitar la relevancia penal de las conductas cotidianas también se ubica en un ámbito objetivo, concretamente en el terreno de la adecuación social.

Todas estas perspectivas, tanto las finalistas como las post-finalistas, pese a los planteamientos metodológicos enfrentados que con carácter general sostienen, sin embargo, a mi modo de ver, en este punto parece como si confluyesen. En cierto modo, se podría decir que es como si «los extremos se tocasen». Lo que creo que tienen en común todas estas direcciones es que la delimitación de la intervención delictiva por actividad cotidiana se trata de una cuestión *teleológico-valorativa*.

La investigación me ha permitido comprobar cómo unos planteamientos acentúan más el carácter teleológico-racional, de la peligrosidad de la acción; mientras otros, en cambio, más la dimensión valorativa o normativa. En cualquier caso, no se trata de una cuestión puramente fáctica de causalidad, ni tampoco sólo de dolo. Hay otros criterios racionales que entran en juego.

6. *Relevancia práctica*. Todos los trabajos que he podido leer ponen de relieve el problema que subyace tras la cuestión de la delimitación de la relevancia penal de las conductas cotidianas, a saber: el listón tendrá que estar lo suficientemente elevado como para que el castigo de las conductas cotidianas no pueda suponer en la práctica una paralización de importantes sectores de la vida social (como el comercial, el laboral, el industrial, etc.), pero por otro lado, tendrá que ser lo suficientemente bajo como para que no quede en papel mojado la función protectora de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal. La búsqueda de ese deseado equilibrio es lo que todos persiguen, pero no siempre se consigue, porque la decisión de dónde se pone ese listón es verdaderamente difícil y opinable.

Ciertamente cuanto más alto sea el nivel de prohibición de estas conductas, mayor será el peligro de paralizar el normal desenvolvimiento de los intercambios comerciales. Pero por otro lado, tampoco conviene olvidar que el proceso de expansión a que asiste el Derecho penal en los últimos tiempos está relacionado

con ámbitos delictivos que en otras épocas no existían. Parece obligado, por tanto, ver en qué medida los criterios manejados por la doctrina para resolver esta cuestión resultan adecuados también para la protección de estos otros “nuevos” bienes jurídicos.

II. Precisiones terminológicas, concepto y características

7. *Oxímoron*. En este ámbito es preciso reconocer que “no existe todavía una denominación homogénea”⁴, e incluso hasta puede que haya “una cierta ambigüedad y hasta una contradicción en sus propios términos”⁵, como se advierte por parte de la doctrina. En efecto, Hendrik SCHNEIDER se pregunta si la expresión “acciones neutrales” (*neutrale Handlungen*) no es una especie de oxímoron⁶. Según el DRAE la voz «oxímoron» significa “combinación en una misma estructura sintáctica de dos palabras o expresiones de significado opuesto, que originan un nuevo sentido, por ejemplo, un silencio atronador”. Oxímoron proviene del griego *οξύμωρον*, compuesta por *οξύς* que significa “agudo”; y *μωρον*, que significa “estúpido”.

8. *Precisiones terminológicas*. A pesar de la abundante literatura sobre la materia y que algunas sentencias extranjeras ya manejan esta expresión, sin embargo, hay que decir que no existe una definición clara de lo que sean acciones cotidianas o comportamientos neutrales⁷. Tanto es así que algunos autores simplemente consideran que no existe⁸. Por ejemplo, ROXIN

4 ROBLES PLANAS, *Participación en el delito. Fundamento y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, 31.

5 LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Ed. Comares, Granada, 2002, 2.

6 SCHNEIDER, «Neutrale Handlungen: Eine Oxymoron im Strafrecht? — Zu den Grenzlinien der Beihilfe—», *NStZ* 2004, 312 ss., 316.

7 En este sentido, HARTMANN, «Sonderregeln für die Beihilfe durch “neutrales” Verhalten?», *ZStW* 116 (2004), 598.

8 Entre otros, NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch entürale Handlungen?», *ZStW* 107 (1995), 508; ROXIN, «Was ist Beihilfe?», *FS-Miyazawa* (1995), 515; WEIGEND, «Los límites de la complicidad punible», *RDPC* 10 (2002), 206 (trad. Sánchez Lázaro/Mutschke).

considera que “no existen acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a la que sirve”⁹. Obviamente, como se acaba de señalar, el término “neutrales” pudiera dar a entender que hay acciones que son a la vez punibles y no punibles. Sin embargo, *tertium non datur*.

De todas formas, cabe admitir dicha expresión si lo que se quiere decir con ella no es que las acciones cotidianas o neutrales no puedan tener carácter delictivo, sino que dicho carácter no se manifiesta abiertamente. La cuestión es cómo descubrir tal carácter.

9. *Definición*. A mi modo de ver puede ser perfectamente válida para delimitar el problema la definición ofrecida por HASSEMER en una contribución de 1995. Este autor denomina neutrales (y que personalmente prefiero designar como cotidianas) a aquellas conductas “que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales —especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda—”¹⁰.

10. *Características*. De esta y también de otras definiciones se puede extraer la conclusión de la presencia de dos elementos como características más significativas de los actos cotidianos, uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. “En primer lugar —dice ROBLES PLANAS—, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo”; y en segundo lugar, “existe el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, *directa o indirectamente*, producir un resultado delictivo”¹¹.

RUEDA MARTÍN, en cambio, señala como características de estas acciones tres, y las tres de carácter objetivo: “1) suponen un

9 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 515; IDEM, AT II § 26/231.

10 HASSEMER, «Professionelle Adäquanz. (Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung)» *wistra* 1995, 42.

11 ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 33 (cursiva en el original).

favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar; 2) se encuentran en la fase de actos preparatorios; y 3) existen datos objetivos que lo demuestran”¹². Ahora bien, esto no quiere decir que dicha autora prescinda del aspecto subjetivo. Antes al contrario, para ella resulta fundamental, porque como dice “lo que modifica la valoración [de estas conductas] es precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol”¹³.

11. *Dos elementos coconstitutivos*. Lo que pone de relieve, a mi juicio, la opinión de estos autores es que no se pueden prescindir de ninguno de los dos aspectos a la hora de definir las conductas cotidianas como problema jurídico-penal. Si no se concretan las características particulares de un supuesto tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, la cuestión penal quedará en un *non liquet*. Asimismo, con ello se pone de relieve que la decisión en uno u otro sentido no podrá descansar exclusivamente sobre uno de esos aspectos.

¿Sería suficiente con que el armero vendiese una pistola a otro para considerarle partícipe en un delito de asesinato? Depende. Depende de muchas cosas: de si la armería está situada en un barrio con un alto índice de criminalidad; de si le vende también munición o no; de si le pide que se la dé cargada y preparada para disparar inmediatamente; de si el armero sabía que el cliente estaba envuelto en un triángulo amoroso; de si se trataba de un deportista campeón de tiro olímpico; de si observa una pelea en la calle y uno entra a comprarle un arma; etc.

En definitiva, hay que tener en cuenta todas las circunstancias del caso, tanto objetivas como subjetivas, para poder decidir.

12 RUEDA MARTÍN, «Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», RP 9 (2001), 122.

13 RUEDA MARTÍN, RP 9 (2001), 127.

III. Cuestiones generales acerca de la participación

12. *Partícipes*. Partícipes, en principio, son quienes toman parte en el hecho delictivo sin ser autores directos, coautores ni autores mediatos. Pero no todo el que interviene o toma parte de algún modo en un hecho delictivo puede tener la consideración de partícipe a efectos penales. El CP únicamente considera como partícipes punibles al «inductor», al «cooperador necesario» y al «cómplice».

Dejando al margen la inducción¹⁴, la discusión doctrinal gira alrededor, fundamentalmente, de la posibilidad de subsumir las conductas cotidianas en una de las dos formas de cooperación: ya sea ésta necesaria para la ejecución del delito o no¹⁵.

13. *Cooperación necesaria*. Si considerásemos que una de las características de las acciones cotidianas o neutrales es la ubicuidad, esto es, la posibilidad de disponer de ella para cualquier persona en todo momento, parece que habría que descartar, en principio, la cooperación necesaria como modalidad de participación punible en este ámbito. Sin embargo, dicha disponibilidad no tiene por qué ser una característica propia de las acciones cotidianas. Por lo que no cabe descartar la cooperación necesaria en este terreno. ROBLES PLANAS pone el siguiente ejemplo: un experto catedrático de Derecho penal emite un dictamen sobre un caso que será utilizado por el abogado para perjudicar los intereses de su cliente (art. 467.2 CP). No está tan claro que se pueda obtener dicho dictamen por cualquier persona en todo momento. Con este ejemplo no se quiere decir que el catedrático

14 Específicamente sobre la inducción a través de acciones cotidianas, véase, entre otros, SCHOBLOCH, «“Man wird ja wohl noch fragen dürfen...” Neutrale Alltagshandeln bei Anstiftung?», ZStrR 121 (2003), 77 ss.

15 Como es sabido, una de las particularidades del CP español en materia de participación es que distingue dos formas de cooperación punibles, según que ésta sea necesaria o no [arts. 28 b) y 29 CP]. En otros ordenamientos, en cambio, no existe tal distinción.

A este respecto se ha discutido si debería suprimirse la cooperación necesaria. Da detenida cuenta del debate, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «¿Es necesaria la cooperación necesaria?», LH-Cerezo Mir (2002), 645 ss.

vaya a ser responsable en todo caso como cooperador necesario en el delito del abogado. Habrá que ver qué requisitos serían necesarios para poder considerar que estamos ante una cooperación necesaria relevante para el Derecho penal. No parece que merezca la misma valoración el hecho de que el catedrático supiese las intenciones del abogado, se las pudiese imaginar, o simplemente esto era inconcebible de antemano.

Este ejemplo nos obliga a preguntarnos acerca de si se puede participar de modo imprudente en el delito ajeno.

14. *Participación por imprudencia*. La cuestión relativa a la participación imprudente ha sido y es uno de los temas más debatidos en la dogmática penal moderna¹⁶.

Siempre se ha puesto como ejemplo a este respecto el «caso del cazador», sugerido por FRANK¹⁷, que deja su escopeta colgada en el perchero de una fonda y posteriormente al suscitarse una pelea es utilizada por otro para matar a un tercero¹⁸. O se me

16 Sobre el debate actual en nuestro país, veáanse, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, «La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el Derecho penal español: Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y de la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997», LH-Valle Muñiz (2001), 229 ss. (=LL 2000-1, 1600 ss.); PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Ed. Civitas, Madrid, 1999; EADEM, «La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995», RDPC n° extr. 1 (2000), 139 ss.; ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», RDPC 6 (2000), 223 ss.; ROSO CANADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Ed. Comares, Granada, 2002; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, *La "codelinuencia" en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Ed. Comares, Granada, 2004.

17 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen, 1931, 14.

18 Otros ejemplos similares en ROXIN, «Bemerkungen zum Regreßverbot», FS-Tröndle (1989), 177, como el del «caso del guardarropa» (RGSt 34, 91 ss.), en el que alguien deja un abrigo en el guardarropa de un teatro con un revólver cargado en su bolsillo, uno de los acomodadores del teatro lo encuentra y aprieta el gatillo pensando que no estaba cargada, dando muerte a un tercero; o el «caso de la buhardilla» (RGSt 61, 320), en el que un constructor edifica una vivienda sin respetar las medidas de seguridad contra

ocurre, si a propósito de los atentados del 11-M, en los que las investigaciones policiales han conducido hasta una serie de minas asturianas como lugar de origen de los explosivos que se utilizaron en tales actos terroristas, si no se podría plantear una posible responsabilidad de los encargados de vigilar tales explosivos a título de partícipes en tales sucesos.

El caso está *sub iudice* y yo no conozco los detalles del mismo, pero es posible imaginar dos hipótesis: 1) que el encargado de la vigilancia y custodia de los explosivos estuviese “compinchado” con los vendedores de explosivos; 2) que no estuviese compinchado, pero que no haya respetado las normas específicas sobre la materia¹⁹.

incendios y los ocupantes de la misma resultan posteriormente víctimas de un incendio doloso; o el «caso del envenenamiento» (RGSt 64, 372), en el que la amante deja imprudentemente al alcance de su amado un frasco de veneno que posteriormente es utilizado por éste para matar a su esposa.

En España podríamos poner como ejemplo el «caso Vinader» (STS de 29 enero 1983), en el que el periodista Vinader publica en una importante revista de difusión nacional un reportaje indicando que dos personas, con nombre y fotografías suyas, eran miembros de grupos ultraderechistas que habían atentado contra miembros de ETA, reportaje que la sentencia consideró que influyó causalmente en que poco después terroristas de ETA asesinaran a las dos personas aludidas; o el «caso de la discoteca Alcalá 20» (STS de 17 julio 1995) en el que por las muertes, lesiones y daños ocasionados en el incendio de la referida discoteca se condenó a un inspector, entre otras personas, no por haber provocado el incendio, sino por no haber hecho constar en los correspondientes boletines de denuncia la ausencia de las medidas de seguridad necesarias para evitar la propagación del incendio y garantizar la salida del público, y ello con independencia de que después de la inspección se realizasen otras obras de acondicionamiento del local (llevadas a cabo sin licencia municipal), se abriesen al público nuevas dependencias y se utilizase abundante material inflamable, sin el correspondiente tratamiento de ignifugación necesario, con lo que se agravaron las consecuencias del trágico suceso (véase en particular el f.j. 62º de la sentencia, en el que se dice que “la causa del incendio es secundaria, y si hubiese sido provocado, ello sólo habría determinado que se sentase una persona más en el banquillo de los acusados”).

19 Precisamente a raíz de tales sucesos, por medio de la LO 4/2005, de 10 de octubre, se ha modificado el CP en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos, e igualmente a través del RD 277/2005, de 11 de marzo, se

15. *Opinión personal.* La solución de estos supuestos depende, en parte, de la respuesta que demos a la cuestión de si es punible o no la participación por imprudencia.

Pues bien, he de decir que en este punto estoy de acuerdo con aquellos que piensan que, por un lado, es posible distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes²⁰, y por otro, que tal participación es impune por atípica²¹.

había modificado también el Reglamento de Explosivos, aprobado por el RD 230/1998, de 16 de febrero.

En particular, el nuevo art. 348.2 CP (introducido por esta reforma) castiga a «los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción». De llegar a cometerse los delitos de referencia [manipulación ilegal de explosivos con peligro concreto para la vida o la salud de las personas (art. 348.1), o los estragos (art. 346)], la facilitación de la pérdida o sustracción podría ser calificada como un acto de cooperación en delito ajeno si el sujeto supiese que los explosivos van a ser utilizados en ese sentido. Sin embargo, estas conductas han sido elevadas a la categoría de conducta delictiva autónoma, por lo que no requiere para su sanción que aquel que sustraiga los explosivos los llegue a manipular, ni mucho menos a utilizar causando estragos. La razón de la incriminación de estas conductas puede ser que con ellas se facilita o favorece el uso ilegal de explosivos, pues mediante su sustracción o pérdida se aboca dicho material a un mercado negro, cuya existencia pone ya en peligro la seguridad colectiva, que es el bien jurídico protegido en este delito. Véase al respecto, entre otros, GORRIZ ROYO, «Comentario a la LO 4/2005, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos», RGDP 4 (2005), 8.

20 Entienden que cabe distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, entre otros, ANTÓN ONECA, *PG*², 474; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, 125; GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, EDERSA, Madrid, 1966, 220; LUZÓN PEÑA, *Curso I*, 507; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación* (1999), 27 ss. y 45 ss.; EADEM, RDPC n° extraord. 1 (2000), 143 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios I*, 881.

En cambio, sostienen que esto no es posible, entre otros, CEREZO MIR, *PG* III, 234 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Autoría y participación*, Ed. Akal, Madrid, 1996, 121 ss.

21 Así, LUZÓN PEÑA, *Curso I*, 507ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad penal por el producto”», LH-Ruiz Antón

16. *Responsabilidad por omisión.* Según esto, si por la realización de una actividad profesional cotidiana se favorece la comisión de un delito por otro, sería penalmente atípica como cooperación imprudente en un delito (doloso o imprudente) ajeno. Ahora bien, esto no quiere decir que no pueda surgir algún tipo de responsabilidad penal. Esta podrá surgir si el sujeto se encontrase en posición de garante. En esta situación se le castigaría no por lo que su actividad hubiese provocado (el favorecimiento de la comisión por otro de un delito), sino por lo que ha dejado de hacer (no impedir el delito ajeno). En caso de que esa posición de garante no se diese, sólo podría haber responsabilidad penal por un delito de omisión del deber de impedir determinados delitos del **art. 450 CP**, siempre y cuando se diesen, como es lógico, todos sus requisitos (objetivos y subjetivos).

En estos supuestos omisivos, sin embargo, ya no estaríamos planteándonos la responsabilidad a título de participación en un hecho ajeno, sino la responsabilidad por un hecho propio a título de autoría.

17. *Responsabilidad dolosa.* Por tanto, una primera conclusión que podríamos sacar para fijar los límites de la participación criminal por acciones cotidianas es que éstas *sólo serán punibles a título de dolo*.

(2004), 850 ss.; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente* (1999), 45 ss.; EADEM, RDPC n° extr. 1 (2000), 147 ss.; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente* (2002), 414 s. cree que el art. 12 CP puede interpretarse tanto en el sentido de permitir la punibilidad de la participación imprudente como en el de impedirla, pero se inclina por la impunidad por razones político-criminales.

No desconocemos que existe también un importante sector doctrinal que considera, desde diversas perspectivas, que la participación imprudente es y debe ser punible (con mayor o menor extensión). Así, entre otros, FEIJÓO SÁNCHEZ, LH-Valle Muñiz (2001), 229 ss.; MIR PUIG, *PG*⁷, L. 14/43 ss., si bien sólo la inducción y la cooperación necesaria, no la complicidad; ROBLES PLANAS, RDPC 6 (2000), 238 ss., desde consideraciones político-criminales; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, 107-108, desde la perspectiva del dolo del partícipe.

IV. Fundamento de la participación, principio de accesoriedad y peligrosidad de la complicidad

18. *Fundamento específico para la participación.* Si partimos de que la inducción y la cooperación (necesaria o no) son causas de extensión de la pena frente a la autoría, la punibilidad de ambas formas de participación en un hecho ajeno requiere una fundamentación especial. En los sistemas unitarios de autor, por el contrario, el fundamento de la pena del partícipe sería el mismo que la del autor. En los sistemas diferenciadores, se hace precisa una fundamentación específica, porque no es posible derivar la punibilidad del partícipe del tipo de la parte especial, ya que no realiza directamente la conducta prevista en el mismo. El panadero, el ferretero, el taxista, por ejemplo, cuando realizan su actividad profesional no «matan», es decir, no infringen directamente la prohibición de matar contenida en el art. 138 CP.

19. *Teorías sobre el fundamento.* El punto de vista que se sostenga sobre el fundamento de la pena del partícipe va a tener repercusión en muchas cuestiones, y qué duda cabe, también va a ser decisivo a la hora de determinar la punibilidad o no de las acciones cotidianas.

Pues bien, las teorías que se han ofrecido para explicar la razón por la cual y de qué modo se castiga también al partícipe han sido muchas. Básicamente, estas soluciones las podemos agrupar en torno a tres grupos, según que se basen en la idea de la corrupción del autor, en la de la solidaridad con el injusto ajeno, o por último, en la contribución a la lesión del bien jurídico protegido.

20. *Corrupción.* El pensamiento de la corrupción ha sido abandonado en la actualidad. Ya no se sostiene, entre otras razones, porque resulta incompatible con una accesoriedad limitada, cosa que en Alemania está expresamente recogido (§ 29 StGB), y que en España se podría deducir de algunos preceptos legales (arts. 300 y 453 CP). Pero lo que ahora nos interesa es que las teorías de la corrupción negarían la punibilidad en aquellos casos en los que el autor estuviese ya decidido a cometer el delito, lo

cual, si es conocido por el partícipe, puede ser un dato muy revelador para considerarle también responsable penalmente en el caso de acciones cotidianas. ¿No debería ser castigado penalmente el farmacéutico que vende una mortífera sustancia a quien sabe que la va a utilizar para matar a su esposa/o?

21. *Solidaridad*. En cuanto al fundamento en la idea de solidaridad con el autor, hay que decir que dicha solidaridad, como tal, no tiene por qué ser punible. En otro caso, la participación sería algo así como un delito que perturba la paz. Sin embargo, esto no es necesario que suceda, sino que la punibilidad nace siempre cuando el comportamiento del partícipe ya haya influido en el resultado. Sería absurdo que en una inducción a asesinato al inductor no se le castigase por la muerte de la víctima, sino sólo por su solidaridad con el autor. Además, si el fundamento de la participación fuese la perturbación de la paz, también la tentativa de participación y los actos preparatorios impunes que dan lugar a una conmoción, tendrían que ser punibles, y sin embargo, no lo son. Desde este punto de vista, la participación intentada debería equipararse también a la consumada. Por último, quien induce, no tiene por qué solidarizarse con el autor, sino que puede perseguir sus propios intereses.

22. *Contribución a la lesión del bien jurídico*. En la actualidad son dominantes las posturas que intentan dar respuesta a la pregunta del fundamento del castigo del partícipe partiendo de la idea de la contribución a la lesión del bien jurídico protegido. De acuerdo con estas teorías, el motivo por el que se castiga al partícipe se encuentra en que éste también interviene en el ataque al bien jurídico protegido en el tipo de la parte especial. Si bien, dentro de esta orientación podemos distinguir tres sub-teorías: la teoría pura de la causación; la teoría de la causación o del favorecimiento; y la teoría del ataque accesorio al bien jurídico.

23. *Opinión personal*. La teoría del ataque accesorio al bien jurídico (*akzessorischer Rechtsgutangriff*) es el fundamento que voy a seguir, porque considero que es el que mejor se adecua a un Derecho penal que tenga como función legitimadora la

protección de bienes jurídicos como condiciones esenciales de la convivencia humana en sociedad.

Como es sabido ROXIN parte de dos presupuestos: por un lado, la participación como la lesión dolosa de un bien jurídico mediante una contribución en un hecho doloso típico y antijurídico; y por otro, la exigencia de que el bien jurídico se encuentre protegido también frente ataques del propio partícipe. Es por ello por lo que ROXIN entiende que el injusto del partícipe no puede explicarse exclusivamente en función del principio de accesoriedad y que esté completamente derivado del hecho principal, ya que la cooperación puede permanecer impune aunque el autor haya realizado un injusto punible.

Por otra parte, continúa ROXIN, el injusto del partícipe se determina en gran medida de acuerdo con el injusto del hecho principal, como lo evidencia el dato de que la cooperación en un hecho doloso, si bien no siempre es suficiente, es presupuesto ineludible para el castigo del partícipe. En cualquier caso, esta dependencia con respecto al hecho principal no es puramente fáctica, sino jurídica, pues así lo demuestra la exigencia de que para poder castigar al partícipe el hecho principal tiene que haber comenzado a ejecutarse y de que el marco penal del partícipe se fije a partir del que corresponde al hecho principal.

24. *Principio de accesoriedad.* El respeto de las exigencias que entraña el principio de accesoriedad (cuantitativa y cualitativa) reviste una extraordinaria importancia en el establecimiento de límites a la participación delictiva en general, y en particular, también cuando se trata de actividades cotidianas.

Dicha importancia estriba en un mejor perfilamiento de la tipicidad y en una restricción de la punibilidad de los partícipes²².

22 Por todos, ROXIN, *LK*¹¹ antes § 26/5; y entre nosotros DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría* (1991), 131 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, 355, quien resalta la importancia del aspecto negativo de la accesoriedad al orientarse a “impedir una extensión incontrolada de la punibilidad de los partícipes”;

Al delimitar en virtud de una accesoriedad limitada las cualidades que debe reunir la acción del autor (tipicidad, antijuridicidad y que alcance el grado de ejecución) se está delimitando igualmente el ámbito de la tipicidad del partícipe.

25. *Imagen tradicional de la codelinuencia.* La imagen tradicional del fenómeno de la codelinuencia (salvo la coautoría) responde a la de una figura principal (el autor) y otras dependientes de ella (demás intervinientes). Conforme a ello, la vigencia del principio de accesoriedad comporta la imposibilidad de captar el sentido jurídico de la contribución del partícipe sin tener en cuenta el hecho principal realizado por el autor, y por ello forma también parte esencial del contexto en el que habrá que examinar la peligrosidad de la conducta cotidiana.

El examen de la relevancia penal de las conductas en caso de codelinuencia no se puede hacer de un modo aislado, sino que el significado penal de cada una de ellas deriva fundamentalmente de la relación en que se encuentran. Si el fundamento del castigo del partícipe se encuentra en el riesgo de favorecimiento de la realización del hecho principal, al elevar las posibilidades de éxito del autor, solamente cuando la conducta cotidiana aparezca así vinculada con la comisión delictiva ajena se podrá decir entonces que la conducta resulta relevante desde un punto de vista penal.

El problema estriba, como se comprenderá, en determinar los criterios decisivos para establecer dicha relación. Pero es importante señalar ya, desde este momento, que sin dicha conexión la conducta cotidiana permanecerá impune debido al carácter accesorio o dependiente de la misma con respecto al hecho principal.

26. *Peligrosidad del cómplice.* Si el Derecho penal se legitima por la protección de bienes jurídicos, sólo se pueden castigar aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Por ello, el partícipe también tiene que

RUIZ ANTÓN, *El agente provocador en el Derecho penal*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1981, 204.

crear un peligro para el bien jurídico. Puesto que el partícipe no realiza él mismo los elementos del tipo del hecho principal, basta sencillamente que haya posibilitado su comisión. Asimismo, hay que tener en cuenta que hemos concebido el fundamento de la participación como un ataque accesorio al bien jurídico, por lo que será necesario entonces que la aportación haya tenido consecuencias en la ejecución del delito. Si no fuese así, la participación no debería ser punible. Por tanto, la complicidad tiene que ser una aportación causal al hecho²³.

27. *Aportación causal.* Todo cómplice tiene que ser causal, en los delitos de comisión, para el resultado. Pero en la complicidad no se necesita una causalidad en el sentido de la *condicio sine qua non*, es suficiente que la contribución haya influido en el resultado en su concreta forma. Ello supone que sin el cómplice, la clase y forma del acontecer habría tenido otro desarrollo totalmente distinto. Pero el que el resultado se hubiese producido también sin la contribución del ayudante, no cambia nada la causalidad; los cursos causales hipotéticos —dice ROXIN— carecen de interés para esta causalidad²⁴.

28. *Imputación objetiva.* Sin embargo, la causalidad de la aportación con respecto al resultado principal no basta para

23 La exigencia de causalidad en la complicidad es opinión mayoritaria. Así, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *PG*⁵ § 64.III.2.c); KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 361 ss.; ROXIN, *LK*¹¹ § 27/2 ss.; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 501 ss.; IDEM, *AT II* § 26/184 ss.; WEIGEND, *RDCP* 10 (2002), 208. No la exigen, en cambio, quienes conciben la complicidad como un delito de peligro, como HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA* 1971, 1 ss., 7 (peligro abstracto); SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», FS-Honig (1970), 169 ss., 184 (peligro concreto), o como VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», FS-Heinitz (1972), 295 ss., 311 (peligro abstracto-concreto).

24 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 501; IDEM, *AT II* § 26/184. Tampoco hay que llegar al extremo de caer en el absurdo, como señala ROXIN: quien coloca a un delincuente una pluma en el sombrero no es punible por complicidad simplemente porque el delincuente vaya un poco más contento al trabajo (ROXIN, *LK*¹¹ § 27/4).

responsabilizar al cómplice por su intervención en el delito, como tampoco sucede en el ámbito de la autoría. Una co-causación en el sentido de una influencia sobre la concreta clase y forma de ejecución del tipo es necesaria para la complicidad, pero no es suficiente²⁵. En correspondencia con los principios generales de la imputación objetiva, siguiendo a ROXIN se puede decir que para que una contribución causal pueda ser complicidad tiene que haber aumentado el riesgo para la víctima y paralelamente las posibilidades para el autor²⁶.

29. *Concreción del ataque*. Sólo quien dolosamente mejora las posibilidades del autor y aumenta el riesgo para la víctima, lleva a cabo, por tanto, un *ataque autónomo al bien jurídico*, como es preciso para todo partícipe. Ello se puede concretar en cuatro puntos: *posibilitar, facilitar, intensificar o asegurar*. Lo decisivo es, por tanto, que la contribución aumente las posibilidades de comisión del hecho y la misma sea útil al autor durante la ejecución de su plan²⁷.

30. *Delimitación del debate*. El debate acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas no se ha centrado tanto en el aspecto de la causalidad, como en la necesidad de delimitar y de ofrecer unos contornos racionales de la sanción de la complicidad recurriendo a las reglas generales de la imputación objetiva. Como se comprenderá la discusión gira fundamentalmente en torno a la determinación de cuándo estamos ante un riesgo para el bien jurídico protegido que esté jurídicamente desaprobado, es decir, si se trata o no de un riesgo permitido. Para dilucidar esta cuestión se han ofrecido multitud de criterios.

V. Ubicación del problema: ¿tipicidad o antijuridicidad?

31. *¿Causa de justificación?* En el ordenamiento jurídico español se podría acudir para resolver esta cuestión a la

25 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 509; IDEM, AT II § 26/210.

26 *Ibidem*.

27 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 510; IDEM, AT II § 26/212.

eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo del **art. 20.7 CP**. En Alemania, como es sabido, tal eximente no ha sido contemplada expresamente, sin embargo, ello no impide que se pueda reconocer como causa supralegal, porque es unánimemente admitido que el catálogo de causas de justificación del CP alemán no es cerrado²⁸.

32. *Razones a favor de la tipicidad*. Sin embargo, estimo que no es correcto acudir a esta eximente para solucionar el problema de las acciones cotidianas por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, y desde una **perspectiva lógica**, si la constatación de una causa de justificación tiene un carácter negativo, ello presupone que concurren todos los elementos fundamentadores del injusto penal, y ello no es siempre evidente en los casos que nos ocupan.
- b) En segundo lugar, y desde un **punto de vista dogmático**, se puede negar que estos problemas haya que resolverlos en sede de antijuridicidad por las propias características y naturaleza de las causas de justificación. Si se admite que el tipo cumple la función de seleccionar los comportamientos penalmente relevantes por su especial gravedad, se deberá admitir, entonces, que los comportamientos cotidianos carecerían de relevancia, en principio, pues se enmarcan dentro de la libertad de acción social. Por el contrario, las causas de justificación son situaciones particulares en las que la acción típica, generalmente prohibida, se encuentra excepcionalmente autorizada. Por tanto, no se adecua a la propia naturaleza y caracteres de las causas de justificación considerar las actividades cotidianas como causas de justificación, es decir, considerarlas aplicables sólo a situaciones excepcionales. Más bien

28 Por todos, LENCKNER, en Schönke/Schröder, *StGB*²⁶, antes §§ 32 ss. n.m. 28.

parece todo lo contrario, las acciones cotidianas no operarían de forma excepcional.

- c) En tercer lugar, desde un **punto de vista político-criminal**, no se puede desconocer los distintos fundamentos materiales que tienen las causas de atipicidad y las de justificación²⁹. Si consideramos que son razones de falta de necesidad y de merecimiento de pena las que hacen que el Derecho penal renuncie a intervenir en estos casos³⁰, parece que el primer aspecto sería más intenso en las causas de atipicidad, mientras que el segundo estaría más relacionado con las causas de justificación. Parece que las causas de justificación están más relacionadas con el efecto que las conductas humanas producen sobre la vida social, y en este sentido, predominaría el aspecto de merecimiento de la pena; mientras que las causas de atipicidad, en cambio, se referirían más a la necesidad o no de utilizar la pena como instrumento para hacer frente a ciertas conductas. En las causas de atipicidad la decisión de no sancionar penalmente se fundamenta principalmente sobre la base del *principio de intervención mínima*. De este modo, las consideraciones de intervención mínima enlazan también con el respeto a la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), con lo que mandatos y prohibiciones tendrán siempre la consideración de excepcionales, debiendo ser la libertad social de acción, por tanto, principio dominante en nuestro ordenamiento.
- d) Y en cuarto lugar, no conviene olvidar las **consecuencias** que comporta considerar estos supuestos

29 Y por consiguiente también de las distintas funciones que les corresponde. Sobre esto último llama la atención ROXIN, *PG*², § 10 n.m. 19.

30 Así lo señala LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *ADPCP* 1993, 30 n. 43. Le sigue su discípulo PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Ed. BOE, Madrid, 1995, 75.

como causas de atipicidad o de justificación. Llama la atención sobre esto LUZÓN PEÑA, cuando señala que “la atipicidad será prioritaria o más importante que la justificación, no sólo porque la precede lógicamente, sino porque en materia de error la creencia errónea de que se da la situación de una circunstancia de atipicidad es sin duda un error de tipo, excluyente en todo caso del dolo, mientras que el error sobre (la concurrencia de) causas de justificación es más problemático, ya que se discute si debe tratarse como error de tipo o sólo como error de prohibición, menos beneficioso; e incluso procesalmente cabe sostener que en caso de atipicidad es posible no iniciar o interrumpir el procedimiento, sin tener que comprobar en el juicio si concurre o no una circunstancia justificante”³¹.

VI. Debate doctrinal sobre las acciones cotidianas

33. *Clasificación.* A mi modo de ver, en el debate doctrinal sobre las acciones cotidianas se pueden distinguir tres grandes grupos de teorías. En primer lugar, estarían las teorías subjetivas; en segundo lugar, las teorías objetivas; y en tercer lugar, las teorías mixtas. Dentro de estas últimas se pueden distinguir, a su vez, tres corrientes: tesis basadas en la idea de adecuación (social o profesional); tesis que denomino no diferenciadoras en el plano subjetivo; y por último, tesis diferenciadoras en el plano subjetivo.

A. Tesis subjetivas puras

34. *Dos criterios.* Dentro de aquellos autores que encuentran la solución de la relevancia de las acciones cotidianas en el lado subjetivo podemos, a su vez, distinguir dos criterios. Por un lado, estarían quienes utilizan el dolo directo como factor delimitador de las conductas punibles, quedando el dolo eventual al

31 LUZÓN PEÑA, *Curso I*, 559.

margen del Derecho penal. Y por otro lado, también hay que hacer referencia a la solidaridad, pero entendida en sentido subjetivo, sin que dependa exclusivamente de la voluntad con que actúa el partícipe, sino del grado de «solidaridad psíquica» que tenga con el autor, esto es, una influencia psíquica en el ámbito afectivo del autor principal y, en definitiva, que sea un acto de solidaridad reconocido y aceptado por éste.

35. *Valoración crítica.* Los criterios subjetivos han sido, con carácter general, criticados por la doctrina. Diversas han sido las razones que se han aducido en su contra. Unas con mayor acierto, otras, sin embargo, a mi juicio, infundadas. Las críticas podríamos clasificarlas en tres grupos: unas de carácter dogmático, otras de tipo político-criminal, y por último, de signo más bien práctico.

35a. En primer lugar, se ha aducido en contra de las posturas subjetivas una crítica de carácter metodológico, que consiste en que **se antepone el tipo subjetivo al tipo objetivo.**

Este argumento, sin embargo, necesita matizarse, porque a mi modo de ver no es cierto que la calificación objetiva de una conducta no pueda depender de si se ejecuta con dolo o sin él. Esto, desde luego, lo admiten sin ningún género de dudas autores finalistas³². Pero también autores en absoluto próximos al finalismo³³.

32 Véase, por ejemplo, la opinión de RUEDA MARTÍN, RP 9 (2001), 127, para quien en la acción del taxista que conoce lo que va hacer el cliente una vez que abandone el taxi “es necesario plantearse si el sentido social de su acción se ve modificado por el dato del conocimiento de la colocación de la bomba en el lugar adonde es llevado el cliente, de modo que si incluimos este dato el taxista realiza una acción de transportar a un cliente *para* que coloque una bomba en un determinado lugar. Esta nueva circunstancia exige que el comportamiento estereotipado que se manifiesta en la conducción de un taxi, se concrete en el caso concreto por lo que sí es un dato relevante comunicativamente”. En consecuencia, según esta autora, “no se puede hacer abstracción del dato relativo a ese conocimiento puesto que en el sentido social de una acción incide una base cognitiva” (128).

33 Por ejemplo, ROXIN, FS-Tröndle (1989), 197.

Cabe traer a colación a este respecto la opinión de TORÍO LÓPEZ, para quien el tipo se presenta como una unidad compleja, formada por una “direccionalidad objetiva final, dada por la tendencia material peligrosa de la acción, y una direccionalidad subjetivo final, dada por el dolo, hacia la producción del resultado típico”³⁴. En su opinión, que comparto, las “propiedades materiales de la acción son el objeto primario sobre el que incidirá la valoración jurídico penal. El desvalor de acción es así una unidad compleja de datos objetivo finales, aprehensibles en el juicio de pronóstico, y subjetivo finales, coincidentes con el dolo... Esto quiere decir que la acción no puede hallarse prohibida si no es peligrosa, pues sólo un Derecho autoritario o inquisitorial podría propasarse a prohibir acciones inocuas”³⁵.

35b. En segundo lugar se critica la **diferencia de trato punitivo que se da a las dos clases de dolo**³⁶. Esto se hace patente en la postura de OTTO, para quien solamente el dolo directo otorgaría a la conducta del profesional que realiza una labor cotidiana un contenido de sentido delictivo.

El dolo eventual no deja de ser dolo, por lo que merece el mismo tratamiento que las otras clases de dolo. Únicamente cabría admitir una diferencia de trato cuando expresamente la ley hubiese limitado el ámbito de lo típico a un actuar con dolo directo. Sin embargo, ni el § 27 StGB en Alemania, ni los arts. 28 b) y 29 CP en España, han previsto una limitación semejante, y en este sentido, la opinión mayoritaria en la doctrina de ambos países es que cabe la cooperación tanto con dolo directo, como con dolo eventual³⁷.

34 TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo», CDJ t. XXXIII (1994), 155 ss.

35 TORÍO LÓPEZ, «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Presupuestos para la Reforma Penal 1*, Ed. Universidad de la Laguna, 1992, 174.

36 Entre otros, TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», JR 1997, 51. Posteriormente se refieren también a esta crítica, entre otros, HARTMANN, ZStW 116 (2004), 595; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 201.

37 Véanse, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, *PG*⁵, § 64.III.2.d); ROXIN, *AT II*, § 26/268; SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*²⁶, § 27/19; TRÖNDLE/FISCHER, *StGB*³⁰, § 27/8.

35c. En tercer lugar, me parece importante la crítica relativa a la **contradicción axiológica que se produce con los delitos de omisión pura**³⁸. La impunidad del dolo eventual no se corresponde con las exigencias de los §§ 138 y 323c CP alemán, que vendrían a equivaler a nuestros arts. 450 y 195 CP. Según el § 138 StGB se tiene que denunciar o avisar a la víctima incluso cuando no disponga de la conciencia requerida para el dolo directo. Y según el § 323c StGB incurre en responsabilidad penal también quien no cumple su deber de ayuda con dolo eventual.

35d. En cuarto lugar, se ha dicho que en algunos casos esta delimitación subjetiva puede dar pie a declarar como complicidad punible un sector insoportablemente extenso de conductas. Esta extensión de la intervención punitiva llevaría aparejada a su vez una **considerable restricción de la libertad de acción social**, como fundamento de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE).

No obstante, aunque este argumento político criminal sea muy importante, también hay que tener en cuenta que la solución al problema no sólo depende de la configuración del comportamiento en términos abstractos, sino también del contexto en el que éste se enmarca, el cual no sólo viene determinado por aspectos objetivos, sino también por elementos subjetivos.

35e. En quinto lugar, se ha advertido una **peligrosa subjetivización de la responsabilidad penal**, pudiendo llegar

En general cabe llamar la atención sobre la escasa atención que ha merecido por parte de la doctrina el tipo subjetivo del cómplice, salvo en lo que se refiere a los supuestos de exceso del autor y de error del partícipe (véase al respecto, por todos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EJB 4781; IDEM, EPB 982). También, entre otros, GÓMEZ TOMILLO, «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», RDPC 10 (2002), 137, quien apunta que la exigencia habitual en la doctrina del doble dolo del cómplice, no siempre resulta necesaria, como acontece con la complicidad sucesiva, objeto de estudio de su artículo; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG*², 524 ss.

38 HARTMANN, ZStW 116 (2004), 595.

a incurrirse en un Derecho penal de la actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*)³⁹. No creo que esta crítica pueda dirigirse tanto al criterio delimitador en función del dolo directo, como a la tesis que sostiene SCHILD TRAPPE de la «solidaridad psíquica». Ésta sí estaría rozando, por no decir inmersa por completo, en un puro Derecho penal de actitud interna, pues para esta autora suiza es suficiente con la mera declaración de aprobación o de solidarización, que no influya en la decisión del hecho ya tomada, ni en su firmeza ni en su intensidad. Ello implica que haya que apreciar un caso claro de complicidad, por ejemplo, cuando un testigo que asiste por casualidad a un hecho aplaude al autor durante su ejecución, o incluso lo que resulta asombroso, también sería cómplice quien coloca a un delincuente una pluma en el sombrero y hace que éste vaya un poco más contento al “trabajo”, porque ello representa un acto de solidaridad psíquica con el autor y éste lo reconoce y acepta⁴⁰.

35f. Finalmente, también se han dirigido a las teorías subjetivas críticas de carácter más bien práctico, centradas fundamentalmente en las **dificultades probatorias** de los elementos subjetivos y el inconveniente de abrir en exceso la puerta a la **arbitrariedad judicial**. Sin embargo, a mi juicio este argumento no es relevante, porque esas mismas dificultades se encuentran en cualquier delito de carácter doloso.

39 Críticos en este sentido, entre otros, FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, 319 (trad. Cuello Contreras/Serrano González de Murillo); HASSEMER, *wistra* 1995, 43; TAG, JR 1997, 51; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 201; WOHLERS, «Gehilfenschaft durch “neutrale Handlungen”. Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?», ZStR 117 (1999), 428; IDEM, «Hilfeleistung und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB», NSTZ 2000, 170. En España, entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, 270 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 65 s.

40 SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*, Ed. Stämpfli, Bern, 1995, 132 y 187. Véase la recensión de ROXIN, JZ 1996, 29 s.

B. Tesis objetivas puras

36. El “giro” teleológico-valorativo de carácter general que apuntamos al principio de esta exposición se ha visto reflejado también en el debate doctrinal acerca de la relevancia de las conductas cotidianas. En la actualidad se puede decir que dicho debate discurre fundamentalmente por este cauce. Sin embargo, los planteamientos difieren en cuanto a la afirmación o negación de alguna relevancia de los aspectos subjetivos para el propio juicio de peligrosidad de la acción. Y por supuesto, dado que el segundo aspecto de la imputación objetiva implica un juicio de valor (me refiero al riesgo permitido), obviamente, también aquí se han ofrecido múltiples puntos de vista⁴¹.

Los planteamientos puramente objetivos se sitúan en el extremo opuesto a los criterios subjetivos anteriormente expuestos. De este modo se pretende resolver la cuestión prescindiendo por completo de la relevancia de aspectos subjetivos.

37. *Criterio rector*. En sustitución de ello algunos autores pretenden encontrar la solución, como criterio general rector, en una «referencia de sentido delictiva» (*deliktische Sinnbezug*)⁴²

41 Como dice JAKOBS, “este riesgo no permitido de la codelinuencia es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de la autoría y participación en la bibliografía en lengua alemana en los últimos años, si bien hasta el momento sólo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema” [«La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación», en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Ed. UNED, Madrid, 2001, 623 (trad. Cancio Meliá)].

42 ROBLES PLANAS considera que la traducción al español de la expresión alemana *deliktische Sinnbezug*, como “referencia de sentido delictiva” es discutible, aunque al final se decante por ella [*La participación en el delito* (2003), 59 n. 25]. “Lo cierto es —dice— que traduciéndola por ‘sentido delictivo’ (sin más) [como hace, por cierto, Landa Gorostiza, *La complicidad delictiva*, 87], se pierde la connotación referencial con la conducta del autor” (59 n. 25). Por otro lado, también aclara que “la expresión ‘referencia de sentido delictiva’ proviene de FRISCH [*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (1988), 280 ss.] y no como parece afirmar NIEDERMAIR [*ZStW* 107 (1995), 528] de MEYER-ARNDT (*wistra* 1989, 282 ss.), quien en

o en una «solidaridad con el injusto ajeno» (*Solidarizierung mit fremdem Unrecht*)⁴³. Este criterio rector, en principio puramente formal, luego se llenaría de contenido con otros subcriterios de carácter material como la cercanía al delito, la estrecha relación espacio-temporal, la solidaridad, etc.

38. *Valoración crítica.* A las teorías puramente objetivas también pueden formularse algunas consideraciones críticas, que podríamos clasificar en tres grupos: unas de carácter general, otras de carácter dogmático, y por último, otras de tipo político-criminal y práctico.

38a. Con carácter general el planteamiento de algunas de las opiniones que englobamos en este apartado puede ser objeto de una consideración crítica por la **prioridad que otorga a la seguridad de las expectativas** frente a la **protección de los bienes jurídicos**. Esta crítica se personaliza, fundamentalmente, en JAKOBS. También se le puede criticar a este autor el excesivo

ningún momento utiliza unos términos similares” [*La participación en el delito* (2003), 281 n. 18].

Por tanto, siguiendo a ROBLES PLANAS y también a CUELLO CONTRERAS y a SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, que la emplean en su traducción a la obra de FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (2004), p.ej., 316 ss., nos inclinamos por utilizar la expresión “referencia de sentido delictiva”.

- 43 He optado por traducir el término alemán *Solidarisierung* por «solidaridad», porque la palabra “solidarización”, que es utilizada por algunos autores, no existe en español. Sigo, pues, las indicaciones de FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Ed. Comares, Granada, 1999, 79; GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinuencia: la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Ed. Comares, Granada, 1998, 407 n. 218; y RUEDA MARTÍN, RP 9 (2001), 123 n. 11.

En cambio, prefiere emplear el término “solidarización”, entre otros, BLANCO CORDERO, «El encubrimiento personal: contribución a la delimitación del artículo 451 n. 3 del Código penal», RDPC 2 (1998), 21 n. 38, quien considera que es el que mejor expresa la idea del autor, si bien hay que matizar que se está refiriendo a Lenckner y para el delito de encubrimiento. También utiliza este término CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, 328 n. 343.

protagonismo que asigna a los **roles**. Radical en este sentido es LESCH, para quien cuando se desempeñan determinados roles sociales da igual el contexto de la acción, siempre podría entregarse dentro de ese rol ciertos objetos sea cual sea la situación.

Sin embargo, no parece que un dato sociológico como es el del rol social pueda condicionar las reglas generales de imputación jurídico-penal.

38b. En cuanto a las críticas de carácter dogmático, hay que empezar diciendo que algunos planteamientos que pretenden ser puramente objetivos, sin embargo, no lo son del todo. Algunos autores⁴⁴ han resaltado, en referencia a la construcción de FRISCH, que en realidad **oculta un elemento subjetivo**. En efecto, FRISCH afirma que fuera de la fase ejecutiva del delito es especialmente difícil determinar si una acción porta una referencia de sentido delictivo, pues todos los comportamientos de este tipo —dice— también pueden servir a fines totalmente legales. ¡Incluso el vigilante, mientras se produce un robo, se podría decir que está favoreciendo la salud respirando aire puro! Esto lo contesta FRISCH diciendo que el comportamiento del cómplice no se acaba en la permanencia al aire libre, sino que contiene “determinados elementos de acción (condicionados) que no tienen más sentido que el delictivo”⁴⁵. Pero entonces su concepción deja de ser objetiva, pues el “elemento de acción condicionado” (*bedingte Handlungselement*) no es algo distinto a una voluntad subjetiva. Esto se observa también cuando FRISCH quiere descubrir la referencia de sentido delictivo por medio de un proceder heurístico simplificado (*vereinfachte heuristische Verfahren*) atendiendo a los motivos reales⁴⁶. Recurre aquí, pues, frente a su punto de partida exclusivamente objetivo, a criterios subjetivos⁴⁷.

44 Por ejemplo, HARTMANN, ZStW 116 (2004), 591, entre otros.

45 FRISCH, *Comportamiento típico* (2004), 308.

46 FRISCH, *Comportamiento típico* (2004), 310 n. 205, además, entre signos de admiración.

47 En este sentido, entre otros, HARTMANN, ZStW 116 (2004), 591; NIEDERMAIR, ZStW 107 (1995), 517.

38c. En segundo lugar, y a mi juicio, aquí reside la crítica de mayor peso a estos planteamientos, se produce una **excesiva normativización en la configuración del juicio de peligrosidad del favorecimiento**, en cuanto que se relega a un segundo plano, cuando no se prescinde por completo, de los aspectos subjetivos que, a mi juicio, pueden perfilar mejor la relevancia típica de la conducta, sin que por ello se abandone la objetividad del juicio. A mi modo de ver, hay aspectos subjetivos que deben tener mayor relieve que el que le dan algunos de los autores que estamos comentando ahora, y ello se observa claramente en cuanto al papel que se debe conceder a los **conocimientos especiales** que posea el interviniente.

A este respecto, y por no extenderme en este punto, diré que estoy de acuerdo con un amplio sector de la doctrina que considera que los *conocimientos y facultades individuales del sujeto* condicionan ya el tipo objetivo⁴⁸. Pero también estoy de acuerdo con aquellos otros autores que admiten un tipo objetivo diferente en delitos dolosos e imprudentes⁴⁹. Creo que tienen toda la razón, por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO cuando señalan que “no siempre «querer es poder», pero

48 Entre otros, MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», ADPCP 1988, 674. “Piénsese —dice MIR PUIG— en el clásico ejemplo del sobrino que hace subir a su tío rico a un avión con la esperanza de que en él encuentre la muerte. ¿Cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada *ex ante* para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión? No se trata sólo de que tal conocimiento condicione el sentido subjetivo de la acción, sino de que *ex ante* cualquiera considerará que hacer subir a un avión sabiendo que en él hay una bomba es una acción objetivamente adecuada para matar, mientras que no le parecerá una vía objetivamente idónea para tal fin si se desconoce la existencia de la bomba”.

49 Por ejemplo, TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», ADPCP 1986, 38, para quien una peligrosidad mínima de la acción puede fundamentar en los delitos dolosos la imputación, mientras que en los imprudentes igual no lo haría. También IDEM, «Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma», EPC t. X (1987), 383 ss.; IDEM, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», CDJ t. XXXIII (1994), 155 ss.

es más fácil que se pueda queriendo poder, que sin quererlo y esta disminución de la dificultad es algo objetivo y no subjetivo”⁵⁰.

Yo me pregunto, sin intención de rebatir la opinión de estos autores, sino más bien todo lo contrario, confirmarla: ¿qué es más probable: encestar desde el otro extremo de la cancha de baloncesto con los ojos cerrados o apuntando? Para algunos ambos casos serían misión imposible, porque no tienen fuerzas para llegar a la canasta. Sin embargo, para aquellos que tienen fuerza suficiente (facultad especial del autor), qué duda cabe que será más adecuado para ganar el partido tirar apuntando.

A mi modo de ver, si conforme a lo expuesto, el juicio de peligrosidad de la conducta no sólo depende de los conocimientos especiales (y capacidades especiales) que tenga el autor, sino también de la intención con la que se actúe, entonces puede estar justificado seguir distintas reglas de imputación según la componente subjetiva⁵¹. Si trasladamos esto al terreno de la participación habría que afirmar la peligrosidad objetiva, a mi juicio, en aquellas acciones dolosas que favorezcan o posibiliten, aunque sea mínimamente, las posibilidades de comisión del delito. Y no vale decir que el incremento de riesgo no es relevante en estos casos, porque se trata de un objeto o de un servicio que se puede obtener en cualquier parte. Existe aquí, a mi modo de ver, cierta similitud con el caso THYRÉN del inexperto tirador a larga distancia en cuanto que la conducta realizada produce un incremento del riesgo ínfimo, pero la intención con la que se actúa hace más peligrosa la conducta. No es que se le haga sólo más cómoda al autor la comisión del delito, ahorrándose el esfuerzo (aunque mínimo) de ir a la tienda de al lado o a otro profesional, sino que con su conducta está posibilitando, facilitando, favoreciendo o

50 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *PG*², 94.

51 También hay que mencionar la opinión de algunos autores contrarios a la diferenciación del grado de tendencia según el tipo subjetivo, como LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad* (1997), 248 y 249 n. 38; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, EDERSA, Madrid, 1992, 114 ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido* (1995), 120.

asegurando (y por qué no decirlo también acelerando), el ataque a un bien jurídico ajeno por parte del autor. Otra cuestión es que ulteriores consideraciones valorativas hagan que este riesgo pueda no ser relevante para el Derecho penal.

A tenor de lo expuesto no me parece indicado distinguir entonces entre **ámbitos neutrales** y **ámbitos de riesgo**, sino que como dice ROXIN “no hay acciones neutrales *per se*”, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a la que sirve. Así, por ejemplo, el explicar cómo funciona un arma de fuego es una acción cotidiana neutral si a ella le sigue la práctica de deporte en un club de tiro; por el contrario, es complicidad en el homicidio si con ello se ayuda al autor a hacer blanco en la víctima. También el cargar con una escalera es en la mayoría de los casos una acción cotidiana; pero se convierte en complicidad si su particular sentido consiste en auxiliar a un ladrón⁵².

Precisamente el legislador ha dejado abierta la configuración de las formas de intervención delictiva, porque se puede posibilitar, favorecer, facilitar o asegurar la comisión de un delito de muchas maneras, por lo que sería imposible que concretase todas, y además no tiene por qué hacerlo si ello es técnicamente inviable o no estaría indicado por el obligado casuismo. Además, desde el punto de vista político-criminal no sería aceptable tal restricción de la punibilidad, pues quedarían muchas conductas al margen de la complicidad, que, sin embargo, y teniendo en cuenta el fundamento de la sanción de la participación, deberían estar comprendidas, pues todas ellas consisten en un ataque accesorio al bien jurídico protegido.

38d. Con referencia a la concreta propuesta de ROBLES PLANAS⁵³, en mi opinión, no convence por las siguientes razones.

52 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 515.

También NIEDERMAIR critica a FRISCH en este punto, que el intentar definir un comportamiento puramente objetivo del delito más allá de la elevación del riesgo y antes de los elementos subjetivos, no es sino una pura adscripción sin sustrato tangible [ZStW 107 (1995), 518].

53 ROBLES PLANAS otorga distinta relevancia a los conocimientos especiales del autor en función de que nos encontremos ante lo que él denomina “ámbitos

a) En *ámbitos neutrales*, como él los llama, dice que lo que el agente llegue a conocer en ese marco es, en principio, indiferente en la medida en que no se abandone la neutralidad. Pues bien, pensemos en un ferretero que sabe que un cliente va a robar y le vende una palanqueta, que dice que es para su próximo “trabajo”. Se la vende y luego resulta que a quien roba es al propio ferretero. ¿Qué pensará el ferretero?: ¿por qué no avisé a la policía? (ya veremos a continuación por qué hago esta pregunta) o más bien ¿por qué le vendí la palanqueta?

Este ejemplo podría contestarse por parte de ROBLES PLANAS diciendo que no es de su incumbencia lo que el cliente haga con la palanqueta y que no tiene el deber de evitar que con su venta favorezca la comisión de un hecho delictivo. Sin embargo, no se trata de eso. No se trata de que haya dejado de hacer una acción debida, sino precisamente de lo que ha hecho, que ha sido contribuir dolosamente a la comisión de un delito ajeno.

Podría entonces decirse que es un riesgo inherente al negocio de la ferretería en general que los objetos que se venden puedan ser utilizados por otros para la comisión de delitos. Sin embargo, no entra dentro del ámbito comercial usual (o estándar) de la ferretería, ni de ninguna otra actividad profesional que yo sepa, el favorecer delitos.

b) En *ámbitos de riesgo*, tampoco me convence que los conocimientos no tengan relevancia si existe una regulación que fije el estándar. Se ha llegado a hablar del “efecto protector del estándar”, lo cual me parece excesivo en algunos casos⁵⁴. ¿Qué

neutrales” y “ámbitos de riesgo”, en función del estándar normativo inocuo [véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 212]. Denomina ámbitos neutrales a aquellos en los que en un desarrollo normal de las conductas de los agentes no se deriva ningún riesgo para bien jurídico penal alguno: el estándar es de por sí inocuo.

54 Véase también la opinión de PÉREZ MANZANO, «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 819, quien considera que las reglas de la profesión están pensadas y definidas de forma genérica, imaginando contextos neutrales, de modo que “un contexto

más da que el vendedor cumpla con la normativa si sabe que el comprador va a utilizar la mercancía en un delito? No me parece una manera honrada de ganarse la vida. Sería algo así como si un conductor que va conduciendo correctamente y observa cómo un peatón cruza la carretera por donde no debe, pudiendo detener el vehículo sin ningún problema, sin embargo, aprovecha y acelera (o no levanta el pie del acelerador, o no pisa el freno) para atropellar al peatón.

38e. En tercer lugar, siguiendo con estas críticas de carácter dogmático, no me parece convincente el argumento, al que recurren varios autores, de intentar establecer el límite mínimo de la intervención en el delito utilizando para ello el límite máximo del **delito de omisión de impedir determinados delitos**.

FRISCH ha admitido una excepción al principio de la impunidad del cómplice por actos neutrales para aquellos casos en los que el colaborador esté obligado según el § 138 StGB a denunciar o socorrer a la víctima según el § 323c StGB⁵⁵ (= arts. 195 y 450 CP español).

Contra este argumento, sin embargo, se opone el que no hay un ámbito de regulación coincidente entre la complicidad y los delitos de omisión pura mencionados. En éstos se trata del deber, excepcional como no garante y como no partícipe en el hecho de ocultar o impedir delitos ajenos, mientras que la punibilidad por complicidad propiamente prohíbe un ataque accesorio al bien jurídico de terceros en el marco del principio de accesoriedad⁵⁶.

situacional específico en el que se añade una circunstancia no imaginada para definir la regla de conducta adecuada, convierte la regla en inoperante”.

55 FRISCH, *Comportamiento típico* (2004), 335, 342. De modo similar también, entre otros, RABE VON KÜHLEWEIN, «Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer», JZ 2002, 1143, quien fija como límite mínimo para la participación punible, sobre el que luego añade la previsibilidad objetiva, la infracción de los deberes generales de solidaridad; y TAG, JR 1997, 54 ss. En España sigue el planteamiento de FRISCH, entre otros, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 311.

56 Véase este argumento, entre otros, en BECKEMPER, «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», Jura 2001, 166 s.; HARTMANN, ZStW 116 (2004), 591; NIEDERMAIR, ZStW 107 (1995), 522.

Además, según FRISCH la complicidad sólo sería punible cuando el hecho principal pusiese en peligro bienes muy importantes. Esta circunstancia, sin embargo, tendría que ser abarcada por el colaborador, frente a la opinión dominante hasta ahora que considera que el colaborador no tiene que tener un conocimiento exacto de las particularidades del hecho planeado⁵⁷.

Pero es que además existe una diferencia estructural entre los delitos de omisión pura y los supuestos de participación por omisión que impide construir semejante analogía⁵⁸. Mientras unos sancionan la no interposición de obstáculos al hecho del autor; los supuestos de participación sancionan precisamente la remoción de los mismos o la facilitación. Estoy de acuerdo con DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cuando señala que “para determinar cuándo la hay [*scil.* participación por omisión] deberá buscarse la equivalencia material y estructural en el plano normativo con la participación activa”⁵⁹. Dicha equivalencia se producirá “cuando la propia omisión favorezca la afectación del bien jurídico por parte del autor, es decir, aumente el riesgo de producción de esa afectación... O, dicho de otra manera, cuando (dándose los demás requisitos de la participación) la propia omisión posibilite, favorezca o facilite o suponga una remoción de obstáculos a la conducta del autor, no bastando que la omisión suponga una mera no dificultad o no interposición de obstáculos al hecho del autor”⁶⁰.

Teniendo en cuenta esto me parece excesivo negar que se tenga la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo, como hace ROBLES PLANAS⁶¹. En ejemplos como

57 Por todos, ROXIN, *LK*¹¹, § 27/47; IDEM, *AT II*, § 26/272.

58 NIEDERMAIR advierte del peligro que encierra dicho argumento de que en definitiva se están construyendo de modo encubierto auténticas responsabilidades en comisión por omisión [ZStW 107 (1995), 521-522]. También críticos con este argumento, entre otros, BECKEMPER, *Jura* 2001, 166; ROXIN, *AT II* § 26/235.

59 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, EPB, 987.

60 *Ibidem*.

61 ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 311. Ya antes, en parecidos términos FEJÓO SÁNCHEZ, *Límites* (1999), 74, decía: “la cuestión central

los que pone (similares al del vendedor de una tienda de jardinería del que habla JAKOBS) creo que se está creando un riesgo jurídicamente desaprobado (por varias razones: conocimiento, inmediatez, importancia de los bienes, etc.) que además supone una facilitación de la comisión de un delito ajeno.

El resolver esta clase de supuestos diciendo que la conducta simplemente merece la reprobación de un delito por omisión propia me parece insuficiente, y ello por dos razones.

Por un lado, al sujeto no se le castiga por lo que no ha hecho, sino precisamente por lo que ha hecho que ha sido favorecer con su conducta la comisión de un delito ajeno. Eso es lo que se materializa en el resultado, y eso es por lo que debe responder. Por eso, me parece ver una cierta “mala conciencia”, o un reconocimiento implícito de la insuficiencia de su planteamiento, sugerir de *lege ferenda* que se introduzca un tipo agravado en el art. 450 CP similar al que ya existe en el delito de omisión del deber de socorro del art. 195 CP.

Esta propuesta, por otro lado, me parece insuficiente, puesto que sólo quedarían abarcados los bienes jurídicos a que se refiere el art. 450 CP. El ámbito de protección de este delito es discutible, pero admítaseme, al menos, estos cuatro bienes: vida, salud, libertad y libertad sexual, pero quedarían fuera otros, también importantes, como el patrimonio, por ejemplo, o incluso supraindividuales, como el medio ambiente.

38f. En cuarto y último lugar, el criterio de la «**proximidad al hecho**» (*Tatnähe*), al que tanto jugo pretenden sacar algunos de estos autores⁶², a mi modo de ver resulta inadecuado para nuestra legislación. Como es sabido, el § 27 StGB no dice nada al respecto, pero en nuestro art. 29 CP, expresamente se dice que

es: ¿Hasta dónde es incumbencia de un ciudadano «ponerle obstáculos» a una persona resuelta a realizar un delito?».

62 Véase, por ejemplo, SCHUMANN, *Strafrechtliche Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Ed. Mohr/Siebeck, Tübingen, 1986, 57; o FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites* (1999), 73.

el cómplice puede ayudar mediante actos «anteriores o simultáneos». Pero es que además, dicho criterio no convence, pues “la entrega un poco antes o un poco más tarde no tiene ninguna influencia sobre el carácter de ayuda al delito”⁶³. No está claro por qué el momento de la venta debe determinar la existencia o no de la complicidad.

No obstante, se aduce a favor de este criterio que si todavía no está próximo el hecho no supone una conmoción o “impresión” en la comunidad jurídica, que para SCHUMANN, es lo decisivo a la hora de fundamentar el injusto de la participación. Sin embargo, esto significaría que la complicidad secreta debería quedar impune, por ejemplo. Aunque quede oculta, no es por ello menos “conmocionante” que una prestación de ayuda explícita⁶⁴. Además, si el fundamento de la participación fuese la perturbación de la paz, también la tentativa de participación y los actos preparatorios impunes que dan lugar a una conmoción, tendrían que ser punibles, y sin embargo, no lo son⁶⁵. Desde este punto de vista, la participación intentada debería equipararse también a la consumada.

El pretender encontrar el fundamento de la participación en un “ejemplo insoportable” para la comunidad, en la medida en que el partícipe se solidariza con el autor, aproxima este planteamiento a las teorías de la impresión (*Eindruckstheorie*) como fundamento del castigo de la tentativa⁶⁶ y también como criterio de distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, con las consideraciones críticas que se puede hacer a dicha teoría.

63 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 514; IDEM, AT II, § 26/230.

64 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 515; IDEM, AT II, § 26/230.

65 ROXIN, LK¹¹, § 27/13.

66 Criterio al que expresamente se adhiere SCHUMANN [*Strafrechtliches Handlungsunrecht* (1986), 57]. Sobre esta teoría véanse, entre otros, JESCHECK/WEIGEND, PG⁵, § 49.II.3; ROXIN, AT II, § 29/46 ss.; o en la literatura patria, entre otros, FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, 25 ss.; SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, «Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal» ADPCP 1998, 65 ss.

38g. Para finalizar esta valoración de las teorías puramente objetivas, cabe aludir también a una serie de problemas de carácter práctico y de signo político-criminal que se advierten en ellas.

En primer lugar, y del mismo modo que las teorías objetivas criticaban a las subjetivas una gran inseguridad, se puede hacer también la misma crítica a algunas de las puramente objetivas. Se ha dicho, con razón, que algunos de los planteamientos puramente objetivos adolecen de excesiva **vaguedad**, y que también pueden conducir a **conclusiones arbitrarias**. Estas críticas estarían dirigidas fundamentalmente al criterio de la «solidaridad» propuesto por SCHUMANN⁶⁷. No creo que con carácter general pueda dirigirse esta crítica a autores como FRISCH o ROBLES PLANAS, que verdaderamente tienen mucha preocupación en concretar su planteamiento, y han hecho verdaderos esfuerzos muy valiosos en este sentido. Ello no impide, sin embargo, que no comparta su planteamiento general.

En segundo lugar, también se puede criticar a estas teorías una cierta **inflexibilidad** o rigidez por no tener en cuenta aspectos subjetivos que puedan graduar los criterios de imputación. En particular, antes me he referido a los conocimientos especiales del autor y al grado de tendencia.

En tercer lugar, creo que reconducir algunos de estos supuestos a un delito de omisión de impedir delitos ajenos, aunque fuese agravado, resulta insuficiente desde el punto de vista de la **protección de bienes jurídicos**. Para mí, supuestos como el de

67 Críticos en este sentido, entre otros, AMELUNG, «Die “Neutralisierung” geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfefatbestands», FS-Grünwald (1999), 12-13; BECKEMPER, Jura 2001, 166; MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra* 1989, 285; NIEDERMAIR, ZStW 107 (1995), 513-515; OTTO, «Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung», ZKredW 1994, 779; IDEM, «“Vergeleistete Strafvereitelung” durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», FS-Lenckner (1998), 206; RABE VON KÜHLEWEIN, JZ 2002, 1142; ROXIN, *LK*¹¹, antes § 26/21; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 514-515; IDEM, *AT* II, § 26/230; TAG, JR 1997, 53; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 204-205; WOHLLIBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Ed. Beck, München, 1997, 34.

la venta de la pala en una tienda de jardinería mientras transcurre una pelea fuera, son claros supuestos de complicidad.

Todo ello, además, produce en otros ámbitos delictivos una impunidad todavía más intolerable⁶⁸. Estas teorías se muestran particularmente restrictivas a la hora de aplicarlas al ámbito de la delincuencia económica, y no deja de ser significativo que la moderna discusión sobre la punibilidad de las acciones cotidianas no gire tanto en torno a la delincuencia tradicional, como alrededor de delitos fiscales, contra el medio ambiente, de blanqueo de capitales, etc.

C. Tesis mixtas

39. *Diversos criterios mixtos*. Las críticas que hemos expuesto frente a las teorías puramente objetivas creo que pueden ser superadas si se da entrada a ciertos aspectos subjetivos a la hora de delimitar la relevancia penal de las acciones cotidianas. De este modo se han configurado, según yo lo veo, diversos criterios mixtos, que sin renunciar a una delimitación del ámbito de lo punible en el tipo objetivo, consideran, sin embargo, que ésta no se puede llevar a cabo exclusivamente en función de criterios puramente normativos. Así, la regla general de impunidad de este tipo de favorecimientos aparentemente “neutros” se relativiza, y se da entrada, con mayor o menor extensión, según las diversas propuestas, a la intervención penal a través de la participación.

40. *Tres grandes grupos*. Desde esta perspectiva creo que se podrían dividir las opiniones vertidas en la doctrina en tres grandes apartados.

68 RABE VON KÜHLEWEIN, penalista al igual que JAKOBS en la Universidad de Bonn, ha llegado a decir, criticando a el planteamiento de este autor, que quien apoya con su contribución el riesgo elevado de comisión de un delito no se le puede liberar de su responsabilidad diciendo que “no es de su incumbencia”, y lo dice de modo extraordinariamente drástico: “la aplicación consecuente de tal principio habría posibilitado muchos delitos en el Tercer Reich” (JZ 2002, 1141 n. 34).

En primer lugar, estaría el criterio de la **adecuación social**, manejado fundamentalmente por los autores que se adscriben a la corriente doctrinal del finalismo, como RUEDA MARTÍN. Este criterio ha sido adaptado con posterioridad por otros autores, que podríamos denominar postfinalistas, dando lugar al criterio de la **adecuación profesional**, seguido principalmente por HASSEMER.

En segundo lugar, se encontrarían aquellos autores que, siguiendo el punto de vista ecléctico que hemos señalado, dan entrada a que los conocimientos especiales del interviniente en el delito ajeno puedan influir en la valoración de la conducta. Pero ello no quiere decir —y he aquí el aspecto que a mi juicio permite incluir a estas opiniones bajo la rúbrica de «mixtas»—, que simplemente por ello ya se le pueda hacer responsable a esa persona a título de partícipe en el delito cometido por un tercero. Se dan entrada aquí a otros principios, unos de signo teleológico como el *incremento del riesgo* o la *protección de bienes jurídicos*, pero también de signo eminentemente valorativo⁶⁹, como puedan ser el *riesgo no permitido*, la *ponderación de intereses* o el *principio de confianza*. A estas teorías yo las denominaría **teorías mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo**. Cabe mencionar aquí, aunque con muy diversos puntos de vista, que no es posible ahora desarrollar, la opinión de HARTMANN, MEYER-ARNDT, NIEDERMAIR, PUPPE, RABE VON KÜHLEWEIN, RANSIEK, STRATENWERTH, WEIGEND o WOHLERS; o entre nosotros BLANCO CORDERO, LÓPEZ PEREGRÍN o PÉREZ MANZANO.

Y por último, y como complemento a éstas, estarían las por mí denominadas **teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo**, en las cuales no sólo se otorga relevancia a los conocimientos especiales del interviniente sino que además se emplean criterios de imputación distintos en función de la clase de dolo con

69 De la misma manera cabe calificar así los criterios de la adecuación social y profesional, o también los de la prohibición de regreso, la solidaridad con el injusto ajeno o de la referencia de sentido delictivo manejados por las teorías puramente objetivas, que hemos visto con anterioridad.

la que actúe el sujeto (dolo directo o dolo eventual). Este punto de vista se diferencia de las teorías subjetivas, en que no es el dolo directo el que traza la frontera entre lo punible y lo no punible, sino también otros criterios. Conforme a ello encasillamos esta teoría dentro de las teorías mixtas, pudiendo mencionar como autores que la defienden, entre otros, a AMELUNG, WOHLLEBEN o TAG, en Alemania, y entre nosotros, a GÓMEZ TOMILLO y LANDA GOROSTIZA, entre otros. Pero sobre todo, por encima de todos, destaca ROXIN, en quien fundamentalmente cabe personalizar este punto de vista.

a) *Adecuación social y profesional*

41. *Adecuación social.* En cuanto a la adecuación social, hay que decir que el finalismo, al contrario de lo que a primera vista pudiera parecer, no resuelve el problema de las acciones cotidianas tanto en el marco del tipo subjetivo, como en la categoría de la adecuación social como causa de atipicidad de la conducta.

Sin embargo, el criterio de la adecuación social como límite de la punibilidad de las acciones cotidianas ha sido criticado, con razón, por ser demasiado impreciso y carente de significado propio⁷⁰. En efecto, señalar la indeterminación de la adecuación social se ha convertido ya en un lugar común dentro de la crítica a la misma, pues la línea que separa lo socialmente adecuado y lo inadecuado es muy difusa, con el peligro que ello entraña

70 Entre otros muchos autores, véanse AMELUNG, FS-Grünwald (1999), 11; ESER, «“Sozialadäquanz”: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?», FS-Roxin (2001), 205 ss.; FRISCH, *Comportamiento típico* (2004), 257; HARTMANN, ZStW 116 (2004), 588; HASSEMER, *wistra* 1995, 81 s.; HEFENDEHL, «Der mißbrauchte Farbkopierer», Jura 1992, 377; JAKOBS, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der Strafrechtlichen Haftung für Begehung», ZStW 89 (1977), 4 s.; HIRSCH, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», ZStW 74 (1962), 133 ss.; IDEM, *LK*¹¹ antes § 32/29; ROXIN, «Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht», FS-Klug (1983), 313; IDEM, *AT I*⁴ § 10/41 s.; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht* (1986), 56; TAG, JR 1997, 52; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 202 s.; WOHLLEBEN, *Beihilfe dur äußerlich neutrale Handlungen* (1997), 157 ss.

para el principio de legalidad. Pero es que además la adecuación social tampoco tiene por qué ser un criterio decisivo a la hora de delimitar el espacio punible. Es cierto que una acción socialmente adecuada no debería ser punible, por atípica. Pero es posible que una acción socialmente inadecuada no sea punible. No hay sólo acciones socialmente aceptadas, por un lado, y acciones punibles, por otro, sino que en medio también hay muchas acciones que la sociedad no acepta, pero no son lo suficientemente graves como para ser consideradas relevantes para el Derecho penal. Por eso, la delimitación entre comportamientos adecuados o inadecuados socialmente no se puede equiparar a una delimitación entre acciones punibles y no punibles, esto es, entre acciones típicas y atípicas.

42. *Adecuación profesional.* En cuanto a la adecuación profesional, a pesar del loable intento de concreción de la idea de la adecuación, ha sido criticada, a mi modo de ver, también con acierto. Esta solución no puede ser correcta con carácter general, porque desde una perspectiva axiológica el fundamento del castigo de la conducta de un cómplice no varía por el hecho de que ésta, externamente, se corresponda con una “normal” actividad profesional⁷¹. Tal circunstancia la admite el propio HASSEMER cuando reconoce excepciones a la impunidad general de las conductas socialmente adecuadas si, en el caso concreto, las prestaciones que aportan están hechas “a la medida” de los planes del autor. Además, si estas conductas son o no adecuadas a la profesión en el fondo no se decide con base en criterios derivados de la propia actividad, sino en función de las normas penales generales. Lo contrario implicaría otorgar al Derecho penal un carácter accesorio respecto de lo dispuesto en normas extrapenales⁷².

Por otra parte, los partícipes que actúen en el marco de su profesión, no pueden ser tratados más que como cualquier otro

71 WEIGEND, RDPC 10 (2002), 203.

72 Así, TAG, JR 1997, 52. Le sigue entre otros, PÉREZ MANZANO, LH-Rodríguez Mourullo (2005), 818.

particular. La punibilidad de la complicidad a través de comportamientos profesionales no contradice el derecho constitucional al libre ejercicio de la profesión, porque el concepto de profesión de la Constitución no casa con actividades socialmente dañinas como pueda ser la facilitación de delitos⁷³. Como ha dicho ARTZ: “la participación en el asesinato no pertenece por principio a la actividad comercial habitual”⁷⁴.

En definitiva, la expresión «adecuación profesional» no sería más que el resultado de la valoración, pero no se estaría respondiendo a la cuestión de cuáles son las condiciones que justifican la impunidad de las conductas cotidianas⁷⁵.

b) *Teorías mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo*

43. *Principios decisivos*. En segundo lugar, dentro de las teorías mixtas se encuentran un gran número de autores que pretenden aplicar los criterios de la imputación objetiva a la participación, de tal modo que también las acciones cotidianas tienen que reunir la trilogía de la 1) creación de un riesgo, 2) jurídicamente desaprobado, que 3) se haya realizado en el resultado típico. Pero estos autores aplican la teoría de la imputación objetiva siguiendo el punto de vista ecléctico que hemos señalado, y dan entrada en la valoración de la conducta a los conocimientos especiales del interviniente en el delito ajeno.

Los principios que se manejan aquí son muy variados, y unos son de *signo teleológico*, como el incremento del riesgo o

73 Así, muy claramente, el BVerfG en el caso del Banco Dresdner. También críticos con el criterio de la adecuación profesional, entre otros, BECKEMPER, Jura 2001, 169; HARTMANN, ZStW 116 (2004), 589; NIEDERMAIR, ZStW 107 (1995), 540; ROXIN, AT II § 26/233 s.; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 204; WOHLLEBEN, *Beihilfe dur äußerlich neutrale Handlungen* (1997), 157-159.

74 ARZT, «Geldwäscherei — Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», NSTZ 1990, 3. También WOHLERS, ZStrR 117 (1999), 431.

75 Como afirma WEIGEND, la teoría de la adecuación social formula el problema, pero no su solución [RDPC 10 (2002), 202]. También, entre otros, PÉREZ MANZANO, LH-Rodríguez Mourullo (2005), 816.

la protección de bienes jurídicos, pero también de *signo eminentemente valorativo*, como puedan ser el riesgo no permitido, la ponderación de intereses o el principio de confianza.

44. *Valoración crítica*. Sin perjuicio de observaciones particulares, que ahora no es posible detallar, sí cabe formular alguna **valoración crítica** en torno a algunos criterios utilizados por estas teorías.

44a. En primer lugar, la toma en consideración de los **conocimientos especiales** que tenga el interviniente me parece correcta, y como ya se ha dicho, no por ello el juicio de relevancia dejaría de ser objetivo. Ahora bien, si admitimos que el nivel de riesgo permitido está en función no sólo de datos objetivos, sino también de subjetivos, no veo inconveniente en que junto a los conocimientos especiales, se pueda tener en cuenta también la intención con la que el partícipe actúe. Por eso, a mi juicio, esa circunstancia puede también influir en los criterios de imputación objetiva, que como veremos a continuación es el criterio que sostienen las teorías que yo he denominado diferenciadoras en el plano subjetivo.

44b. En segundo lugar, desde algunos ámbitos de estas teorías se ha otorgado a mi juicio excesiva relevancia al **cumplimiento de la normativa sectorial**. Es cierto que el cumplimiento de la normativa que regula el ámbito profesional en que se enmarca la actividad en cuestión supone, en principio, la presunción de su irrelevancia penal. Ahora bien, esa presunción, a mi modo de ver, no puede ser una presunción *iuris et de iure*. Y no lo puede ser por la sencilla razón de que el contexto al que se refiere esa normativa no tiene en cuenta circunstancias objetivas (conocimientos especiales y grado de tendencia, por ejemplo) que hacen que dichas reglas sectoriales no sean de aplicación. Estamos de acuerdo con PÉREZ MANZANO cuando afirma que no siempre y bajo cualquier circunstancia la conducta que sea profesionalmente adecuada debe calificarse como atípica. La razón estriba —según ella, y que personalmente también comparto— en que “las reglas de la profesión están pensadas y definidas de forma

genérica imaginando contextos neutrales en los que se inserta la actividad o el hecho concreto”⁷⁶. El cumplimiento de la normativa sectorial creo que es un indicio (muy importante, pero sólo un indicio) de la irrelevancia penal de la conducta, que admite prueba de cargo en contra.

Por otro lado, jurídicamente puede ser discutible que en caso de conocimiento seguro de la comisión delictiva ajena estemos en realidad ante un riesgo permitido, esto es, un riesgo no desaprobado jurídicamente. El **art. 7.2 CC** establece que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la **intención de su autor**, por su **objeto** o por las **circunstancias en que se realice** sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

Lo que se entienda por «límites normales del ejercicio de un derecho», ciertamente, puede ser una cuestión discutible, y es de lo que aquí se trata. Pero lo que no deja lugar a dudas este principio general es que uno pueda hacer “lo que le dé la gana”, aunque sea ejerciendo un derecho reconocido legalmente, y que pueda alegar que lo que luego suceda no es de su incumbencia, sino de la del otro. Todo tiene sus límites, y más los derechos. No hay ningún derecho que sea absoluto⁷⁷.

44c. Por último, estas teorías mixtas son **político-criminalmente** más convenientes, desde mi punto de vista, que las teorías puramente objetivas. Ciertamente, dentro de las teorías mixtas hay planteamientos muy heterogéneos. Algunos de ellos, como la postura de NIEDERMAIR, otorgan una protección muy extensa a los bienes jurídicos. Otros, en cambio, son más restrictivos,

76 *Ibidem*. “De modo que —continúa— un contexto situacional específico en el que se añade una circunstancia no imaginada para definir la regla de conducta adecuada, convierte la regla en inoperante” (819).

77 Otro límite jurídico podría encontrarse en el **art. 1.275 CC** según el cual los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno.

aproximándose en este punto a las tesis puramente objetivas, como el criterio del empleo exclusivamente delictivo de la contribución de STRATENWERTH o el parecido de RANSIEK de utilización al mismo tiempo legal o ilegal de la contribución, que excluirían indebidamente, a mi modo de ver, conductas de favorecimiento de una comisión delictiva ajena, especialmente en el ámbito de la llamada “moderna” delincuencia (delitos socioeconómicos, medioambientales, etc.).

Asimismo, y desde un punto de vista práctico, a las teorías mixtas no se les puede formular los reproches de vaguedad e inflexibilidad que habíamos formulado a ciertas construcciones objetivas (especialmente la de la «solidaridad» de SCHUMANN). Sin embargo, creo que si para la valoración correcta de la contribución hay que atender a las circunstancias del caso concreto, y el Derecho penal no juzga más que hechos concretos, una solución equilibrada de los mismos debería matizar aún más, en el sentido de las teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo, que paso a continuación a exponer.

c) Teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo.

45. *Criterio aglutinador.* Si tuviésemos que destacar algo que uniese a todos los autores que ofrecen una solución diferenciadora en el plano subjetivo, podríamos decir que el criterio aglutinador se encuentra alrededor de la finalidad objetiva de la aportación del cooperador.

Vuelve aquí a aparecer la idea de «referencia de sentido delictivo» con la que ahora se pretende aludir a la finalidad de la conducta del cooperador, esto es, la utilidad o fin que tiene la conducta del cooperador. La cuestión es cómo determinar esa finalidad delictiva de una conducta de cooperación.

Básicamente pueden detectarse dos formas en cómo emitir ese juicio acerca de la finalidad. Por un lado, la finalidad de una acción puede valorarse desde un punto de vista del autor en el caso *concreto*. Por otro lado, puede adoptarse también un punto de vista *general* o interpersonal. El primero sería el sostenido, entre

otros, por ROXIN. El segundo, entre otros, sería el que mantendría MEYER-ARNDT o RANSIEK.

46. *Opinión personal.* Personalmente me inclino por el criterio de ROXIN, por lo siguiente. Esa objetivización o generalización de la finalidad, a pesar del loable intento, sin embargo, no convence, porque no puede ser que el criterio decisivo para la relevancia penal de la conducta dependa de que la acción favorezca *exclusivamente* fines delictivos. No cabe imaginar una acción que no pueda utilizarse con fines delictivos y no delictivos al mismo tiempo. Hasta el más venenoso de los venenos tiene aplicaciones no delictivas, o como dice ROXIN: “incluso la entrega de un instrumento para asesinar, como una guillotina, no tiene por qué servir necesariamente para cometer un delito, sino que también puede tener fines académicos o expositivos”⁷⁸.

Esta crítica lleva a ROXIN a utilizar un criterio que atiende al sentido que la aportación tenga, no en general, sino para el autor del hecho.

47. *Referencia de sentido delictiva e inclinación reconocible al hecho.* La desaprobación jurídica de la contribución del partícipe, para ROXIN, va a girar en torno a la idea de la existencia de un sentido independiente de la aportación, pero no desde un punto de vista abstracto o general, sino desde un punto de vista concreto o particular. Para ROXIN no existen acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a la que sirve⁷⁹.

Para analizar la extensión del riesgo permitido en atención a la finalidad del acto, ROXIN entiende que hay que distinguir dos grupos de supuestos: según que el sujeto que realice la aportación conozca la decisión delictiva del autor, esto es, que actúe con *dolus directus*, o que solamente la considere como posible, esto es, con *dolus eventualis*.

78 ROXIN, FS-Tröndle (1989), 190. Así también, entre otros, AMELUNG, FS-Grünwald (1999), 13; HARTMANN, ZStW 116 (2004), 591; NIEDERMAIR, ZStW 107 (1995), 516 s.; TAG, JR 1997, 53.

79 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 515; IDEM, AT II § 26/231.

47a. Para la primera constelación de casos se afirma la complicidad punible cuando la contribución demuestre una clara **referencia de sentido delictivo**⁸⁰. Este es el caso —dice—, cuando la contribución es valiosa para el autor sólo desde la perspectiva del hecho delictivo planeado y el “contribuyente” lo sabe.

Por el contrario, **falta una referencia de sentido delictivo si la contribución favorecedora se refiere a una acción legal, que ya tomada por sí sola es útil y llena de sentido para el autor, pero que éste además convierte en presupuesto de una conducta delictiva independiente y apoyada en una resolución autónoma**⁸¹.

47b. Para el segundo grupo (dolo eventual) por regla general dicha punibilidad habrá que negarla en virtud del **principio de confianza**, dado que según el mismo se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos, pero sólo en la medida en que no exista en ellos una “inclinación reconocible al hecho”⁸².

Ahora bien, no basta un “aspecto sospechoso” apoyado en impresiones subjetivas para fundamentar una inclinación reconocible al hecho. Es necesario que existan concretos indicios de la probabilidad de una finalidad de utilización delictiva. Ello se daría, por ejemplo, si unos partícipes en una pelea callejera durante el transcurso de la misma entran a comprar armas en un comercio desde el que se puede divisar la pelea. Si aquí el vendedor puede contar con que las armas sean utilizadas en la comisión de un delito de lesiones, se le puede exigir responsabilidad por complicidad con *dolus eventualis* en estos hechos⁸³.

80 ROXIN, *LK*¹¹ § 27/17; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 513; IDEM, *AT II* § 26/221. En el manual aclara (n. 296) que para el desarrollo de su concepción de la referencia de sentido delictivo le han servido de ayuda las consideraciones de Ransiek, *wistra* 1997, 46.

81 ROXIN, *AT II* § 26/224 (negrita en el original).

82 ROXIN, FS-Tröndle (1989), 197; IDEM, *LK*¹¹ § 27/21; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 516; IDEM, *AT II* § 26/241.

83 ROXIN, *LK*¹¹ § 27/21; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 516; IDEM, *AT II* § 26/241.

La mayoría de los casos, sobre todo en los negocios comerciales de la vida diaria, van a ser de dolo eventual, porque raras veces el autor tiene una razón para revelar al partícipe sus intenciones. De este modo, con la aplicación del principio de confianza las acciones cotidianas ROXIN dejaría fuera del ámbito de lo punible muchos supuestos. Desde la perspectiva de la protección subsidiaria de bienes jurídicos ello se justificaría porque en estos casos de dolo eventual el dolo del partícipe no abarca un riesgo prohibido, por lo que falta entonces un ataque al bien jurídico⁸⁴.

d) *Valoración de estas tesis*

48. *Valoración positiva.* A mi juicio, las tesis que sostienen criterios de imputación distintos en función del nivel subjetivo con el que actúa el sujeto, y particularmente el planteamiento de ROXIN, son dogmáticamente más correctas y político criminalmente más convenientes.

He señalado varias veces a lo largo de esta exposición que la peligrosidad de una conducta para el bien jurídico no sólo depende de aspectos externos u objetivos, sino también de aspectos internos o subjetivos.

La solución no puede pasar más que por atender al contexto en el que se realice la colaboración, y dentro de ese contexto la conducta debe demostrar una clara referencia de sentido delictiva, lo cual implica que la ayuda prestada sea valiosa o útil para el autor desde la perspectiva del hecho delictivo planeado, y el cómplice lo sabe.

49. *¿Punto de vista del propio cómplice?* Se ha criticado a ROXIN, por parte de LÓPEZ PEREGRÍN, la perspectiva que adopta para valorar la existencia o ausencia de una finalidad autónoma en la aportación. ROXIN sigue el punto de vista del autor del delito. LÓPEZ PEREGRÍN, en cambio, entiende que hay la perspectiva a adoptar debe ser la del propio cómplice⁸⁵.

84 ROXIN, FS-Miyazawa (1995), 516; IDEM, AT II § 26/242.

85 LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1997, 272. “Las acciones —dice esta autora— que puedan ser calificadas

No comparto, sin embargo, este punto de vista, porque no juzgo correcto que la perspectiva del cómplice sea la que determine lo que está permitido o no. También una acción que tiene una finalidad autónoma para el comerciante, por ejemplo, puede tener, sin embargo, una clara referencia de sentido delictivo. No parece admisible que el cómplice se escude siempre en que su contribución al delito responde al ejercicio de su profesión⁸⁶. Ello significa incurrir de nuevo en el criterio de la adecuación profesional, que ya he señalado que no puede resultar decisivo en este punto.

Por otro lado, en un ámbito como el comercial o el profesional, en el que el carácter lucrativo de la actividad puede resultar extraordinariamente atractivo, la impunidad a que conduciría este criterio puede generar en algunos casos lagunas de punibilidad difícilmente tolerables.

Desde el punto de vista del cómplice puede tener una finalidad autónoma, por ejemplo, la concesión en préstamo por parte del director de un banco de una suma elevada de dinero, aunque sepa que el cliente pretende comprar grandes cantidades de drogas con ese dinero. Se trataría de un préstamo personal, con un alto tipo de interés, que genera importantes beneficios para el banco. Sin embargo, desde el punto de vista del autor, esto es, del cliente

desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo”.

86 LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito* (1997), 273. “La venta de ciertos insecticidas o venenos para animales (como matarratas) puede considerarse, por ejemplo, de utilidad social. Combatir determinadas plagas en las cosechas o eliminar pequeños animales molestos constituyen actividades necesarias en nuestra sociedad. Sin embargo, también es real el riesgo de que esos venenos sean utilizados para matar o lesionar a otras personas. Un mayor grado de riesgo puede determinar la exigencia de mayores precauciones en la venta de estos productos (no venderlos a menores, por ejemplo). Pero la entrega de éstos a cambio de un precio, cumpliendo los requisitos legales (a un mayor, en nuestro ejemplo), **constituirá siempre riesgo permitido**” (272-273, negrita añadida).

del banco, el préstamo sólo adquiere sentido desde la perspectiva del hecho delictivo planeado y el director del banco lo sabe. Por tanto, creo que habría que afirmar una clara referencia de sentido delictiva en este caso, y su contribución debería ser punible.

50. *Reglas de imputación distintas para las dos clases de dolo.* En cuanto a la diferenciación entre dolo directo y dolo eventual que hace ROXIN, se ha criticado que con ello se estarían reconociendo **consecuencias distintas entre las distintas clases de dolo**, que salvo los preceptos de la parte especial que sólo contemplan actuaciones con dolo directo, con carácter general, sin embargo, el Derecho penal (ni el alemán ni el español) conocen tal limitación. Y lo que es peor aún, al decidir la tolerancia penal de una conducta conforme a si se actúa con dolo directo o con dolo eventual nos llevaría a un peligroso “Derecho penal de la intención”⁸⁷.

Creo que esto último resulta excesivo, por cuanto que afirmar la complicidad punible por la causación favorecedora con dolo directo de un resultado típico (y además bajo el presupuesto de la referencia de sentido delictiva), satisface completamente los presupuestos de un Derecho penal del hecho⁸⁸.

Y en cuanto a la crítica del diferente trato punitivo que se da a las dos clases de dolo, creo que esa crítica sería válida si, como hacen las teorías puramente subjetivas (en particular la opinión de OTTO), sólo el dolo directo otorgase a la conducta cotidiana un contenido de sentido delictivo, excluyendo entonces del ámbito de lo punible el dolo eventual. Sin embargo, en las teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo, ello no sucede así. También el dolo eventual puede dar lugar a la punibilidad de la conducta, aunque en menor medida, es cierto. Y ¿por qué? Pues porque el propio significado objetivo de la conducta lo permitiría. La mayor

87 En este sentido, entre otros, FELJÓO SÁNCHEZ, *Límites* (1999), 55; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito* (2003), 64 s.; TAG, JR 1997, 51; WEIGEND, RDPC 10 (2002), 201; WOHLERS, ZStrR 117 (1999), 434; IDEM, NSTZ 2000, 170.

88 ROXIN, AT II § 26/245.

peligrosidad de una conducta dirigida por la intención permite rebajar el listón de la exigencia. La menor peligrosidad de la conducta realizada sólo con dolo eventual, no excluye, en principio, la sanción, pero la carga argumental de imputación deberá ser mayor. Son por tanto razones objetivas, y no sólo subjetivas, las que justifican una diferencia de trato, no en cuanto a la punibilidad, sino en cuanto a los criterios de imputación⁸⁹.

VII. Última consideración

51. Creo que el criterio de la inclinación reconocible al hecho en casos de dolo eventual puede venir delimitado por otro tipo de consideraciones de carácter valorativo. Es posible que en algunos casos, se produzca una colisión entre dos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, y que haya que proceder entonces a una ponderación de los mismos. Es posible que el incremento del riesgo para la lesión del bien jurídico quede contrarrestado por las ventajas que para *otros* bienes jurídicos protegidos ofrece la libertad de acción, y por eso no esté jurídicamente desaprobado.

En este terreno cabría aludir a la satisfacción de necesidades vitales, al asesoramiento jurídico por parte de abogados, al ejercicio de la libertad de información y de expresión, entre otros.

Este tipo de consideraciones creo que se tuvieron en cuenta, por ejemplo, y por citar un caso que se suele manejar

89 Todas estas críticas me recuerdan, salvando las distancias, las que se han dirigido hacia DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y el criterio por él sostenido en torno a la distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Véase la exposición que hace DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «¿Es necesaria la cooperación necesaria?», LH-Cerezo Mir (2002), 645 ss., en particular 659 ss. Con esto no pretendo pronunciarme a favor de su criterio de distinción entre ambas formas de participación punible, simplemente me parece que el criterio de la finalidad objetiva que utiliza ROXIN de atender al sentido que la aportación del cómplice tenga, no en general, sino para el autor del hecho, se haría merecedor de las mismas consideraciones.

en los trabajos doctrinales relativos a las acciones cotidianas: el «caso del burdel». Los hechos que se enjuiciaron consistían, básicamente, en el suministro de alimentos y bebidas alcohólicas a una casa de citas en la que se ejercía la prostitución de forma ilegal. El RG afirmó la complicidad por el suministro de vino, pero la negó para el suministro de pan, por entender que tan sólo las bebidas alcohólicas fomentaban específicamente el negocio de la prostitución.

O en el caso de los abogados en algunos supuestos es posible que su actuación comporte una colaboración en un delito contra la Administración de Justicia (por ejemplo, falso testimonio del cliente, acusación y denuncia falsas, obstrucción a la justicia, etc.). Sin embargo, es posible que el derecho a la tutela judicial efectiva, y en particular, el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado (art. 24 CE), pesen más que el interés en proteger la correcta Administración de Justicia.

O todavía más claro, en el ámbito de la libertad de información y de expresión, nuestro TC ha declarado en numerosas ocasiones que prevalecen frente al derecho al honor, y también en otros contextos delictivos⁹⁰.

52. Termino como empecé. La respuesta que se dé a la delimitación de la participación por medio de acciones cotidianas no puede ser simplemente lógico formal, sino deberán venir en consideración criterios teleológicos y, ulteriormente, valorativos en la reducción del ámbito de la tipicidad⁹¹.

90 Concretamente cabe resaltar la delimitación que el TC hizo conforme a criterios valorativos en el «caso Egin» (STC 159/1986), en que se absolvió de una apología punible al director de un periódico que publicó un comunicado de una banda terrorista. Sobre esta sentencia véase el comentario de MIRA BENAVENT, «El caso del diario “Egin”: Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de diciembre de 1986», ADPCP 1987, 517 ss.

91 Véase, entre otros lugares, TORÍO LÓPEZ, EPC t. X (1987), 384. Le sigue también su discípulo GÓMEZ TOMILLO, *Libertad de información y teoría de la codelinquencia* (1998), 436.