

**INTERVENCIÓN EN ACTIVIDADES
ECONÓMICAS ILÍCITAS Y CONDUCTAS
¿NEUTRALES?***

*Fernando Miró Llinares***

**1. De Perú a España (pasando por Alemania):
la problemática penal del asesoramiento de la
actividad económica**

**1.1. El caso "Duany" en Perú, y el caso
"Testaferro" en España**

En un reciente Auto de la Sala Penal Nacional de 8 de abril de 2009¹, se enjuició el comportamiento de un abogado que asesoró a los imputados en un proceso penal por lavado de activos en relación con el tráfico ilícito de drogas, así como el de otro sujeto que supuestamente participaba en el blanqueo de capitales. El Segundo Juzgado Penal Supraprovincial había declarado la no apertura del proceso contra Juan Manuel Duany Pazos porque, y la declaración empieza a ser más que significativa: "el Ministerio Público no cumplió de manera satisfactoria con acreditar que al tiempo de realizada la operación de transferencia de acciones en octubre de mil novecientos noventa y seis, el denunciado Duany Pazos **conocía efectivamente** que la actividad económica y el dinero de Luis Valdez Villacorta provenía del tráfico ilícito de drogas y en concreto, que la operación de compraventa de acciones era cubierta con dinero del narcotráfico". La fiscalía recurre en apelación basándose en que el imputado Juan Duany Pazos, como abogado y "en completa confabulación" con Luis Valdez Villacorta, participó en la acción de desplazamiento de "activos con fines de lavado", concretamente concertando y planificando con Luis Valdez Villacorta la forma de desplazar activos de una empresa a otra; y argumentando, respecto al otro imputado, Jhonny Jairo Bicerra

* Quiero aprovechar esta oportunidad para agradecer a Carlos Caro Coria, Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), y a Luis Reyna Alfaro, Director Académico, el permitirme participar en el número inaugural de esta revista a la que deseo todo el éxito.

** Profesor de Derecho Penal en la Universidad Miguel Hernández de Elche de Alicante, España.

¹ Exp. N° 945-08-C, Auto del caso Juan Duany Pazos y otro, señorías Talavera Elguera, Loli Bonilla, Vidal La Rosa Sánchez.

Ríos, que conformó con su padre una empresa que intervino en el presunto lavado, y que "al no haber aportado suma alguna para su constitución se presume que conocía de las actividades relacionadas al lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas". Frente a tales pareceres, la Sala Penal Nacional resuelve confirmando la resolución apelada y declarando "no ha lugar" a la apertura de instrucción contra los imputados por delito de lavado de activos, sobre la base de la ausencia de "prueba suficiente de la intervención de ambos sujetos en el delito".

La interesante argumentación de la resolución de este alto tribunal de Perú, comienza negando la existencia de un desplazamiento de activos y planteando entonces la pregunta de si la imputación de lavado de activos contra Duany Pazos se sustenta por la fiscalía únicamente por el hecho de haber actuado como abogado representante de Luis Valdez Villacorta. Esto, señala el tribunal, sería inaceptable, dado que "el desempeño de un rol dentro del riesgo permitido no genera responsabilidad penal"², no existiendo ninguna norma que le impusiera un control o el cumplimiento de alguna observancia con relación a transacciones sospechosas de clientes que constituían sociedades o transferían o compraban acciones. Viene a reconocer implícitamente el tribunal que Duany participó en la entrega de dinero a los accionistas a través de cheques de gerencia, pero considera que no hay indicios suficientes que señalen que Duany actuó con conocimiento de que dichas cantidades entregadas a quienes transfirieron sus acciones, provenían del tráfico ilícito de drogas. Además el tribunal "imputa" la ausencia de dicho conocimiento basándose en que para Duany Valdez Villacorta era un cliente del banco de crédito, la propia recomendación del imputado de que la transferencia de acciones se sometiese a la vigilancia de la Superintendencia de Administración Tributaria³, así como que la transferencia de acciones se había canalizado a través del circuito financiero formal, elimina, según la propia Corte Suprema de Perú, la presunción respecto al origen ilícito de los

² Fundamento quinto.

³ "lo que revela un comportamiento alejado de cualquier intención dolosa o que pretenda ocultar una transacción sospechosa", fundamento séptimo.

fondos⁴. En cuanto al otro imputado, Jhonny Jairo Bicerria Ríos, se señala que "la mera afirmación de que se presume que una persona conozca de las actividades ilícitas relacionadas al lavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, no es una conducta típica. "Los comportamientos típicos se encuentran previstos en los artículos 1, 2º y 4º de la Ley nº 27765, consistentes en convertir o transferir activos, realizar actos de ocultamiento y tenencia, u omitir de comunicar operaciones o transacciones sospechosas, ninguno de los cuales ha sido atribuido a Bicerria Ríos". Añade la resolución que "el sólo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona. Lo que se reprime no es el conocimiento de una operación de lavado, sino de una conversión, transferencia u ocultación de un activo conociendo o presumiendo su origen ilícito"; añadiendo que la aseveración de que alguien debía conocer el origen ilícito de un bien es la expresión de un proceder culposo, el cual no es típico en la legislación de lavado de activos de Perú⁵.

Pasando de uno a otro continente, en España son innumerables los casos de sujetos que han sido imputados sobre la base del posible conocimiento de su intervención en una actividad ilícita derivado del asesoramiento realizado por su actividad de gerentes bancarios⁶, asesores fiscales, abogados mediadores⁷, compradores⁸ o

⁴ Ejecutoria Suprema R. N. Nº 2202-2003 de 26 de mayo de 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

⁵ Fundamento noveno.

⁶ STS núm. 928/2006, de 5 de octubre.

⁷ STS núm. 928/2006, de 5 de octubre.

⁸ La SAP de Madrid núm. 95/2002, de 19 de abril, en la que se expresa que "la acción neutral y socialmente adecuada del recurrente no puede convertirse en un ilícito penal contra el bien jurídico (la Hacienda Pública) por el mero hecho de que el acusado conociera la posibilidad, más o menos elevada, de que el vendedor acabara incurriendo en una conducta fraudulenta. Tal posibilidad, o incluso probabilidad, no le impedía al acusado firmar la escritura pública con la persona que aparentaba ser un testaferro, ya que ello supondría imponerle un deber específico de obstaculizar la posible acción delictiva del autor dejando de suscribir la escritura. Tal limitación de la libertad del comprador en el ámbito del tráfico jurídico entendemos que no resulta acorde con el carácter fragmentario y

simples testaferros en relación con actividades económicas delictivas. Especialmente interesante, por su semejanza con la resolución resulta la STS núm. 34/2007, de 1 de febrero (ponente Enrique BACIGALUPO) en la que el TS admite parcialmente un recurso contra la resolución que condenaba como autor de un delito de blanqueo de capitales, llevado a cabo dolosamente, a quien actuó como testaferro en la compraventa de una finca con dinero procedente del tráfico de drogas. Aunque en este caso el interviniente no es un abogado que asesora, sino un sujeto que interviene como "falso comprador" poniendo su nombre en un negocio que sirve para blanquear activos, interesa la comparación de las dos resoluciones por los similares argumentos que una y otra utilizan. En el caso del Tribunal Supremo español, se parte de algo que no llega en ningún momento a acreditarse en los hechos enjuiciados en Perú: "que el recurrente supo que actuaba en un negocio de compraventa simulada". Siendo esta participación reconocida, y dado que la participación en un negocio jurídico simulado, en principio, no es por sí un hecho típico ni penalmente relevante, sino que "se le puede considerar un acto neutral desde el punto de vista penal", señala el Alto Tribunal español que lo que en consecuencia tenía que demostrarse para poder sancionarle como autor de un blanqueo de capitales doloso es "el conocimiento del acusado del origen del dinero". Al respecto, sin embargo, entiende el Tribunal Supremo que el recurrente no pudo tener un conocimiento del peligro concreto de realización del tipo (es decir, dolo) derivado de su información sobre los antecedentes penales de sus parientes para los cuales actuó como testaferro, pues éstos, como surge de los antecedentes de la sentencia recurrida, carecían en el momento del hecho de antecedentes penales, es decir, que su condición de traficantes de drogas, que habían obtenido el dinero en tales delitos, no era necesariamente conocida por el recurrente, lo que excluye la posibilidad de sostener que tuvo conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo. Esto supone, por tanto, la exclusión de su intervención

subsidiario del Derecho penal. Y es que, a fin de cuentas, el acusado actuó dentro de los márgenes del rol social del comprador, realizando una conducta que tenía un sentido social propio y legítimo, sin que pudiera en modo alguno contemplarse desde una perspectiva unívoca o inequívocamente delictiva".

dolosa en el blanqueo, pero no la impunidad, puesto que el sujeto no tomó "ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma", por lo que acaba condenando finalmente por una autoría imprudente al considerar que al actuar como testaferro, sin tener una explicación objetiva plausible de la simulación, es decir, fundada en causas manifiestamente lícitas, "el acto neutral deja de serlo, pues tiene una relación de sentido delictivo", y al entender que toda participación infringiendo el cuidado debido es constitutiva de autoría.

1.2. Del supuesto al dogma. Actividad económica, conocimiento y conductas neutrales

Evidentemente son muchas las diferencias que existen entre los casos que dan lugar a las dos resoluciones comentadas, pero ambos plantean una misma cuestión general: la de si existen conductas objetivamente neutrales en la actividad económica, comportamientos que, independientemente del conocimiento con el que se realicen por parte del sujeto, no van a dar lugar en ningún caso a responsabilidad penal por hallarse dentro de los márgenes de los riesgos permitidos o, en otra terminología de idéntico significado valorativo, dentro del marco de libertad organizativa definida por el rol adecuado. La teoría dogmática del delito imperante en la actualidad en todos los sistemas jurídico-penales de influencia germana como es el peruano y el español, parece querer afirmar claramente que sí. Al fin y al cabo un presupuesto esencial de la teoría de la imputación objetiva, tanto de la sostenida por ROXIN como de la sostenida por FRISCH y JAKOBS, es el que previamente a la valoración del dolo (conocimiento y voluntad) del sujeto, debe realizarse un juicio de "imputación" sobre si la conducta es o no objetivamente peligrosa, por lo que si un sujeto no supera la esfera del riesgo que a él le es permitido, no realizará ningún injusto independientemente de lo que conozca. Este dogma, sin embargo, ¿lo es sólo en la teoría o también se ve reflejado en la práctica judicial? El tribunal del caso Duany pese a admitir que el abogado había participado en la entrega de acciones que la fiscalía califica como procedentes del lavado, lo absuelve al no existir

"indicios suficientes que señalen que Duany actuó con conocimiento de que dichas cantidades entregadas a quienes transfirieron sus acciones provenían del tráfico ilícito de drogas"; por su parte, para la absolución del otro imputado se argumenta que "el solo conocimiento de actividades de lavado de activos no hace responsable del delito de lavado de activos a una persona", y en cambio el Tribunal Supremo español condena al testaferro por el delito imprudente de blanqueo de capitales que sí existe en el Ordenamiento Jurídico español pero no por el doloso dado que no considera probado "el conocimiento del acusado del origen del dinero". ¿Tiene o no tiene, entonces, el conocimiento que el sujeto tenga del significado de su intervención en relación con el injusto de otro alguna relevancia a la hora de la valoración de su intervención en el mismo? ¿Puede, como debe sostener la teoría de la imputación "objetiva", valorarse como contrario al rol o al riesgo permitido la conducta de un asesor jurídico, económico o de cualquier otro tipo, sin tener en cuenta lo que ese sujeto sabía al intervenir?

Tradicionalmente estas cuestiones se han tratado de resolver en relación con la participación en el delito. Aparentemente este no es el caso aquí, pues para todos los supuestos que estamos analizando la forma de intervención que se atribuye es la autoría. Pero digo aparentemente porque no hay que olvidar que el blanqueo de capitales (o lavado de activos) no es más que la tipificación expresa de la intervención postejecutiva en un delito, y que el injusto exige, por tanto, algo muy similar a lo que se exige para la cooperación necesaria o complicidad en el delito: realizar actos que ayuden a otro sujeto en relación con un injusto penal. Lo importante es que tanto en relación con la participación delictiva como en estos tipos, la duda es la misma: si es posible valorar la ilicitud del hecho teniendo en cuenta sólo el conocimiento, no teniendo en cuenta el conocimiento o teniendo en cuenta el conocimiento y algo más y, en este caso, en qué orden.

Para tratar de responder a ello acudiré al tópico penal de las "Neutrale Handlungen", también denominadas acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas

socialmente adecuadas, etc.⁹, y que constituyen un constructo doctrinal, una categoría creada ex profeso como ámbito o sector de actividad “en que se ilustraba con nitidez que no basta para integrar el tipo de complicidad con una mera elevación causal y dolosa del riesgo”¹⁰. El mismo, sin embargo, y como recuerda KINDHÄUSER, no sólo tiene valor como puzzle dogmático para una correcta situación de lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal, sino que se trata esta de una cuestión que tiene también gran importancia práctica en cuanto que concierne a las fronteras de la actividad permitida de categorías profesionales enteras, como puede ser la abogacía o la asesoría económica y financiera¹¹. De hecho, y como recuerda SCHÜNEMANN, la revitalización de esta discusión dogmática tuvo mucho que ver con el descubrimiento público del comportamiento de algunos bancos alemanes de transferencia a paraísos fiscales con la consiguiente posible complicidad en delitos tributarios. Es cierto, sin embargo, que la resolución de si existen o no conductas objetivamente neutrales, tiene repercusión en todos los delitos del Derecho penal económico y, en general, en toda la Dogmática penal al representar esta cuestión, en última instancia, la manifestación de un defecto sistemático del modelo teórico explicativo del delito imperante en la actualidad.

Al fin y al cabo, el objetivo de este artículo es el de buscar soluciones dogmáticas a lo que, en última instancia, es una tipología de comportamientos más que habitual en el marco de la actividad económica ilegal: la de quienes como abogados, asesores económicos o desde otras posiciones similares, dan información, asesoran o facilitan las actividades delictivas llevadas a cabo por otros sujetos. De lo que se trata es de analizar

⁹ ROBLES PLANAS, R. *La participación en el delito: fundamento y límites*. Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 31 y 32.

¹⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”. Comares, Granada, 2002, pp. 180 y 181.

¹¹ KINDHÄUSER, U. *Zum Begriff der Beihilfe*, en DANNECKER, G. / LANGER, W. / RANFT, O. / SCHMITZ, R. / BRAMMSEN, J. (HRSG.): *Festschrift für Harro Otto zum 70. Carl Heymanns, Köln, 2007*, p. 356.

qué es lo que puede convertir una conducta de asesoramiento jurídico, financiero o cualquier otra forma de cooperación con el delito de otro, en un injusto penal (de lavado de activos cuando se conviertan o transfieran activos, se realicen actos de ocultamiento y tenencia o se omita la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, o de complicidad en un delito cuando se facilite la realización del mismo por parte del autor).

2. Conductas neutrales e imputación objetiva

2.1. Aparición de las "Neutrale Handlungen" y primeros desarrollos: la búsqueda de la solución en la imputación objetiva

A principios de los años noventa, cuando la teoría del dominio del hecho ya parecía haberse impuesto en el pensamiento mayoritario de la doctrina y la cuestión de la distinción entre autor y partícipe comenzaba a verse algo más clara en Alemania, la teoría de la imputación objetiva, ya triunfante y reinante de muy diversas formas en el campo de la autoría, trató de continuar con su expansión apuntando hacia un campo del que apenas se había ocupado: la intervención delictiva a modo de participación¹². La concepción tradicional de la prohibición de regreso de FRANK apenas servía para limitar la intervención en el delito, y esto se manifestaba especialmente en una serie de supuestos hipotéticos, que aparecían con cierta frecuencia en la realidad, en los que el sujeto podía realizar una acción que, en circunstancias normales sería inocua pero que, utilizada por el autor doloso

¹² SCHÜNEMANN, B.: *Über die objektive Zurechnung*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1999, pp. 207 y ss., a partir de la referencia realizada por BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Comares, Granada, 2001, p. 29, nota 1). Y en sentido similar parecen situarse otros autores como AMELUNG, K. *Die «Neutralisierung» geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, en SAMSON, E./DENCKER, F./FRISCH, P./FRISTER, H./REIB, W. (HRSG.): *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*. Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 9, o NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 107, 1995, p. 508.

podía acabar siendo delictiva si el cooperador sabía lo que iba a realizar el autor. El taxista que lleva al pasajero a sabiendas de que éste matará a otro una vez haya llegado a su destino, o el mecánico de automóviles que repara el coche del conductor imprudente sabiendo que va a volver a actuar con negligencia o el sujeto que vende alimentos a otro sabiendo que los va a envenenar para matar a otro¹³; pero también nuevos comportamientos en relación con los delitos económicos como el del banco que transfiere un dinero al extranjero por orden del cliente sabiendo que es para defraudar impuestos¹⁴, todos los cuales podrían considerarse como conductas que, no estando caracterizadas en principio por tener sentido delictivo alguno, son “utilizadas” por un autor para la realización delictiva¹⁵.

El estudio de esas conductas, previamente puestas en la palestra doctrinal por VON BAR en el ámbito del encubrimiento¹⁶, y que vinieron a denominarse como “Neutrale Handlungen”¹⁷, empieza a proliferar a partir de entonces, primero en la doctrina alemana¹⁸ y posteriormente en la

¹³ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducido por Manuel CANCIO MELIÁ). Civitas, Madrid, 1996, p. 85.

¹⁴ El denominado caso del “Dresdner Bank”, más famoso caso de la jurisprudencia alemana y que ayudó, como se ha señalado anteriormente, a fomentar la literatura sobre la materia.

¹⁵ MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una Teoría de la intervención como partícipe en el delito*. Atelier, Barcelona, 2009, p. 64.

¹⁶ Así se preguntaba VON BAR si “estoy obligado, bajo amenaza penal (relacionada con el delito de encubrimiento), a dejar como está mi jardín después de haber sido pisoteado en una sangrienta pelea, o a dejar la puerta rota por los ladrones, hasta que la autoridad acuerde realizar una visita” (VON BAR, C.L. *Gesetz und Schuld im Strafrecht. T. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*. J. Guttentag, Berlin, 1907, p. 751).

¹⁷ Sobre las diferentes denominaciones utilizadas por la doctrina, acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas socialmente adecuadas, etc., véase ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 31 – 32.

¹⁸ Así, MEYER-ARNDT, L. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1989, pp. 281 y ss.; SCHÜNEMANN, B. *Über die objektive...*, ob. cit., pp. 207 y ss.; OTTO, H. *Beihilfe des Bankangestellten zur Steuerhinterziehung*, en *Zeitschrift für das*

gesamte Kreditwesen, 1994, pp. 775 y ss.; HASSEMER, W. *Professionelle Adäquanz*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1995, pp. 41 y ss.; LÖWE-KRAHL, O. *Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1995, pp. 123 y ss.; WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch neutrale Handlungen*. C.H. Beck, München, 1996; TAG, B. *Beihilfe durch neutrales Verhalten*, en *Juristische Rundschau*, 1997, pp. 49 y ss.; JÄGER, C.: *Der Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, pp. 161 y ss.; WOHLERS, W. *Gehilfenschaft durch «neutrale» Handlungen—Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1999, pp. 425 y ss., y WOHLERS, W. *Hilfeleistung und erlaubtes Risiko - zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, pp. 169 y ss.; NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit.; WEIGEND, T.: *Grenzen strafbarer Beihilfe*, en ESER, A. (HRSG.) *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 206; LÜDERSSEN, K. *Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung*, en SAMSON, E./DENCKER, F./FRISCH, P./FRISTER, H./REIB, W. (HRSG.): *Festschrift für Gerald Grünwald...*, ob. cit., pp. 340 y ss.; RANSIEK, A.: *Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen*, en AMELUNG, K. (HRSG.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 95 y ss.; AMBOS, K. *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, en *Juristische Arbeitsblätter*, núm. 32, 2000, pp. 722 y ss.; FRISCH, W. *Beihilfe durch neutrale Handlungen. Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe*, en PRITWITZ, C. ET AL. (HRSG.) *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 539 y ss.; AMELUNG, K. *Die «Neutralisierung»...*, ob. cit., p. 9 y RACKOW, P. *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008. En todo caso el gran pionero en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la cuestión de las conductas neutrales fue JAKOBS, con su trabajo JAKOBS, G. *Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 89, 1977, pp. 1 y ss.

española¹⁹, como auténtico campo de pruebas de las teorías sobre el límite mínimo de la participación. Al fin y al cabo une a estas teorías el que el sujeto que realiza el acto de favorecimiento “sabe” que su aporte va a servir para un comportamiento criminal²⁰, pero también el tratarse de conductas “a priori” irrelevantes para el Derecho penal, “neutras”, siendo precisamente el hecho de que ese sujeto que realiza aquello que no parece nada, tenga conocimiento, “más o menos seguro, más o menos fundado en datos -objetivables- del actuar delictivo del destinatario de la prestación en cuestión”²¹, lo que le da apariencia delictiva al comportamiento. El sujeto que vende el cuchillo, el que vende pan, el que traspasa unas acciones de un sujeto a otro o el que compra un piso, no hace nada que merezca un reproche penal, pero ¿y el que vende el cuchillo al que lo va a utilizar para matar a otro, o el pan que va a usar para envenenar a su mujer, o el que transfiere el dinero procedente del tráfico de drogas? ¿cambia la relevancia penal del comportamiento por el simple conocimiento que se tenga del significado del aporte?

Es, pues, esto lo que esencialmente se discute, lo que coloca estos casos en la mira del objetivo de la Dogmática penal: el que la conducta parece tener un significado si se ve en un sentido puramente objetivo (si es que esto es posible), concretamente un significado de irrelevancia penal, y otro diferente, esto es, de relevancia, si se analiza tomando en consideración lo subjetivo.

Lo cierto es que la Dogmática penal anclada en los pilares básicos de la teoría del injusto personal, tal y como nació con el finalismo, entendía la parte subjetiva como el lugar más adecuado donde restringir el ámbito de la tipicidad, en general, y para la participación en

¹⁹ Véase, BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit.; LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit.; ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit.; RUEDA MARTÍN, M.Á.: *Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso*, en *Revista Penal*, núm. 9, 2002, pp. 122 y ss.

²⁰ ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., p. 44.

²¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit., p. 9.

particular. La limitación de la punibilidad se afrontaba por FRANK mediante la enunciación de la prohibición de regreso, conforme a la cual ninguna condición que no fuera “conocida y libre (dolosa y culpable)”²², podía ser sancionada, y tanto la doctrina antigua como la jurisprudencia, anteriores a la toma en consideración de la teoría de la imputación objetiva, pasaban de largo del tipo objetivo y situaban el problema de las conductas neutras en el tipo subjetivo²³: bien entendiéndose en algunos casos que eran supuestos de ausencia de dolo y, por tanto, atípicos, o bien, como hacía el “descubridor” de las conductas neutras, entendiéndose que en estos casos era necesario el dolo eventual para que estuviéramos ante una inducción o complicidad punibles²⁴. Sólo en el caso de que el colaborador comparta el objetivo criminal, se le podrá entonces hacer responsable del mismo²⁵. No se trata, por tanto, de un mero conocimiento, sino de un conocimiento y una voluntad directos las que constituyen el injusto de participación conforme a esta concepción.

Cuando la doctrina replantea la cuestión de las conductas neutras es, pues, para revertir esa tendencia y para integrar en esta discusión en general, y en la teoría sobre la participación en particular, los avances dogmáticos de la teoría de la imputación objetiva. Es cierto que también surgen algunos pronunciamientos sobre la capacidad de una ampliación a la participación de la teoría de la adecuación social de WELZEL²⁶ para resolver los supuestos de conductas neutras²⁷, pero es sobre todo por medio de la

²² FRANK, R. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, J.C. B. Mohr, Tübingen, 1931 (18ª edición)*, p. 14.

²³ VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751.

²⁴ Así para VON BAR, la clave para diferenciar la participación punible de la no punible en tales supuestos de hechos estribaba en el deseo del sujeto respecto al éxito criminal (VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751).

²⁵ VON BAR, C.L. *Gesetz und...*, ob. cit., p. 751.

²⁶ Conforme a la cual, los comportamientos que se muevan en los márgenes del orden ético-social concreto deben quedar fuera del ámbito de tipicidad penal (WELZEL, H. *Studien zum System des Strafrechts*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 58, 1939, p. 493).

²⁷ Especialmente confiada en la capacidad de ese criterio para la solución en sede (en principio)

teoría de la imputación objetiva como se llega a la conclusión de que la limitación del injusto del partícipe no puede realizarse en el tipo subjetivo, sino que tiene que ser antes, en sede de tipicidad objetiva²⁸.

Así lo entiende JAKOBS, quien utiliza la imputación objetiva para cambiar el sentido de la prohibición de regreso y, desde una base normativa, superar el naturalismo infinito e indelimitable de la causalidad y tratar de establecer una línea límite hasta donde puede llegar la responsabilidad de los que colaboran con el autor del delito. A la hora de definir esa prohibición de regreso, pues, el dolo del sujeto no puede tener ningún valor²⁹, sino que será el

objetiva es RUEDA MARTÍN, M.Á.: *Consideraciones...*, ob. cit., pp. 122 y ss.

²⁸ Así lo entiende hoy prácticamente la doctrina mayoritaria. Así en Alemania, JAKOBS, G. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducido de la 2ª edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). Marcial Pons, Madrid, 1997; JAKOBS, G. *Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 253; FRISCH, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado* (traducido por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO). Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 232; FREUND, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*. Springer, Berlin, 2008 (2ª edición), pp. 257 y ss.; PUPPE, I. *Kommentierung der § 13 StGB*, en NEUMANN, U. /PUPPE, I./SCHILD, W. (HRSG.) *Nomos Kommentar, Nomos. Baden-Baden*, 1995, vor § 13, núm. 155; NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 y ss.; WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., pp. 121 y ss.; RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht -Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele-*, en *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 1997, p. 43; LÜDERSSEN, K. *Beihilfe, Strafvereitelung...*, ob. cit., pp. 340 y ss.; y ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?*, en KUHNE, H.H. (HRSG.) *Festschrift für Walter Stree un Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, p. 501, aunque con particularidades que después analizaremos. En España también es mayoritario tal parecer, sostenido, entre otros, por ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 74 y ss.

²⁹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 85 y 91: “las intenciones y los conocimientos de aquél que realiza la aportación son irrelevantes, del mismo modo que la omisión de alguien que no es

quebrantamiento del rol, bien sea aquél especial definido por las instituciones que configuran la sociedad, o bien sea el rol común de comportarse como una persona dentro del Derecho, el que marque el ámbito hasta el que puede retroceder la responsabilidad³⁰. Y en el caso del rol común la única forma de quebrantamiento es la organización, bien sea realizando una organización defectuosa actual (acción) o no eliminando el peligro ya insito en el ámbito de organización (omisión); y también es posible la organización conjunta con otros. Aunque la teoría de la prohibición de regreso de JAKOBS ha sido criticada por la mayor parte de la doctrina, no sólo su concepto de intervención sino, también el criterio del “sentido de realización típica” por su presunta vaguedad y su consiguiente incapacidad para solucionar los supuestos de hecho³¹, nadie en la doctrina le niega lo que ella supuso como ruptura total, quizás demasiado fuerte para la doctrina mayoritaria, como después se verá, con la idea de que es en lo objetivo donde tiene que solucionarse el problema de las acciones neutras. A partir de JAKOBS, pues, y de esa primera referencia al “sentido delictivo”, comienzan a proliferar los criterios objetivo-normativos que permiten situar básicamente en el tipo objetivo la razón por la que quien colabora con el autor va a responder como partícipe.

Así, y sin ánimo de exhaustividad, pueden destacarse el criterio de SCHUMANN de la solidarización del injusto ajeno, como criterio por el que se puede imputar objetivamente el delito del autor a quien hace suyo el hecho del autor³²; también el de HASSEMER³³, de la adecuación profesional, partiendo de la adecuación social y señalando que aquellos comportamientos realizados dentro del marco regulatorio del ámbito profesional de que se trate serán impunes aun cuando supongan el favorecimiento del delito

garante no se convierte en omisión de garante por el hecho de que se conozca una posibilidad segura de salvamento o por tener malas intenciones”.

³⁰ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 45 y ss.

³¹ Así, especialmente NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 – 510.

³² SCHUMANN, H. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1986, pp. 55 y ss.

³³ HASSEMER, W. *Professionelle...*, ob. cit., p. 81.

de otro³⁴; la infracción del principio de confianza, tradicionalmente utilizado en otros ámbitos, pero del que se sirve STRATENWERTH³⁵ para la solución de las conductas neutrales bajo el argumento de que aquella persona que no sepa que exista un motivo para que otra infrinja su deber y delinca, puede confiar en que así será y, por tanto, actuar conforme a su deber sin responder por las infracciones que hiciera el otro³⁶; la infracción del deber, en la versión de RANSIEK³⁷, que analiza la relación del cómplice con la víctima o con la comunidad a la que lesiona al apoyar conscientemente al autor; el resultado de favorecimiento efectivo del delito del autor de WEIGEND³⁸ que enlaza con la idea del incremento del riesgo³⁹; el propio criterio normativizado de la prestación de ayuda tal y como lo utiliza KINDHÄUSER⁴⁰, o el de la referencia de sentido inequívocamente delictiva (o referencia de sentido delictivo), utilizado por muchos autores pero especialmente bien desarrollado por FRISCH⁴¹. Todos ellos vienen a ser, en última instancia, especificaciones de la idea de que es posible encontrar un criterio objetivo, independiente del conocimiento del sujeto, que haga que el hecho sea injusto. Lo cierto, sin embargo, es que la concreción de estos y otros criterios por parte de la doctrina no parece seguir tal postulado como se verá a continuación.

³⁴ Para otras referencias de autores que siguen el criterio de la adecuación profesional véase ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., p. 97, nota 77.

³⁵ STRATENWERTH, G./KUHLEN, L. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*. Carl Heymanns, Köln, 2004 (5ª edición), p. 298.

³⁶ STRATENWERTH, G./KUHLEN, L. *Strafrecht...*, ob. cit., p. 298.

³⁷ RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 42.

³⁸ WEIGEND, T. *Grenzen strafbarer...*, ob. cit., p. 206. Lo relevante es, por tanto, el desvalor de resultado desde la perspectiva del autor: si la prestación ha servido realmente a la realización del delito por parte del autor.

³⁹ Así, BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 95.

⁴⁰ KINDHÄUSER, U. *Zum Begriff...*, ob. cit., pp. 355 y ss.

⁴¹ Es el caso de FRISCH, W. *Comportamiento típico...*, ob. cit., p. 300.

2.2. Lo “subjetivo” oculto en las teorías aparentemente objetivas

Si partía de afirmar que la mayoría de la doctrina considera como un “problema de imputación objetiva” el de la limitación de la participación punible, afirmo ahora que sin embargo, también la mayoría de la doctrina parte de valorar el conocimiento que el partícipe tuviera del significado de su aportación para el autor a la hora de interpretar los criterios “objetivos” defendidos. Esto que a todas luces, desde los principios puros de la teoría de la imputación objetiva, podría ser visto como un “error metodológico”, ha acabado casi por generalizarse aunque de muy diferentes formas, desde quienes reconocen expresamente que el dolo es esencial en la valoración “objetiva” del comportamiento, hasta quienes sólo implícitamente toman en consideración el conocimiento del partícipe para la valoración de la peligrosidad de su conducta.

Entre los primeros podríamos situar a quienes como ROXIN parten de considerar el conocimiento seguro o probable (dolo directo o eventual) del plan delictivo del autor para valorar su aportación como participación punible⁴². Para este autor, una conducta tendría una referencia de sentido delictiva cuando no posee ningún otro sentido *para el favorecido*, que el de colaborar en el delito del autor⁴³. Y aunque ROXIN diga partir de la teoría de la imputación objetiva para solucionar la cuestión de los límites de la participación punible⁴⁴, de donde parte, a la hora de diferenciar los criterios exigibles a las conductas, es decir, si la conducta del cooperador es dolosa directa o dolosa eventual, esto es, de si el cooperador tiene o no un conocimiento seguro de que su favorecimiento va a servir para la

⁴² Véase también, en sentido similar, OTTO, H. *Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmässigen Verhaltens*, en *Juristische Zeitung*, 2001, pp. 443 y ss.

⁴³ ROXIN, C. *Leipziger Kommentar*, Berlin, 2003 (11ª edición), § 27, núm. 17, y también, ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?...*, ob. cit., p. 513. En sentido similar LÓPEZ PEREGRÍN, Mª.C. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 272 (aunque la autora utiliza los términos: finalidad autónoma de la aportación, y aunque para la autora la referencia la da el partícipe y no el autor).

⁴⁴ ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 22.

realización delictiva del autor⁴⁵. En el primer caso añade como requisito “objetivo” la referencia de sentido delictivo⁴⁶, esto es, la voluntad objetivada, y en el segundo, cuando el sujeto sólo sabe de la posibilidad de que su contribución sea utilizada para un hecho delictivo, entonces regirá la impunidad por el principio de confianza⁴⁷ sólo rota cuando concurra la presencia de otro requisito, la existencia de una “reconocible tendencia hacia el hecho”⁴⁸.

Si bien gran parte de la doctrina ha criticado la configuración de ROXIN por partir del diferente dolo a la hora de valorar⁴⁹, lo cierto es que son muchos los autores que, con otras

⁴⁵ ROXIN, C. *Was ist Beihilfe?...*, ob. cit., p. 514. También se suma a esta diferenciación entre los casos de conductas neutrales, según se actúe con dolo directo o dolo eventual, GEPPERT, K. *Die Beihilfe (§ 27 StGB)*, en *Jura*, 1999, p. 273, y, con una argumentación diferente reconociendo la ubicación del problema en la imputación subjetiva, THEILE, H. *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, Peter Lang, Frankfurt am Main/New York, 1999, p. 105. Sumándose a la posición de ROXIN de la teoría de la participación accesoria en THEILE, H. *Tatkonkretisierung...*, ob. cit., p. 43.

⁴⁶ ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21. Cuando el comportamiento no tiene otro sentido para el autor en un contexto no delictivo, entonces la prestación tiene sentido de referencia delictiva.

⁴⁷ ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21.

⁴⁸ ROXIN, C. *Leipziger Kommentar...*, ob. cit., § 27, núm. 21.

⁴⁹ Así, entre otros en nuestra doctrina, FEJOO SÁNCHEZ, B.J. *Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* Comares, Granada, 1999, pp. 40 – 41 y BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 74., por considerar contrario a la sistemática que marca la teoría de la imputación objetiva tal forma de proceder. En contra de estas críticas LANDA GOROSTIZA, con su tesis ROXIN no sustituye el juicio de imputación objetiva por el conocimiento sino que este “lo moldea, y máxime en el caso de los supuestos de aparente neutralidad en que dicho conocimiento resulta clave para poder tener noticia de la realidad subyacente”. LANDA GOROSTIZA, J.M. *La complicidad delictiva...*, ob. cit., p. 184. En sentido similar, AMBOS, K. *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*. UNED, 2ª época, nº 8, Madrid, 2001, p. 382.

argumentaciones, toman en consideración el conocimiento del partícipe del plan delictivo del autor dentro del juicio de “imputación objetiva”. Así ocurre con el planteamiento de NIEDERMAIR⁵⁰, quien desde la idea del ataque accesorio al bien jurídico protegido y la exigencia de que el partícipe realice un riesgo no permitido que se concrete en la contribución con el delito del autor, entiende que el conocimiento de la finalidad delictiva convierte la aportación del autor en peligrosa⁵¹; o con el de RANSIEK⁵², quien desde la idea de la infracción del deber como elemento general a todos los injustos, incluido el de participación, establece en muchas de las categorías de casos, que él analiza por separado⁵³, como condición determinante el conocimiento que el sujeto en la situación cotidiana o profesional tenga de que su aporte servirá, con seguridad, a la realización por otro de un delito⁵⁴, resultando así, el conocimiento como indicador del sentido social, intersubjetivo, de la conducta que, cuando lo que indique sea el sentido de contribución segura de un delito, dará lugar a la responsabilidad por participación⁵⁵.

Entraríamos aquí pues en el ámbito argumentativo de otro sector doctrinal que ha tratado de explicar la necesidad de tomar en consideración los conocimientos que tuviera el partícipe respecto al significado de su aportación al autor, mediante la teoría de los conocimientos especiales, conforme a la cual el juicio sobre la peligrosidad “ex ante” del comportamiento, debe hacerse tomando en consideración los conocimientos que, por su especial posición o por cualquier otro condicionamiento personal, tuviese el sujeto. En este sentido se manifiesta WOHLLEBEN en Alemania, cuando señala que la imputación objetiva debe tener en cuenta los conocimientos del autor⁵⁶. De este modo, el

⁵⁰ NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 509 y ss.

⁵¹ NIEDERMAIR, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., pp. 534 y ss.

⁵² RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., pp. 42 y ss.

⁵³ Véase también el análisis de la posición de RANSIEK que realiza BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., pp. 83 y ss.

⁵⁴ RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 44.

⁵⁵ RANSIEK, A. *Pflichtwidrigkeit...*, ob. cit., p. 44.

⁵⁶ WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 109. En sentido similar, recientemente, RACKOW, P.

partícipe también debe realizar un riesgo jurídicamente desaprobado, lo cual se analizará conforme al juicio de peligrosidad “ex ante”, valorando el comportamiento desde la perspectiva de un observador objetivo dotado de las reglas generales de la experiencia y de los conocimientos especiales del autor⁵⁷. No se trata por tanto, de partir del dolo directo o eventual, sino de valorar primero el comportamiento del partícipe como socialmente beneficioso o perjudicial tomando en consideración el conocimiento que tuviera el sujeto del significado del hecho, pues cuanto más seguro es el perjuicio social, mayor es la desaprobación del comportamiento⁵⁸. Así cuando se prevea con seguridad que el autor realizará el delito con su aportación, tal comportamiento se considerará participación punible, y también cuando el sujeto tenga conocimiento de la inclinación al delito por parte del autor⁵⁹. Si el conocimiento no es seguro, la falta de previsibilidad elimina la punibilidad de la participación.

Por último hay un sector doctrinal que parece mantenerse firme en la concepción de que la resolución de las conductas neutrales se debe situar en el tipo objetivo y de que, en el mismo, el conocimiento del plan delictivo del hecho principal, y menos la finalidad del partícipe con su aportación, no deben adquirir una relevancia significativa. Básicamente a partir de las aportaciones de JAKOBS, de aquélla que defiende que la valoración sobre la adecuación social de las conductas debe realizarse no desde lo que sabe o quiere el sujeto, sino desde lo que su posición social (rol) le obliga a saber⁶⁰, considera este sector frente a lo sostenido por la doctrina mayoritaria, que no es aceptable formar la base del juicio de adecuación incluyendo aquello que, por sus conocimientos especiales o el propio azar, no tenía deber de saber, pues supondría romper el

Neutrale Handlungen..., ob. cit., pp. 125 – 126, señala que el juicio de imputación objetiva no sólo puede realizarse con elementos objetivos, sino que debe partir de los conocimientos especiales del partícipe.

⁵⁷ BLANCO CORDERO, I. *Límites a la participación...*, ob. cit., p. 150, nota 14, y pp. 159 y ss.

⁵⁸ WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 127.

⁵⁹ WOHLLEBEN, M. *Beihilfe durch...*, ob. cit., p. 127.

⁶⁰ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 64.

sentido y función limitadora del juicio de imputación objetiva: “el conocimiento lo marca el deber, pues el conocimiento sin el deber de conocer sería un elemento del delito ajurídico, al estar definido de manera totalmente psicológica”⁶¹. Es el estándar del deber, en el caso de JAKOBS derivado del rol⁶², el que define el conocimiento, por lo que para JAKOBS y otros autores⁶³ el conocimiento y el rol quedan vinculados por medio del deber de no abandonar determinados estándares: “el autor es garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares de seguridad habituales”⁶⁴; también cuando el sujeto ajusta su propio comportamiento de rol a sus conocimientos⁶⁵; y en el marco de la competencia institucional, el garante no puede excluir unos determinados conocimientos de su rol como especiales⁶⁶. En todo caso, y por la propia función de garantía que lleva aparejado el ejercicio de un rol de posibilitar los contactos sociales⁶⁷, “es el rol correspondiente lo que determina el contenido

⁶¹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 66.

⁶² Sobre la significación del rol en JAKOBS, véase JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 9 y ss. Se adscribe a esta idea pura “jakobsiana” POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva: esencia y significado*, en KINDHÄUSER, U. /POLAINO-ORTS, M. /CORCINO BARRUETA, F. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2009, pp. 19 y ss.

⁶³ Véase, en este sentido también, en la doctrina peruana CARO JOHN, J.A. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley, Lima, 2009, pp. 71 y ss., así como en CARO JOHN, J.A. *La impunidad de las conductas neutrales*, en VV.AA. *El Derecho penal contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*, t. I. Ara Editores, Lima, 2006, p. 346, cuando señala que “el conocimiento que se imputa no es aquél de la conciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción”.

⁶⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 67.

⁶⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 68 – 69. Véase también en JAKOBS, G. *Über das Regressverbot im Strafrecht*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 76, 1964, p. 426.

⁶⁶ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 69.

⁶⁷ Así, también, POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva...*, ob. cit., p. 75.

de los deberes, y no un arsenal de peculiaridades individuales”⁶⁸. Aplicado esto a la participación en el delito supone que no porque el panadero sepa que se va a envenenar el pan cambia la valoración del comportamiento del sujeto de, sobre la base de su deber (rol), vender pan. Las conductas neutrales pues, como expresión del cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social, estarían dentro “del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico penal”⁶⁹.

Resulta significativo sin embargo, cómo resuelve JAKOBS uno de los casos que más ha dado de qué hablar, el del vendedor de cuchillos y el homicida que entra con su víctima a comprar el arma letal⁷⁰: en un contexto normal la venta de un cuchillo a otro, aun sabiendo el mal uso que piensa realizar con él el autor, no hace nacer la complicidad, pero si a quien se vende es no sólo a un comprador de cuchillos sino a un homicida (porque el sujeto entra con la víctima), entonces el conocimiento es relevante y el que vende deja de hacerlo en su rol y pasa a hacerlo como cómplice de homicidio⁷¹. “Así, por ejemplo, si alguien llega a una ferretería arrastrando a alguien de forma violenta y con golpes y dice que quiere comprar un cuchillo, la entrega del cuchillo ya ha perdido todo sentido que no sea el de facilitar la comisión de un delito”⁷². Para JAKOBS, porque un contexto marcadamente delictivo puede influir en un comportamiento que estaba estereotipado como correcto para que, incluso, deje de serlo⁷³.

⁶⁸ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 70.

⁶⁹ CARO JOHN, J.A. *La impunidad de...*, ob. cit., p. 368.

⁷⁰ JAKOBS, G. *Beteiligung*, en DÖLLING, D. (HRSG.) *Jus Humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrechts. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin, 2003, p. 566; sobre el mismo véase el análisis, crítico en cuanto a la solución planteada por JAKOBS, de ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 84 y ss.

⁷¹ JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566.

⁷² JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566.

⁷³ JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566. Esto ya lo había puesto de manifiesto JAKOBS anteriormente con un ejemplo similar, aunque no idéntico: “la venta de una pala en una tienda para artículos de jardinería es algo inocuo, pero si delante de la tienda

Esto es lo que llama JAKOBS “contexto caótico”, aquél en el que los roles no desempeñan su función aseguradora de forma efectiva y en el que por tanto, ya no rigen las reglas de imputación basadas en éstos⁷⁴, con lo cual, sin embargo, está dando entrada JAKOBS en la valoración del si el comportamiento del sujeto se realiza en el marco de las competencias definidas por su rol, a la realidad desde la perspectiva del agente, pues ¿Cómo se puede decir que: “no es lo mismo que alguien solicite de otro la realización de un delito o que sólo cuente que una casa carece de vigilancia, que alguien explique cómo puede neutralizarse el personal de vigilancia de un banco o meramente el funcionamiento de una cerradura común, que alguien establezca una ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad, que alguien venda un juego de llaves de reserva o sólo un destornillador, que alguien sierre, como se le ha dicho, un trozo del cañón de una escopeta o que lo haga de una vulgar barra de hierro, que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi, etc.”⁷⁵, sin afirmar que en el estándar se está situando al propio agente con su conocimiento concreto⁷⁶. JAKOBS se situaría

se está desarrollando una violenta pelea e irrumpen en aquella personas que participan en esta, estando ya heridas, y requieren que se les de rápidamente una pala, puede que ello sea distinto” (JAKOBS, G.: *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 92). Al respecto señala que “aquello que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado” (JAKOBS, G.: *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 92).

⁷⁴ JAKOBS, G. *Beteiligung*, ob. cit., p. 566. Véanse las atinadas críticas a la argumentación de Jakobs sobre los contextos caóticos de ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...*, ob. cit., pp. 85 y ss.

⁷⁵ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 91

⁷⁶ Pues lo que no dice JAKOBS, pero se sobreentiende, es que tal valoración que él hace de los supuestos enunciados en primer lugar, parte de que el que explica la neutralización del personal de vigilancia no lo hace en un curso de defensa personal y a un agente de banco, que el que establece una ruta de huida lo hace de un robo y se lo comunica a los ladrones, que el que vende un juego de llaves de reserva no las transmite a ningún

pues, entre los autores que expresamente niegan la relevancia del conocimiento del partícipe para la valoración de la significación de su comportamiento, pero que implícitamente no renuncian a partir precisamente de lo que el sujeto en concreto sabe.

En sentido similar entiende FRISCH que en los casos de resolución delictiva cognoscible, parece objetivamente no realista confiar para la protección de bienes en la motivabilidad del tercero⁷⁷. Por tanto, añade FRISCH, en esos casos, “hay que recurrir a aquellas personas que favorecen o incluso posibilitan el comportamiento delictivo del –probablemente ya- decidido o propenso a perpetrar el delito”⁷⁷. Por eso, dice el autor, no se puede tratar del mismo modo el reintegro del patrimonio a un cliente decidido a cometer un delito menor de evasión de divisas por parte del empleado del banco (que lo sabe), que la devolución de un objeto idóneo para matar al propietario en el preciso instante en que éste se encuentra golpeando brutalmente a la víctima y está dispuesto a llegar al final⁷⁸ porque en este tipo de casos la libertad de obrar del tercero puede verse sacrificada, al modo de un estado de necesidad, en beneficio de la protección de bienes⁷⁹.

Puede decirse, por tanto, que la doctrina es prácticamente unánime al considerar que no es posible construir el juicio de adecuación social del comportamiento o la valoración sobre la realización de un riesgo jurídicamente

legítimo propietario ni por orden suya, el que sierra un trozo de cañón de escopeta lo hace para alguien que pretende disparar a otro, y el taxista espera, en efecto, a un delincuente, pues si el no sabe que lo es, entonces sigue estando en el margen de su servicio. ¿O es que si fuera lo contrario de lo que yo creo que asume JAKOBS, él consideraría que si hay entonces imputación?

⁷⁷ FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 287.

⁷⁸ FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 332.

⁷⁹ FRISCH, W.: *Beihilfe durch neutrale...*, ob. cit., p. 548; también, FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 334. Véanse las críticas llevadas a cabo por ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...*, ob. cit., pp. 84 y ss., y mis comentarios al respecto en MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., p. 82.

desaprobado, desde bases absolutamente objetivas, y que esto es, a su vez, compatible con la afirmación de que el conocimiento del sujeto adquiere relevancia siempre que vaya unido a un comportamiento que pueda ser valorado como la intervención en un delito a modo de participación. El conocimiento no hace el hecho, pero la valoración del hecho exige partir de lo que el sujeto conocía. Al menos eso parece pensar la doctrina aunque se empeñe en decir muchas veces lo contrario.

2.3. Recapitulación y replanteamiento de la cuestión: Imputación ¿objetiva?

El análisis de la literatura doctrinal sobre las conductas neutrales nos muestra que lo realmente relevante no es tanto la determinación de qué criterio interpretativo debe imperar como si el mismo se debe aplicar al hecho realizado por el sujeto con sus conocimientos concretos o al sujeto estandarizado conforme a sus propios deberes. La cuestión de la limitación de la participación punible no hace, pues, más que transportar la problemática tradicional de qué elementos, objetivos y/o subjetivos, hacen el hecho injusto. En este caso la cuestión a resolver es si es posible, o no, valorar el comportamiento (como peligroso, aunque sea mediatamente) del partícipe, sin atender al conocimiento que él tuviera (o que a él pudiera imputársele) de lo que estaba haciendo: se puede sostener que la valoración del riesgo se debe hacer desde el contexto social concreto y desde la organización conjunta con el autor y que, por tanto, la valoración de la participación debe realizarse desde los conocimientos del partícipe de lo que su aporte implica para el proceso de organización conjunta con el autor; como también se puede defender la idea de que la valoración del riesgo se debe hacer desde el contexto social concreto y desde la organización conjunta con el autor y defender que tal contexto venga definido por los deberes generales establecidos para los sujetos en el marco de sus roles organizativos e institucionales y que, por tanto, se valore desde lo que se debe saber y no desde lo que se puede realmente conocer pero no se tiene obligación de saberlo. Con la primera opción parece correrse un riesgo: que circunstancias extrañas a lo obligado socialmente que definan en el sujeto un peculiar saber más allá del general, definan un ámbito de

injusto mayor que el que se delimitaría por lo que un sujeto está obligado a conocer y que, por tanto, acabe sancionándose no por lo que uno hace sino por lo que uno sabe, pues de no haberlo sabido, su actuar sería diferente. Con la segunda opción parece correrse otro riesgo: que se construya erróneamente el contexto desde el que realizar la valoración social al no poderse definir lo realizado únicamente desde una perspectiva objetiva general sin considerar parte de lo subjetivo.

Como hemos visto la doctrina opta, prácticamente de forma unánime, aunque no de forma expresa, por la primera opción, esto es, por integrar a la persona con sus conocimientos concretos como sujeto desde el que valorar el hecho. Lo hace sin embargo, afirmando resolver en sede de imputación objetiva los supuestos de conductas neutrales, si bien haciendo depender, en mayor o menor medida, la peligrosidad, o el sentido social delictivo, o la infracción del deber o, en definitiva, la relación de “imputación objetiva”, de un elemento subjetivo, concretamente del conocimiento que tenga el partícipe de la probabilidad de realización delictiva del autor en el momento de realizar su contribución. Esto no tendría por qué suponer un problema si no fuera por la vigencia del dogma de la separación entre tipicidad objetiva y tipicidad subjetiva, y la supuesta preponderancia de la primera en la actual sistemática del injusto penal imperante en la doctrina.

En el fondo de todo, pues, late una complicación metodológica no bien resuelta por la teoría del injusto resultante de la adopción de la teoría de la imputación objetiva mediante el tópico de los conocimientos especiales, cual es la de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo dentro del injusto penal. Es el momento de resolver esta cuestión y, con ello, de resolver la problemática de las conductas neutrales.

3. ¿Es objetiva la imputación en Derecho penal?

3.1. La imputación "no tan objetiva": el dogma de los conocimientos especiales

No sólo desde el finalismo, en ocasiones con argumentos trasnochados basados en una

metodología ontologicista, se ha puesto en duda la ordenación de la imputación objetiva como juicio anterior al de la existencia de dolo o imprudencia, también lo han hecho muchos otros autores identificados claramente en el normativismo pero a quienes les resulta imposible el poder realizar un juicio de valoración de la peligrosidad del comportamiento sin partir del conocimiento de la persona⁸⁰. Quien con más claridad, a mi parecer, ha formulado los problemas sistemáticos que la separación entre tipicidad objetiva y subjetiva plantea a la teoría de la imputación objetiva, ha sido KINDHÄUSER, quien señala que no resulta útil la utilización, para valorar la peligrosidad del comportamiento, de la figura de un observador ficticio construido “ex post” de conformidad con determinadas representaciones de adecuación: “que una persona distinta del autor se hubiera comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente”⁸¹. Al fin y al cabo, “el Derecho penal no trata del juzgamiento del curso del mundo, sino sólo de la pregunta de si una persona ha de hacerse cargo de la producción de un determinado daño por el hecho de que ella hubiese podido y tenido que evitarlo bajo el motivo dominante de seguir la norma”⁸², y dado que el destinatario de la norma sabe, ni más ni menos, aquello que sabe, y tiene que decidir cómo actuar sobre la base de este saber, “sólo este saber puede ser determinante para la pregunta de si el autor se ha comportado de la manera en que debería y podría esperarse de él como destinatario de la norma fiel a Derecho en la situación concreta”⁸³. Esto se apoya en la idea, defendida cada vez por un mayor número de autores, incluso de entre los defensores de la teoría de la imputación objetiva, de que la valoración de un hecho como injusto no puede realizarse sin tener

⁸⁰ Véase sobre todas estas posiciones, MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 100-116.

⁸¹ KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo*, en KINDHÄUSER, U. /POLAINO-ORTS, M./CORCINO BARRUETA, F. *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2009, p. 19.

⁸² KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 30.

⁸³ KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 29.

en cuenta a la persona libre, la única que puede decidir, o no, someterse al mandato normativo⁸⁴.

Los problemas de esta idea de imputación, como atribución de sentido, objetiva, han llevado a un sector mayoritario de sus defensores a la modificación o matización de alguno de sus presupuestos esenciales. En efecto, ROXIN admitió pronto la necesidad de hacer depender la realización del tipo objetivo de factores subjetivos⁸⁵ y hoy es mayoritaria la integración del conocimiento del autor en el estándar de valoración objetiva de la conducta, realizada por medio de los denominados conocimientos especiales⁸⁶. Han sido muchos los autores que han tratado de explicar esta toma de consideración de ¿lo subjetivo? en el tipo objetivo, y de entre todas las argumentaciones destaca, a mi parecer, la

⁸⁴ En este sentido, y muy especialmente con respecto a la participación, RENZIOWSKI, J. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, pp. 240 y ss.

⁸⁵ Así en ROXIN, C. *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, en *Chengchi Law Review*, vol. 50, 1994, pp. 233 y ss. En todo caso es especialmente significativo en este sentido su trabajo, ROXIN, C. *Finalität und objektive Zurechnung*, en DORSEIFER, G. /HORN, E. /SCHILLING, G. /SCHÖNE, W. /STRUENSEE, E. /ZIELINSKI, D. (HRSG.) *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1989, pp. 250 y ss., o en ROXIN, C. *Finalidad e imputación objetiva*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 40, 1990, pp. 131 y ss., (donde el profesor de Munich responde a los trabajos de KAUFMANN, Arm. «Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?, en VOGLER, T. /HERMANN, J. (COORDS.) *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Duncker & Humblot, Berlin 1985, pp. 251 y ss., y STRUENSEE, E. *Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts*, en *Juristen Zeitung*, 1987, pp. 53 y ss.), reconociendo ya que la realización del tipo objetivo “posiblemente y en la práctica con frecuencia, depende también de factores subjetivos y psíquicos internos” (ROXIN, C. *Finalidad...*, ob. cit., p. 144), añadiendo que es del todo legítimo que incluso determinados factores subjetivos tengan trascendencia en la imputación objetiva (ROXIN, C. *Finalidad...*, ob. cit., p. 145).

⁸⁶ Así en Alemania, por citar los más significativos ROXIN, C. *Die Lehre von...*, ob. cit., pp. 233 y ss.; FRISCH, W. *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen*. Carl Heymanns, Köln, 1983, pp. 133 y ss.

llevada a cabo por FRISCH. El autor parte de la necesidad de tomar en consideración los conocimientos de una persona a la hora de valorar la peligrosidad de su comportamiento⁸⁷, pero pone en duda que no se pueda seguir predicando la objetividad del juicio si a la vez, se introducen los aspectos subjetivos o individuales, puesto que, dice FRISCH, lo que va a formar parte del juicio de peligro son circunstancias inequívocamente objetivas, sólo que cumplen con el criterio adicional de ser conocidas por el autor: “lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino sólo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio”⁸⁸. No se trata pues, de hacer un juicio subjetivo dentro del tipo objetivo, sino de hacer el juicio objetivo, según parámetros objetivos y basándose en circunstancias objetivas desde los conocimientos y experiencias del autor⁸⁹. Porque, y eso lo reconoce FRISCH, lo que sí es cierto es que al servirse de criterios subjetivos o individuales “está abandonando la categoría de lo objetivo en

⁸⁷ FRISCH, W. *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático*. (traducido por Ricardo ROBLES PLANAS), en FRISCH, W. / ROBLES PLANAS, R. *Desvalorar e imputar*. Atelier, Barcelona, 2006, pp. 55 y ss.

⁸⁸ FRISCH, W. *Delito y sistema del delito*. (traducido por Ricardo ROBLES PLANAS), en WOLTER, J. /FREUND, G. (EDS.): *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, p. 248. Añade el autor que “puesto que las circunstancias experimentadas, conocidas o cognoscibles individualmente son, en todo caso, parte de una realidad más allá de la psique del autor y lo siguen siendo, está claro que es procedente también considerar un segmento de la realidad así determinado como objeto de referencia del conocimiento del autor o de su poder conocer”. En sentido similar se ha manifestado GRECO, quien afirma que “los hechos subjetivos cognitivos son tales que se refieren a un estado específico del mundo real”, GRECO, L.: *Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: zum «Problem» des Sonderwissens*, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 117, 2005, p. 541. En sentido similar señala RACKOW, que es posible separar el conocimiento especial como hecho interior de su expresión exterior (RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 105).

⁸⁹ FRISCH, W. *La teoría de la imputación...*, ob. cit., p. 59.

la determinación misma del peligro objetivo y de su desaprobación y se centra en lo subjetivo”, pero, dice el Profesor de Friburgo, ¿representa realmente esta confusión entre lo objetivo y lo subjetivo una amenaza?⁹⁰ Porque, dice FRISCH, quizás haya que aceptar que un esquema de análisis que separe herméticamente lo objetivo de lo subjetivo no es la única medida de todas las cosas⁹¹.

Esta idea ha sido desarrollada por GRECO⁹² en Alemania y por ROBLES PLANAS en nuestro país. Para el primero, la finalidad del tipo objetivo es la delimitación de las fronteras de lo permitido o prohibido, esto es, de hasta qué punto llega la libertad exterior de cada ciudadano o bien en qué punto termina. Conforme a esto, la actuación objetivamente típica va a ser siempre una actuación prohibida en su dimensión externa, independientemente de la presencia de cualquier hecho psíquico y particularmente de la intención⁹³. Esto no significa que queden fuera los conocimientos especiales o la expresión exterior de los mismos: la inclusión de los conocimientos especiales permite configurar la función del hecho, de fijar las fronteras del riesgo permitido o prohibido⁹⁴. En sentido similar, ROBLES PLANAS acepta que el juicio de desaprobación no puede emitirse de forma independiente al sujeto⁹⁵, lo que le lleva a

⁹⁰ FRISCH, W. *Delito y sistema...*, ob. cit., p. 250.

⁹¹ FRISCH, W. *La teoría de la imputación...*, ob. cit., p. 59. Véase en sentido similar en FRISCH, W. *Delito y sistema...*, ob. cit., pp. 246 y ss., especialmente p. 250.

⁹² GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., pp. 519 – 554.

⁹³ GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., p. 537. En sentido similar, SCHUMANN, H. /SCHUMANN, A. *Objektive Zurechnung auf der Grundlage der personalen Unrechtslehre?*; HETTINGER, M./ZOPFS, J./HILLENKAMP, T./KÖHLER, M./RATH, J./STRENG, F./WOLTER, J. (HRSG.) *Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag*. C.F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 546.

⁹⁴ GRECO, L. *Das Subjektive...*, ob. cit., p. 537. En sentido similar señala RACKOW, que es posible separar el conocimiento especial como hecho interior de su expresión exterior (RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 105).

⁹⁵ ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo*, en FRISCH, W. / ROBLES PLANAS, R. *Desvalorar e imputar*. Atelier, Barcelona, 2006, p. 94.

reconocer que no puede seguir manteniéndose en un sentido fuerte la división entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo, pero sí en un sentido débil, pues los estándares objetivos aún pueden ser útiles al determinar el campo de lo que debe conocer el sujeto en el ámbito vital correspondiente, de modo que cuando no se infrinja el estándar “normalmente la conducta no estará ya objetivamente desaprobada y no será necesario abordar ningún aspecto subjetivo del autor”⁹⁶. La excepción a ese “normalmente” son los conocimientos especiales, cuando “ex ante” hay algunas circunstancias que fundamenten la desaprobación del riesgo y el autor lo conoce. Pero son poco frecuentes y por tanto sigue teniendo sentido trabajar con la subcategoría del tipo objetivo pues “filtra la mayoría de los supuestos, cumpliendo así una función orientadora general cuya utilidad difícilmente puede negarse”⁹⁷.

Hoy en día pues, son varias las voces desde la teoría de la imputación objetiva que matizan que pueda realizarse el juicio de injusto en el tipo objetivo y acudiendo a los conocimientos del sujeto, pero que siguen defendiendo la separación entre imputación objetiva e imputación subjetiva porque con ello se sigue ofreciendo una dogmática más orientada a la interpretación normativa del tipo de injusto⁹⁸. Les es complicado, sin embargo, a estas argumentaciones convencer en el empeño en dar un paso de análisis del estándar objetivo para después comparar tal valoración con lo que “de especial” pudiera saber el autor, por lo que cada vez son más los que rechazan la corrección metodológica de la teoría de la imputación objetiva matizada con el dogma de los conocimientos especiales⁹⁹. Especialmente

⁹⁶ ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 96.

⁹⁷ ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 96.

⁹⁸ Véase tal defensa de la utilidad y necesidad de la teoría de la imputación objetiva también en GRECO, L.: *Das Subjektive...*, ob. cit., pp. 519 – 554.

⁹⁹ Lo hacen en primer lugar los finalistas, para quienes la asunción del dogma de los conocimientos especiales supone la constatación de que para realizar un juicio de peligrosidad sobre un comportamiento personal resulta esencial partir del saber del autor y de que por tanto, la teoría de la imputación objetiva es incorrecta (STRUENSEE, E.:

demoledor en este sentido es KINDHÄUSER, para quien entre ajustar los filtros (en el sentido de seguir manteniendo la teoría de la imputación objetiva con la tesis de los conocimientos especiales) o suprimir la imputación objetiva por carencia de función y disfuncionalidad, opta por esto último al considerar la teoría totalmente innecesaria¹⁰⁰. No pudiendo establecerse, sin considerar el saber individual del autor, qué medidas son adecuadas al cuidado esperado para la evitación de la realización típica, entonces el conocimiento del autor tiene que ser ya un elemento del tipo en la construcción del hecho punible, así como en segundo lugar, la infracción individual del estándar de cuidado tiene que ser el criterio equivalente al dolo en la constitución del injusto de la acción imprudente¹⁰¹.

3.2. La imputación (¿esta vez sí?) objetiva en Jakobs

Existe un importante sector de la teoría de la imputación objetiva en su versión normativista más pura, el liderado por JAKOBS¹⁰², que critica el correctivo de los conocimientos especiales al

Der subjektive..., ob. cit., p. 53. También en STRUENSEE, E. *Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 97 y ss.) pues si lo que conoce el espectador objetivo se tiene que complementar con los conocimientos del autor, o esto con lo reconocible objetivamente, al final la situación de riesgo a valorar estará siempre delimitada por lo que el autor conozca STRUENSEE, E. *Der subjektive...*, ob. cit., pp. 58 y ss. Así pues, y como señala KAUFMANN, Arm. ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso? (traducido por Joaquín CUELLO CONTRERAS), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVIII, 1985, p. 820 si se incluyen los conocimientos especiales del autor en el tipo objetivo del delito doloso lo que se está haciendo es desplazar toda la componente intelectual del dolo a la parte objetiva.

¹⁰⁰ KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 16.

¹⁰¹ KINDHÄUSER, U. *El tipo subjetivo...*, ob. cit., p. 23.

¹⁰² Así, JAKOBS, G. *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* en DORSEIFER, G. /HORN, E. /SCHILLING, G. /SCHÖNE, W. /STRUENSEE, E. /ZIELINSKI, D. (HRSG.) *Gedächtnisschrift...*, ob. cit., pp. 237 y ss.; JAKOBS, G. *Estudios de Derecho Penal* (traducido por Enrique PEÑARANDA RAMOS, Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIA). Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 y ss.

considerar que “el conocimiento del que el Derecho nada espera no puede ser indicativo de la infidelidad al Derecho, tal como sucede en el caso de los conocimientos especiales (conocimiento que no corresponde al rol del autor) o del conocimiento basado en un escrúpulo excesivo, al menos en todo caso en tanto el Derecho no deba transformarse en una institución total”¹⁰³. Lo que importa es la infracción del deber, y no el conocimiento que el sujeto tenga, pues es el deber objetivo el que define la expectativa infringida y no el propio sujeto. De tal forma que “quien ejecuta algo estereotipado - socialmente adecuado no responde, con independencia de lo que piense y sepa, mientras que aquél que se adecúa a un plan delictivo, da una razón para imputarle la ejecución”. Esto se deriva de la propia configuración de JAKOBS de la imputación objetiva como juicio para la imputación de las desviaciones de las expectativas referidas al portador de un rol¹⁰⁴, de un modo tal que será el rol y desde luego no el sujeto como ser natural en concreto, el que, al situar al sujeto en la sociedad, ofrezca la medida de la propia responsabilidad y sirva, por tanto, para definir el injusto penal. En otras palabras: “la libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno”¹⁰⁵.

La idea “jakobsiana” del rol, en lo que nos interesa ahora del presunto rechazo de los conocimientos especiales, o los propios del sujeto, en la configuración del injusto objetivo, ha sido seguida por otros autores en España y en Iberoamérica¹⁰⁶, y supone la última forma teórica,

¹⁰³ JAKOBS, G. *Indiferencia como dolo indirecto*, en DEL MISMO: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas, Madrid, 2004, p. 193.

¹⁰⁴ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 26.

¹⁰⁵ JAKOBS, G. *La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación*, en VV.AA.: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*. UNED, Madrid, 2001, p. 625.

¹⁰⁶ Entre ellos destacan CARO JOHN, J.A. *La impunidad de...*, ob. cit., pp. 343 y ss.; y POLAINO-ORTS, M. *Imputación objetiva...*, pp. 19 y ss. y PIÑA ROCHEFORT, J.I. *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del*

cuanto menos aparente, de construcción de un juicio puramente objetivo, sin toma en consideración de “la perspectiva individual”, para la atribución de sentido social.

Sin embargo, y pese a este “objetivismo radical” que parece mostrarse tras la teoría del rol, lo cierto es que a veces da la sensación de que JAKOBS está partiendo en realidad de una acción personal y que el conocimiento ya forma parte del hecho, básicamente porque cuando niega la relevancia de lo subjetivo en la valoración de la tipicidad objetiva, lo hace refiriéndose básicamente a que “no es determinante la interpretación que el autor dé a su hecho, sino la interpretación objetiva, orientada con base en el rol”¹⁰⁷. Quizás lo que quiere apartar JAKOBS de la valoración del injusto es la perspectiva subjetiva en el sentido de perspectiva individual o personal, esto es, la valoración que hace el autor de su propio hecho, así como la intención y la causalidad como elementos esenciales de la valoración del hecho¹⁰⁸. Así, cuando afirma JAKOBS que “la imputación es objetiva porque para la valoración de la situación típica no son decisivas las opiniones individuales del autor, de la víctima o del tercero acerca del significado del comportamiento, sino que lo decisivo está en lo que una persona racional en el rol respectivo tomaría como significado” no está negando el autor de Bonn la valoración social del hecho imputado a la propia persona (conocido por ella), sino que para la valoración lo decisivo sea lo que considere la persona que está pasando. Porque lo que él quiere es superar la causación en sentido naturalista y para eso es necesario integrar el sentido social, pero no eliminar a la persona¹⁰⁹.

Derecho penal. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 265 y ss.

¹⁰⁷ JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., p. 26.

¹⁰⁸ JAKOBS, G. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 13.

¹⁰⁹ De hecho esto es lo que parece ocurrirle a JAKOBS cuando habla de que en los contextos caóticos, el contexto puede cambiar el significado del rol, porque el rol sin persona no tiene ningún tipo de vinculación normativa. Similares dudas muestra SANCINETTI, en su brillante intento, yo creo que más cercano al éxito que al fracaso, de demostración de que la concepción penal de JAKOBS

3.3. ¿Imputación objetiva o valoración del hecho imputado?: una forma distinta de ver las cosas desde la doctrina de la imputación kantiana

Como he expuesto recientemente en Perú en una monografía¹¹⁰, existe otra forma de ver las cosas que ni cae en el ontologicismo finalista ni da saltos metodológicos extraños de lo objetivo a lo subjetivo y de esto a otro. Se trata de la moderna revisión de la clásica doctrina de la imputación de KANT que ha llevado a cabo en las últimas décadas en Alemania HRUSCHKA y que ha comenzado a recibirse en España en los últimos años.

Partiendo de la diferenciación entre reglas de conducta, aquéllas que aportan pautas de conducta al sujeto, y reglas de imputación, que sirven para determinar la responsabilidad atribuyendo un suceso a un agente¹¹¹, los recursos analíticos de la doctrina de la imputación ofrecen un esquema sistemático del delito en el que, por orden, se diferencian tres pasos: la “imputatio facti”, la “applicatio legis” y la “imputatio iuris”. Primera y tercera son juicios de imputación, en los que se juzga la pertenencia de un hecho a un agente (“imputatio facti”) y la atribución, al artífice (“Urheber”), del hecho antijurídico a título de demérito o en su caso, el

se entroncaba en la tradición subjetivista de su propio maestro, WELZEL (SANCINETTI, M.A. *Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996 pp. 119 y ss.). Algo similar ocurre con la tesis de PIÑA ROCHEFORT, a quien tampoco le resulta sencillo desvincularse de la persona y de su conocimiento como parámetro desde el que, después, realizar la valoración social. Véase sobre todo ello, MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 108 y 109.

¹¹⁰ MIRÓ LLINARES, F. *La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva*, en MIRÓ LLINARES, F. y POLAINO-ORTS, M. *La imputación penal a debate Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara, Lima, 2010, p. 109.

¹¹¹ HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, de LUZÓN PEÑA, D. M. / MIR PUIG, S. (COORD.). Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 28 y ss.

hecho que va más allá del deber a título de mérito (“imputatio iuris”)¹¹². Entre esos dos procesos de imputación hay un paso intermedio muy importante, la “applicatio legis”, que no es un proceso de imputación, sino de valoración del hecho ya imputado al sujeto como suyo y que consiste en la comparación de tal hecho con la regla de conducta que obliga a actuar o a no actuar de una determinada forma. La diferencia entre imputación y “applicatio legis” o valoración del hecho imputado es importante, pues mientras que “la imputación consiste en un juicio de atribución de un contenido muy concreto: de algo como un hecho y de ese hecho como reprochado al agente; la aplicación de la ley consiste en la valoración, en función de una regla, de lo que se imputa como hecho”¹¹³. En otras palabras: primero se imputa el hecho a la persona, luego se aplica la ley valorando la conformidad o disconformidad del mismo con la norma y, finalmente, se el imputa la desaprobación jurídica a título de demérito.

Esta sistematización y este modelo analítico nos informarían ya, pues, de dos importantes consecuencias en relación con la cuestión de la posible separación entre tipicidad objetiva y subjetiva. La primera, que la teoría de la imputación objetiva no es, conforme al método anteriormente explicado, un juicio de imputación, sino más bien un conjunto de reglas que sirven a la “applicatio legis”, a la valoración del hecho¹¹⁴ ya imputado al sujeto como conforme o no a la regla de conducta concreta de que se trate¹¹⁵, lo

¹¹² HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., pp. 30 y ss., y SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. BdeF, Montevideo, Buenos Aires, ob. cit., p. 405.

¹¹³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 404. Véase la relación entre los dos pasos y su separación, en HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., pp. 32 y ss.

¹¹⁴ De forma similar ya lo anticipó PAREDES CASTAÑÓN, J.M. *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, p. 49 y más recientemente ROBLES PLANAS, R. *Conducta típica, imputación objetiva e...*, ob. cit., p. 80.

¹¹⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 524.

cual explicaría que se pretenda construir como un juicio “objetivo”. Lo es, pero en un sentido de un juicio de valoración del comportamiento desde una perspectiva “objetivo-general”, de significación social del comportamiento y no desde la perspectiva de lo que el hecho significa, por ejemplo, para el propio autor. Dentro de la “imputación objetiva”, de lo que se trataría pues, es de la realización de operaciones de interpretación y subsunción, de aplicación de la ley al hecho o, en otros términos, de “valorar si el hecho pertenece al género de conductas descritas en el tipo, lo cual exige conocer la norma, interpretarla y haber delimitado el objeto, el hecho, que es precisamente, lo que se da en la fase de “applicatio legis ad factum”. Pero eso no es una cuestión de imputación en sentido estricto¹¹⁶ y es “objetiva” en el sentido afirmado de valoración normativo-social.

La segunda importante consecuencia es que la “applicatio legis”, similar en función a lo realizado en el -mal- llamado juicio de imputación objetiva, tendrá lugar sobre el hecho ya imputado a la persona, y en dicho primer proceso de “imputatio facti”, ya sí de imputación en sentido estricto, el conocimiento es un elemento básico del juicio de imputación del hecho a la persona. Imputar, dice HRUSCHKA “quiere decir que al juzgador imputante no le parece que el proceso sea un simple acontecimiento físico (...) sino que quiere decir que el juzgador toma, bien el proceso, bien la inactividad, como un hecho (comisivo u omisivo), como un factum en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente”¹¹⁷. Esto presupone que el sujeto sea susceptible de pautas de conducta y éstas exigen conciencia en el agente para ser tal¹¹⁸: “[s]ólo si el sujeto conoce la virtualidad del proceso desplegado, y en tanto éste permanezca bajo su control, podemos hablar de un agente y de

¹¹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 525. Añade que “se da cierta mezcolanza de imputación (creación de un riesgo) con elementos de medición del hecho con arreglo a una ley (perteneciente al ámbito de protección de una norma)”.

¹¹⁷ HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., p. 30.

¹¹⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 399.

un hecho”¹¹⁹. Al fin y al cabo la imputación, es un proceso de atribución de un suceso a un sujeto al concebirlo, diría KANT, “como precedente de la libertad”¹²⁰, y por eso es necesario que pueda decirse que “bei uns selbst, in unserer Macht stehen”¹²¹. De esta forma, el conocimiento se convierte en elemento esencial, junto al control (claramente relacionado con lo voluntativo), de la imputación de un hecho¹²²: “la persona sólo es agente si al controlar ese proceso actualiza sus conocimientos, la posible anticipación de lo que puede derivarse, y efectivamente ejerce ese control (o prescinde de él, en la omisión)”¹²³. Para imputar, pues, como paso previo a la valoración de lo hecho como injusto o, en otras palabras, a la realización del juicio de injusto desde parámetros normativos, se exige “la constatación de que el sujeto conoce las circunstancias relevantes”¹²⁴ y el

¹¹⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 408.

¹²⁰ KANT, I. *Reflexionen zur Moralphilosophie*, citado por HRUSCHKA, J. *Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias*, en DEL MISMO: *Imputación y Derecho penal* (traducido por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ). Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 173, nota 11.

¹²¹ HARDWIG, W. *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*. Cram de Gruyter, Hamburg, 1957, p. 14.

¹²² Así también, cuando señala que “para poder identificar algo como hecho, esto es, para imputar la acción como hecho, se precisan dos requisitos: que el sujeto esté presente, en primer lugar, mediante su conocimiento de la situación; y, en segundo lugar, mediante el control sobre la situación. No podremos hablar de un hecho, dentro de parámetros de racionalidad, mientras no tengamos, al menos, certeza de ambos extremos. Más aún, en cuanto al primero se podrá imputar si, y sólo si, el sujeto conoce la situación potencialmente lesiva y, al menos, durante un momento relevante de ésta” (SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 524). Se trata de los dos criterios que HRUSCHKA ha propuesto para la imputación de algo como hecho: referencia y simultaneidad. Por “referencia” se entiende que la modificación exterior en la que el sujeto se ve inmerso es el objeto de su representación o conocimiento. Por “simultaneidad” se entiende que representación y modificación de la situación coinciden, al menos, durante un momento relevante.

¹²³ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 407.

¹²⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 408.

control (que el sujeto domina el proceso), y si media desconocimiento de las circunstancias o el sujeto no es origen del proceso, no es posible la imputación”¹²⁵. Como dice HRUSCHKA, sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no antijurídico, si bien el juicio por el que un hecho se considera o no antijurídico será siempre el resultado de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición¹²⁶.

En otras palabras: para valorar un hecho como conforme o disconforme con la descripción normativa de un mandato, no es necesario conocer ni las apreciaciones subjetivas de esa persona sobre el significado de su comportamiento, ni su relación emocional con sus propios actos y con las consecuencias de los mismos, pero sí que el sujeto tenía control sobre lo que estaba haciendo y conocía lo que hacía, pues sólo lo que le es propio, se le podrá imputar al sujeto ordinaria-mente, y sólo lo que no conocía pero le incumbía, se le podrá imputar de forma extraordinaria. Esto no significa que sea una perspectiva subjetiva o individual la que se esté adoptando: sigue siendo el de tipicidad, un juicio objetivo en el sentido de ser una valoración desde el sentido social, pero al partir de “lo hecho” (o imputado) por el propio sujeto se define o constituye el objeto de la valoración normativa: sabiendo lo que esta persona debía saber, la exigencia social para el caso concreto, conforme a la experiencia general y a la valoración normativa concreta, es la siguiente, y frente a ella la persona hizo esto, por lo que se puede decir que ha infringido (o no) la norma. Tampoco estoy afirmando que el dolo se debe valorar antes que la propia peligrosidad del comportamiento. Más bien se debe decir que en el delito doloso, la decisión de llevar a cabo un hecho, que es lo que después va a ser valorado, debe imputarse previamente al sujeto, y debe definirse lo que se sabía concretamente para, a partir de ahí, realizar la valoración de peligrosidad mediante la comparación con los estándares de riesgo, con lo que socialmente se diría que debió hacerse o no. Es el momento de

¹²⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. *Imputación...*, ob. cit., p. 409.

¹²⁶ HRUSCHKA, J. *Reglas de comportamiento...*, ob. cit., p. 31.

aplicar esto a las, mal llamadas, conductas neutrales.

4. Recapitulación y conclusiones dogmáticas

4.1. Conductas ¿neutrales? y complicidad en actividades económicas delictivas

Al plantear la cuestión de las conductas neutrales en el seno de la teoría de la participación delictiva puede parecer que nos hemos desviado de los supuestos de hecho de los que habíamos partido y que trataban de la posible intervención como autores de un asesor jurídico y de un testaferro en delitos de lavado de activos y blanqueo de capitales, en Perú y España, respectivamente. Nada más lejos de la realidad. En primer lugar porque, como se habrá advertido, y como se verá en la resolución de esos casos, la problemática analizada no es propia y exclusiva de la teoría de la participación delictiva, sino que afecta a la propia comprensión del injusto penal y especialmente a su sistemática. Ya avisé que las conductas neutrales salieron a la palestra porque planteaban un problema dogmático de la teoría del delito, el de la relación entre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal, aún no solucionado, y la solución que se presente para la participación apenas requerirá de ligeros matices para su validez para cualquier otra forma de intervención en el injusto. Pero además, y en segundo lugar, no hay que olvidar que el propósito de este trabajo no era el de resolver dos casos concretos sino, a partir de ellos, plantear la problemática de la intervención de asesores jurídicos, económicos, o de otro tipo, en la actividad económica ilícita y la posible responsabilidad penal que puede derivarse de ello. Si tenemos en cuenta que en la mayoría de los casos, la intervención de esos asesores no dará lugar a la aplicación de un tipo penal específico sino, como máximo, a la intervención como cómplice o como instigador en el delito, se entenderá que antes de especificar la problemática del lavado de activos, planteemos la solución a las conductas neutrales.

Lo que nos estamos planteando, por tanto, es cuándo un abogado o un asesor económico que actúa en el marco de su actividad pero en relación con un comportamiento delictivo, puede ser hecho responsable en Perú por complicidad o instigación, y en España por complicidad,

cooperación necesaria o inducción en el delito. Lo primero que hay que convenir, después del análisis realizado, es que este tipo de conductas denominadas conductas neutrales, también denominadas acciones cotidianas, estándar, negocios normales de la vida diaria, conductas socialmente adecuadas, etc.¹²⁷, no conforman, como señala NIEDERMAIER, un grupo de supuestos de hecho que requieran o tengan un tratamiento jurídico penal especial¹²⁸. Como ha apreciado recientemente con acierto RACKOW, la neutralidad en Derecho penal sólo puede entenderse en el sentido de atipicidad¹²⁹, por lo que podríamos decir que no existen conductas neutrales sino cooperaciones materiales o intelectuales atípicas al no constituir complicidad, cooperación necesaria o inducción típicas. Es decir, que no existen conductas neutrales sino colaboraciones o ayudas atípicas, por lo que nuestra tarea es la de tratar de definir qué es aquello que convierte a un comportamiento (de un sujeto en concreto y por tanto, con su conocimiento y control) en la participación en un delito. No siendo ahora posible realizar una revisión completa de todas las teorías sobre el fundamento del injusto de participación, llevada a cabo en otro sitio¹³⁰, sí se puede poner de manifiesto la teoría de la participación delictiva que defiende y que entiende, de forma cercana a la idea de la realización conjunta del hecho de JAKOBS¹³¹, que el partícipe ni realiza él sólo un

¹²⁷ ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 31 y 32.

¹²⁸ NIEDERMAIER, H. *Straflose Beihilfe...*, ob. cit., p. 508.

¹²⁹ RACKOW, P. *Neutrale Handlungen...*, ob. cit., p. 567.

¹³⁰ MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 39 y ss.

¹³¹ La idea de JAKOBS, G. *La imputación objetiva...*, ob. cit., pp. 78 y ss., y JAKOBS, G. *Intervención delictiva y comprensión social* (traducido del manuscrito "Beteiligung und gesellschaftliches Verständnis" por José Antonio CARO JOHN), ponencia presentada al *Congreso Internacional de Derecho penal (Política criminal y Dogmática jurídico-penal)*, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela), 14 de abril de 2008, de que el delito es una obra de todos en la que ha habido una organización conjunta y un reparto de funciones, por lo que es a la comunidad (de autor y partícipe) a la que habrá que imputar el hecho, ha influido significativamente en algunas de las, a mi parecer, más completas fundamentaciones del injusto de

injusto diferente al del autor, ni colabora en la realización por éste del injusto, sino que co-realiza, con y a través del autor, el único injusto, el definido por el tipo penal específico de que se trate, mediante su integración en el injusto del autor que, desde ese momento ya no le pertenece sólo al autor sino a ambos. El partícipe, como diría HRUSCHKA del inductor (y es válido para el instigador¹³²), se une al hecho principal¹³³ y así, se integra en un injusto que pasa a estar conformado por la intervención principal y por la intervención accesoria: por aquélla que es valorada socialmente como la realización (completa y autónoma) de un injusto (autoría), y la que es valorada como "el integrarse" en el injusto que hubiera existido sin tal intervención pero no del mismo modo (participación). Lo mismo debe poder decirse para el cómplice, tanto al que dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, como para los que de otro modo presten asistencia¹³⁴. Esto significa que

participación como son las de FRISCH, W. *Comportamiento típico e...*, ob. cit., p. 322, LESCH, H.H. *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traducido por Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVIII, 1995, pp. 936 y ss. ROBLES PLANAS, R. *La participación...*, ob. cit., pp. 267 y ss.), o SÁNCHEZ LÁZARO, F.G. *Intervención delictiva e imprudencia*. Comares, Granada, 2005, pp. 382 y ss.

¹³² Sin entrar ahora en la cuestión de si pueden identificarse completamente la inducción tal y como viene definida en el Código Penal español y la instigación del art. 24 del Código Penal de Perú, lo cierto es que también el instigador, como partícipe, pasa con su conducta de determinación de la comisión del hecho por el autor, a formar parte del injusto, pues sólo si es así puede responder, aunque sea como partícipe por él. Esto no supone, en ningún caso, identificar al instigador con el autor mediato, pues el primero es partícipe y se integra en un hecho injusto, mientras que el autor mediato es el que directamente crea ese hecho injusto. Sobre la instigación en Perú véase el análisis de VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Derecho penal. Parte General*. Grijley, Lima, 3ª reimpresión, 2009, pp. 520 y ss.

¹³³ HRUSCHKA, J. *Prohibición de regreso...*, ob. cit., p. 179.

¹³⁴ Estas son las dos formas de complicidad establecidas en el art. 25 del Código penal de Perú. Véase al respecto el completo análisis de

también el partícipe "realiza" el injusto, el definido en la parte especial del Código penal, si bien, y a diferencia del autor, no interviene realizando por sí mismo lo prohibido por la norma penal, sino integrándose en un injusto que era de otro, pero que con su comportamiento, pasa a ser también propio. El legislador no sólo quiere confirmar la vigencia de la norma (o evitar la lesión de bienes jurídicos previniendo comportamientos no queridos) frente a quien puede decidir organizarse de forma contraria a la establecida por la norma, sino también, frente a quienes pueden decidir integrarse en tal proceso de organización contraria al mandato normativo, y es esto precisamente lo que lleva a cabo el partícipe, un "integrarse" en un injusto, una conformación del mismo mediante una conducta cuyo único sentido sea formar parte de lo que era el delito de un autor.

Con la referencia a este "integrarse" del partícipe en el injusto pretendo poner el acento, por una parte en la idea de la responsabilidad por lo propio en el injusto que otro protagoniza (autorresponsabilidad + accesoriedad) y por otra, restringir el ámbito de aplicación de la forma de intervención como partícipe, mediante la superación del causalismo expansivo que hay detrás de términos como ayuda, colaboración o favorecimiento. En cuanto a lo primero, el partícipe responde por lo que él hace, si bien para valorar lo que él hace como injusto o no, resulta esencial mirarlo desde la óptica de la importancia que el comportamiento tiene en el proceso de realización del injusto por parte del autor. Y de ahí también, la diferencia con la autoría: integrarse implica pasar a formar parte de algo que ya existe, de modo que la existencia de delito depende del autor, no del partícipe, puesto que mientras que no hay injusto sin autor, sí puede existir injusto sin partícipe¹³⁵. En cuanto a lo

VILLAVICENCIO TERREROS, F. *Derecho penal...*, ob. cit., p. 520 y ss.

¹³⁵ Lo que hace pues, el partícipe, no es crear (mediante un acto que tiene sentido por sí mismo) el injusto de la Parte especial, pero sí unirse al injusto llevado a cabo por el autor. Sólo con lo que el partícipe ha hecho no hay nada, pero, al haber un autor, con sólo lo hecho por el partícipe ya hay algo más que con sólo lo hecho por el autor: ya no hay una sola realización del injusto, sino que hay una correalización del mismo, uno mediante su creación y otro mediante la integración a lo creado. La

segundo, a la restricción del ámbito de aplicación que supone la fundamentación de la participación en la idea de la integración, el "integrarse" en una determinada realidad implica algo más que interaccionar con ella, supone conformarla, pasar a formar parte de ella y por tanto, dotarla de un sentido que sin lo realizado, no tendría. No bastará, pues, para que haya participación, con un favorecimiento entendido en términos causales, como la realización de cualquier aportación que sea utilizada por el autor para la ejecución de su hecho típico y antijurídico; ni siquiera en términos de peligro directamente en relación con el bien jurídico protegido, como la creación de un riesgo (o de un incremento del riesgo) para el objeto de protección, sino en términos de significación de adscripción al proyecto de injusto, de adopción de la negación del modelo de orientación marcado por la norma.

Para que haya participación en un delito, y un sujeto responda por complicidad (sea primaria o secundaria) no bastará con que el sujeto piense que está ayudando a otro, sino que es necesario que efectivamente se pueda decir que con su conducta se integra en el injusto que era de aquél y ahora pasa a pertenecerle también a él como partícipe. Pero, entonces ¿qué relevancia tiene el conocimiento? Es el momento de cerrar también esta cuestión.

Lo primero que hay que señalar al respecto es que no es un error metodológico el atender previamente al conocimiento del abogado o del asesor económico para la valoración como injusto

integración del partícipe, pues, no supone una correalización del hecho, sino una correalización del injusto penal mediante un hecho de participación distinto cualitativamente al del autor. Mientras que el autor interviene mediante la realización de un comportamiento que supone la negación total de la expectativa normativa, el partícipe lo hace mediante una conducta que, por sí sola, no supone la negación de la expectativa normativa, pero que al venir ligada a una negación realizada por un autor, se convierte en la afirmación de tal negación y, por tanto, en negación en sí misma. El partícipe no realiza el injusto como el autor, pero lo hace suyo, se integra en él, y por eso responde, por realizar algo cuyo único significado social posible es el favorecer al autor. Por eso el partícipe sólo responde de forma accesoria: pues si no hay injusto en el que integrarse no hay intervención a modo de participación.

de su comportamiento. El error sería lo contrario: realizar tal juicio desde el contexto de un hombre medio dotado de conocimientos estándar, y no de los conocimientos concretos de la persona a la que se va a realizar el juicio de antinormatividad; sobre todo si se admite que al final, se pretende hacer responder a la persona y no al "hombre medio" y se va a tener que valorar el conocimiento que ella tuviera. Para valorar como contrario o no a la norma el comportamiento del partícipe, hay que partir de aquello que él conocía, pues sólo lo que él hizo, sabía que hacía y quiso hacer, podrá ser valorado como negación de la norma, en este caso, por su integración en la negación realizada por el autor. Pero el mero conocimiento del sujeto no convierte su aportación en un favorecimiento integrado en el injusto. Es cierto que socialmente, un comportamiento puede cambiar de significado si se incluye la variable de que el sujeto que lo realiza sabía algo que no tenía por qué saber. Pero tampoco puede aceptarse la idea de que la representación del delito de otro suponga la integración de cualquier comportamiento que se relacione con el autor como participación en el delito, porque aun con la certeza de que uno hace algo que piensa que supone ayudar a otro a cometer un delito, lo importante es que lo que uno haga tenga ese sentido, desde una perspectiva normativa o social. De nuevo: no se sanciona a alguien como partícipe por conocer la significación de su aportación para el autor, sino por hacer algo cuya significación social es integrarse en el injusto del autor, porque el conocimiento por sí solo, no puede configurar el injusto de participación. Lo contrario no es aceptable, en primer lugar porque supondría acercarnos mucho a la responsabilidad por el pensamiento, dado que estaríamos castigando por querer negar la norma, pero no por negarla; y en segundo lugar porque se ampliaría de forma excesiva la responsabilidad por medio de la participación: ya no se trataría únicamente de hacer responsable a alguien por hacer suyo un injusto, por asumirlo materialmente, sino por asumirlo intelectualmente aunque propiamente su conducta no forme parte de él.

Porque al igual que es cierto que socialmente un comportamiento puede cambiar de significado al saber el partícipe su relevancia para el autor, también lo es que puede no hacerlo, puede seguir

siendo un comportamiento que entre dentro de los márgenes de la libertad de actuación, de lo socialmente aceptable o dentro de lo socialmente inaceptable pero dentro de otro tipo de prohibición penal diferente. El Derecho penal no sanciona propósitos moralmente reprochables, sino comportamientos contrarios a lo establecido, que en el caso de la participación, se concretan en la integración, por medio de un favorecimiento, en el proceso de negación de la norma por parte de otro. Por ello mismo lo relevante no será que el sujeto quiera adscribirse al delito del autor, sino que efectivamente lo haga, para lo cual será necesario que sabiendo lo que sabe, haga aquello que sólo se puede interpretar como la adscripción al injusto del autor. El conocimiento no es, pues, el criterio esencial para la fijación del límite mínimo de la participación punible. Tampoco tiene por qué ser el criterio mínimo para la responsabilidad a título de participación al haber la participación imprudente¹³⁶. Lo que sí es el conocimiento, es el presupuesto del que debe partir la valoración como injusto doloso del comportamiento del partícipe: sólo lo que se sabe puede ser valorado, nunca (en la imputación ordinaria) lo que no se sabe pero se debiera haber sabido. Lo que se sabe, pues, no cambia la valoración, la preestablece: fija las condiciones personales que deben ser comparadas con la prescripción normativa que en el caso de la participación, exige a una persona que, sabiendo que su comportamiento va a tener como único sentido el integrarse en el injusto al favorecer la realización del autor, no lo realice.

En otras palabras, lo que sabe el abogado no tiene ningún valor (en términos de injusto) por sí mismo, pero para valorar lo que él hace, que es lo que tiene valor (como injusto), no puede sino partirse de lo que él sabe, más especialmente en el régimen peruano que sólo permite la participación dolosa.

4.2. Intervención en el lavado de activos y resolución final de los casos

A mi parecer nada impide aplicar la afirmación anterior, relativa a la responsabilidad como cómplice (o instigador) en cualquier modalidad de delito económico, a la intervención como autor

¹³⁶ MIRÓ LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...*, ob. cit., pp. 235 y ss.

en el delito de lavado de activos: lo que el abogado o cualquier otro sujeto sepa, no constituye por sí solo un injusto, pero para saber si lo que él realiza es o no es lavado, es absolutamente imprescindible partir de lo que él sabía y después, probar la realización del hecho injusto con conocimiento. Así se deriva de la regulación del lavado de activos en los arts. 1 y 2 de la Ley que los prescribe. El artículo primero, que incluye los actos de conversión y transferencia, castiga al que "convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa". Por su parte, el artículo 2 castiga con pena privativa de la libertad, no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, los actos de ocultamiento y tenencia, incluyendo en dicho ámbito a aquél sujeto que "adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso".

A estos dos preceptos hay que sumar el artículo 4 que sanciona con una pena privativa de libertad de tres a seis años, ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años, al que "incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias". Este tipo de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas obliga únicamente al que tenga un deber especial de denuncia, pero tampoco exime al que intervenga en las actividades, de la responsabilidad dolosa por la intervención en las mismas, tenga o no tenga deber especial de denuncia. En otras palabras: si un sujeto no realiza una de las conductas de los artículos 1 y 2 de la Ley, sólo responderá por conocer la existencia de operaciones sospechosas y no denunciarla en el caso de que tenga una obligación especial de hacerlo; pero si realiza

tales conductas, responderá al conocer las operaciones en las que interviene, tenga o no tenga obligación de denuncia.

Por último, el artículo 6 de la citada norma, señala, sin que por otra parte fuera necesario hacerlo, que "el origen ilícito que conoce o puede presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso". Añade posteriormente que "el conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente Ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código penal"

Con este margen jurídico es evidente que el mero conocimiento de que otro sujeto tiene bienes procedentes de, por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas, no puede reputarse en ningún caso delictivo. Ahora bien, también lo es que ante una tipificación tan amplia, la intervención de cualquier asesor financiero, abogado, intermediario u otros, con conocimiento (imputado) del origen ilícito de los bienes con los que se relaciona, puede llevar a la responsabilidad penal. Así será cuando, a partir de lo conocido, pueda probarse que el sujeto realiza cualquiera de las conductas típicas establecidas en los artículos 1 y 2 de la Ley. En caso contrario, y aunque el sujeto conozca el origen ilícito, no habrá delito alguno que a él mismo se pueda atribuir a título de autor.

Es precisamente esto lo que ocurre en el primero de los casos que sugirió este trabajo y que, a mi parecer, fue correctamente resuelto y bien argumentado por el tribunal. Como éste señaló, si no se imputa como hecho alguna de las conductas típicas de los delitos de lavado, no es posible entonces la incriminación del abogado fuera cual fuera su conocimiento. Aquí, en todo caso, no se trata tanto de que se esté desempeñando un rol dentro del riesgo permitido, como de que haya o no conducta típica aplicable al interviniente como autor. El tribunal reconoce que Duany participó en la entrega de dinero a los accionistas, lo cual

podría integrarse dentro del tipo del artículo primero, concretamente en la conducta de transferir dinero. Pero tiene que ser dinero "cuyo origen ilícito conoce o puede presumir"¹³⁷, y no parece que la fiscalía aportara suficientes indicios para la imputación de tal conocimiento. Por todo ello acierta el tribunal, como también lo hace en cuanto al sobreseimiento de la causa en relación con el otro imputado, Jhonny Jairo Bicerra Ríos. De nuevo el problema es que la fiscalía únicamente aporta como argumentos para el enjuiciamiento el conocimiento de la ilicitud de los bienes. Pero al no existir un especial deber de denuncia en esos casos, y no atribuirse la realización de ninguna de las conductas típicas, no procede el enjuiciamiento de los hechos por posible infracción de los preceptos 4º y 1º respectivamente de la Ley nº 27765. Tan sólo podríamos plantearnos en este caso, y siempre que se pudiera atribuir el conocimiento de Jhonny Jairo Bicerra de que se estaban realizando actividades ilícitas de tráfico de drogas o de lavado, su responsabilidad por medio del artículo 407 del Código penal de Perú, que castiga al que "omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo", y lo hace con pena privativa de libertad no mayor de dos años a menos que, como en este caso, el hecho punible tuviera señalado pena privativa de libertad superior a cinco años, en cuyo caso la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. La cuestión, sin embargo, es que esto tampoco era imputado por el fiscal, por lo que la resolución fue, en todos sus aspectos esenciales, correcta. Falló, a mi parecer, la argumentación de la fiscalía que debiera haber argumentado, centrándose en el conocimiento que debía tener el abogado de las actividades en las que estaba interviniendo, en un caso, así como definir de forma precisa la conducta típica llevada a cabo por el otro imputado, además de apoyarse alternativamente en el delito del art. 407 del Código penal. Una calificación no acertada por no

¹³⁷ Sería interesante valorar el alcance y significación de esa cláusula de "puede presumir", y si la misma se podría relacionar con lo que se ha venido en llamar ignorancia deliberada. Aunque no sea posible aquí una argumentación más profunda al respecto creo que en ese sentido podría interpretarse esta fórmula.

estar bien basada en cuestiones dogmáticas esenciales, dio lugar a un sobreseimiento.

Algo similar sucedió con la resolución del Tribunal Supremo español. En este caso la realización de la conducta está totalmente probada, dado que el sujeto pone su nombre en una compra pero no pone el dinero. La cuestión aquí estriba en la falta de prueba del conocimiento: de nuevo a la fiscalía parece bastarle con la mera afirmación de que el sujeto debía conocer que el dinero provenía del tráfico de drogas, apoyándose en el argumento de que tenían antecedentes penales, cuando, en realidad, dichos antecedentes no existían en el momento de los hechos. Evidentemente ante esto el tribunal no tiene más opción que castigar, a mi parecer acertadamente, por el blanqueo imprudente, tipo penal que permite sancionar conductas en las que no se puede probar el conocimiento pero sí el que al sujeto le incumbía hacer más de lo que hizo, y que desde una perspectiva político criminal podría plantearse su tipificación en Perú.