

COMPLICIDAD MEDIANTE ACCIONES “NEUTRALES”. ¿EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO- PENAL EN EL CASO DE LA ACTIVIDAD COTIDIANA O TÍPICAMENTE PROFESIONAL?*

Wolfgang Wohlers

I. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Conforme al artículo 25 C. P. [suizo]**, es punible como cómplice quien “dolosamente preste ayuda” a otro en la realización de un hecho punible. Como acto de prestación de ayuda es suficiente –así el Tribunal Federal– cualquier forma de contribución al hecho que “favorezca el delito” o, mejor dicho, “aquello que aumente las posibilida-

* Con algunos añadidos y notas de pie de página, el texto reproduce la ponencia sostenida por el autor el 22 de abril de 1999, en el marco de su ejercicio de habilitación, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Basilea. Se mantiene el estilo de la ponencia.

Nota del trad.: El autor es en la actualidad catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal en la Universidad de Zúrich (Suiza). Título del texto en el original alemán: “Gehilfenschaft durch ‘neutrale’ Handlungen - Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?”, en *SchwZStr* 117, 1999, pp. 425 a 438. Traducción de JOSÉ ANTONIO CARO JOHN (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú).

** El artículo 25 del Código Penal suizo señala: “El que dolosamente preste ayuda para la comisión de un delito o falta, podrá ser castigado de forma atenuada” (nota del trad.).

des del resultado de la acción típica”¹. Si se toma por base esta definición, ella comprendería, ciertamente, también todas las formas de conductas visiblemente inofensivas, como pueden ser, por ejemplo, las operaciones comerciales en los negocios de la vida cotidiana, o la aportación de prestaciones cotidianas de servicios.

Hasta hace algunos años esta problemática había sido ignorada, o bien explicada en conexión a los ejemplos más o menos grotescos que se presentan en las cátedras. En el primer plano de la discusión estaban algunos casos, como el del panadero que vende panecillos o bombones a un asesino conocido por actuar empleando veneno²; el del hostelero que sirve una cena pantagruélica a una persona por él conocida como ladrona profesional³; y, especialmente, el del ferretero que vende a un cliente con apariencia sospechosa un destornillador idóneo como herramienta para un robo con fractura⁴. En efecto, la relevancia práctica de la problemática se advierte recién cuando se dejan de lado los tratados de Derecho penal y, en lugar de ellos, se pone atención en las constelaciones de casos relevantes que se dan en la práctica. Aquí también se ubican los casos de venta, en sí permitida, de objetos que en el fondo podrían ser empleados delictivamente. A modo de ejemplo podemos remitirnos en esta parte a algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Federal⁵: la venta en el país de aparatos de radio sin licencia, lo que en otro tiempo era legal⁶; la venta de escáners y receptores de cuya gama de frecuencias pueden controlarse legalmente sólo algunos canales y, en este caso, únicamente de los que tienen licencia⁷; y, finalmente, la venta de los famosos filtros bloqueadores de señales (*Sperrkreisfilter*), útiles para eliminar o decodificar las señales de bloqueo en el sistema de televisión mediante suscripción, que son empleados sobre todo por usuarios no autorizados para poder acceder a determinadas transmisiones especiales⁸. La cuestión que aquí se plantea es la siguiente: ¿es punible la conducta del vendedor cuando los clientes emplean ilícitamente los aparatos mencionados?

1 BGE 117 IV, p. 188; 119 IV, p. 292; 120 IV, p. 272; JÖRG REHBERG. *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 6.^a ed., Zurich 1996, p. 104; FRANZ RIKLIN. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Verbrechenlehre*, Zurich 1997, § 18 n. m. 32; GRACE SCHILD TRAPPE. *Recht* 13 (1995), pp. 240 y 247; GÜNTER STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* 1, 2.^a ed., Berna, 1996, § 13 n. m. 112 y s.; STEFAN TRECHSEL. *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 2.^a ed., Zurich, 1997, art. 25, n. m. 6; STEFAN TRECHSEL y PETER NOLL. *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* 1, 5.^a ed., Zurich, 1998, p. 213.

2 GÜNTER JAKOBS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlin, 1991, 24/17; CLAUD ROXIN, en *Leipziger Kommentar (LK), StGB*, 11.^a ed., Berlin, 1993, § 27, n. m. 16.

3 CLAUD ROXIN. *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, p. 515.

4 GÜNTER JAKOBS, en *ZStW* 89 (1977), pp. 1, 20; HERIBERT SCHUMANN. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 ss.

5 Otros ejemplos pueden verse en GRACE SCHILD TRAPPE. *Harmlose Gehilfenschaft*, Bern, 1995, pp. 4 y ss.; una vista general sobre las configuraciones de casos relevantes en la práctica de la jurisprudencia alemana lo ofrece MONIKA WOLFF-RESKE. *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Baden-Baden, 1995, pp. 41 y ss.

6 BGE 109 IV, p. 147.

7 BGE 111 IV, p. 32.

8 BGE 114 IV, p. 112.

Una consideración especial recibió, en este sentido, el conocido caso de la carne de antílope que, en el año 1993, ocupó la atención de los tribunales del cantón de la ciudad de Basilea y, luego también, del Tribunal Federal. Los hechos ocurrieron del modo siguiente: los acusados, directores de una empresa importadora encargada de introducir en Suiza carne de venado proveniente del extranjero, entre otras, repartieron cerca de 400 toneladas de carne de antílope africana a unas empresas, las que, por su parte, introdujeron la carne en el mercado haciéndola pasar como carne de venado europeo, empleando para ello una falsa denominación. El Tribunal de Apelaciones del cantón de la ciudad de Basilea condenó a los acusados por complicidad con el delito de estafa, luego el Tribunal Federal desestimó el recurso de nulidad interpuesto por los procesados. Para el Tribunal Federal la venta en sí de carne de antílope africano, conforme a su correcta denominación, no representaría “en principio” una conducta ilícita. En este sentido, la responsabilidad por lo que pueda ocurrirle después a los bienes vendría a recaer en el ámbito de responsabilidad del mismo comprador, de modo que el vendedor puede confiar en que el comprador utilizará lícitamente los bienes que compra. Sin embargo, ya algo distinto empieza a regir cuando el posible uso legal de los bienes resulta en sí mismo excluido fácticamente. Si el vendedor parte del supuesto de que el comprador va a emplear los bienes en cuestión prácticamente sólo de manera ilegal, entonces ya no tiene caso invocar la referencia a la autorresponsabilidad del comprador; y, exactamente es lo que sucedió en el presente caso: un empleo lícito de la carne de antílope por parte de la empresa compradora resulta en este caso prácticamente excluido, porque en Suiza, debido a las reservas de parte de los consumidores y, conforme a la experiencia, podría colocarse carne de antílope en el mercado sólo con mucho esfuerzo e incluso bajo una correcta denominación pero, en ningún caso, en grandes cantidades⁹.

Al lado de los casos de celebración de una compra que en sí misma puede ser vista como “neutral” se ubica un segundo grupo de casos donde la colaboración es hecha mediante la prestación de un servicio con apariencia externamente inofensiva. En este punto son de especial actualidad particularmente dos constelaciones de casos: en primer lugar, los servicios que ofrecen los medios de comunicación de masas. La cuestión que aquí se plantea es si los trabajadores responsables de la conducción de una empresa de servicios pueden ser responsabilizados penalmente cuando los clientes abusan del medio de comunicación, por ejemplo, para la difusión de escritos pornográficos o grabación de imágenes¹⁰. La segunda cuestión a resaltar son los casos de colaboración de empleados bancarios con el encubrimiento de las ganancias de intereses. Este grupo de casos ha tenido en Alemania una relevancia práctica, especial-

9 BGE 119 IV, p. 294; de acuerdo ROXIN (nota 3), p. 516; recientemente, con una postura crítica HARALD NIEDERMAIR, en ZStW 107 (1995), pp. 507, 525 y s.

10 Cfr. BGE 121 IV, p. 109; cfr. también los hechos de la sentencia del AG de Múnich, en NSIZ 18 (1998), p. 518, con anotaciones de PELZ; al respecto, también HANS-HEINER KÜHNE, en NJW 52 (1999), pp. 188 y ss.

mente a través de la huida de capitales a causa de la introducción del impuesto reducido del interés bancario (*Zinsabschlagssteuer*)¹¹.

II. LA SISTEMATIZACIÓN COMO PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO-PENAL

La problemática que atañe a la colaboración de apariencia externamente inofensiva no puede ser tratada con los instrumentos dogmáticos tradicionales, éstos “por lo menos” ya no resultan adecuados.

Que la problemática de los supuestos bosquejados deba contemplarse como contribuciones causales al hecho, no significa por ello que deba ser tomada en cuenta, porque si no el actuante principal podría haberse provisto fácilmente de cualquier tipo de ayuda, bien por su cuenta, bien de cualquier otro modo, tal como lo habrían planteado para la comprobación de la causalidad, de un modo general, las consideraciones de la causalidad hipotética¹². Mucho menos puede ser traída a colación la causalidad del aporte del cómplice con la consideración de que el hecho principal de todos modos se sitúa lejos de él. Diferente a la colaboración prestada al autor después de la consumación del hecho principal, se ve menos problemática la punibilidad de una colaboración brindada en el estadio de preparación al hecho principal posterior¹³. Sin embargo, la punibilidad fracasa en este supuesto de todos modos porque el hecho principal en cuestión, visto por separado, es tan indeterminado que escapa al dolo del cómplice¹⁴.

11 Cfr. BverfG, en *StV* 14 (1994), p. 353, con anotaciones de STRECK, respecto a la cuestión de la constitucionalidad de la intervención sobre el Dresdner Bank por sospecha de complicidad en defraudación de impuestos. En lo que va hasta la fecha también hay una primera sentencia donde se declaró culpable y condenó a un trabajador de una caja de ahorros por complicidad en defraudación de impuestos (LG Wuppertal, sentencia del 19 de mayo de 1999-29/98 VI). Contra esta sentencia la defensa interpuso el recurso de revisión, pero la decisión del Tribunal Federal Supremo sigue pendiente.

12 *BGE* 79 IV, p. 145; REHBERG (nota 1), p. 105, nota 178; VITAL SCHWANDER. *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Zurich, 1964, n. m. 267a. De la doctrina alemana cfr. ROLAND HEFENDEL. *Jura*, 1992, pp. 374 y 376; ANDREAS RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41 y 42; ROXIN, en *LK* (nota 2), § 27, n. m. 19; ROXIN (nota 3), p. 514; SCHUMANN (nota 4), p. 54; CLAUS VOLK, en *BB* 1987, pp. 139 y 141.

13 Cfr. *BGE* 109 IV, p. 150; REHBERG (nota 1), p. 107; RIKLIN (nota 1), § 18, n. m. 43; HANS SCHULTZ. *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. 1, 4.^a ed., Berna, 1982, p. 297; TRECHSEL (nota 1), art. 25, n. m. 8; TRECHSEL y NOLL (nota 1), p. 212; también STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 86 ss., aunque refiriéndose solamente a la problemática de la colaboración para la consumación del hecho principal.

14 En general, sobre las exigencias referidas al dolo del cómplice para la concreción del hecho principal, cfr. *BGE* 113 IV, p. 109, también STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 117. Se discute si el autor, según la representación del cómplice en el momento de la colaboración, ya debe haber tomado la decisión de perpetrar el hecho; así *BGE* 117 IV, pp. 188 y 189; *BGE* 121 IV, p. 120; REHBERG (nota 1), p. 109; otro punto de vista, STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 116, así como la jurisprudencia y doctrina alemanas: cfr. *BGHSt* 2, pp. 344 y 346; *BGHR*, *StGB* § 27, apartado 1, dolo p. 9; ROXIN, en *LK* (nota 2), § 27, n. m. 31.

Sin embargo, menos convincente resulta el querer resolver, de un modo general, la problemática de las contribuciones en apariencia visiblemente inofensivas al hecho, en el ámbito del tipo subjetivo¹⁵. La fijación en el dolo abre, en principio, la puerta a afirmaciones que “bajo la pretendida idea de protección” ponen más bien en peligro la seguridad jurídica¹⁶, lo que finalmente termina en una proximidad peligrosa al Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrecht*)¹⁷. Además, la referencia al tipo subjetivo tampoco convence en la práctica: ¿es que el punto de vista decisivo debe radicar realmente en la parte subjetiva, incluso cuando el cómplice potencial llega a tener conocimiento de las circunstancias tal vez de un modo casual, de manera que él, en virtud de ese conocimiento, no tendría la posibilidad de ser excluido de la comisión de un delito?¹⁸. Si por contra, se quiere afirmar esto, entonces la consecuencia sería, por ejemplo, que a una persona famosa, de la que se sabe que vive en continuas peleas conyugales, “como puede ser el caso de un artista conocido, o de algún personaje público”, no podría ponerse a su disposición ningún objeto peligroso con idoneidad para ser empleado como instrumento delictivo, toda vez que de actuarse así ya se podría asumir el riesgo de una responsabilidad por complicidad. En vista que cada objeto podría prácticamente ser empleado abusivamente de modo delictivo, en el caso de un chantaje, el abuso podría hacer parecer a las personas como “sospechosas”¹⁹.

La exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de las conductas cotidianas o típicamente profesionales es, por lo antes visto, un asunto que no atañe ni a la causalidad ni al dolo, sino más bien a la imputación objetiva²⁰. En el fondo se trata de determinar los límites del comportamiento jurídicamente permitido²¹.

Entonces el planteamiento decisivo reza del modo siguiente: ¿es suficiente la existencia de un aporte causal del cómplice para la realización del hecho principal, o si dentro del grupo de aportes causales para la comisión de un delito es posible hacer una selección de criterios valorativos (normativos)?

15 Sin embargo, así todavía algunas sentencias del *BGE* 109 IV, pp. 150 y ss.; *BGE* 111 IV, pp. 34 y ss.; cfr. también SCHUMANN (nota 4), p. 56, con referencias a la jurisprudencia del Tribunal del Imperio.

16 SCHILD TRAPPE (nota 5), pp. 188 y s.

17 Cfr. WINFRIED HASSEMER, en *Wistra* 14 (1995), pp. 41 y 43; BRIGITTE TAG, en *JR* 61 (1997), pp. 49 y 51.

18 Rechaza esta postura STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 115, y le sigue RIKLIN (nota 1), § 18, n. m. 34; también se muestra crítico TRECHSEL (nota 1), art. 26, n. m. 6a.

19 Crítico en este sentido también HARRO OTTO, en *Zkred* 47 (1994), pp. 774 y 779; REHBERG (nota 1), p. 105; otro punto de vista, NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507, 737 y ss., quien lleva a lo absoluto la teoría de la protección de bienes jurídicos.

20 En este sentido HASSEMER, en *Wistra* 14 (1995), pp. 41 y 44; en la materia también REHBERG (nota 1), p. 109 s., quien en los casos en que el cómplice actúa con *dolus eventualis* basa la delimitación de la punibilidad en el principio de confianza.

21 Al respecto cfr. también las críticas de HARRO OTTO, en *Festschrift für Lenckner*, pp. 211 y s; VOLK, en *BB* 1987, pp. 139, 142 y ss., a la jurisprudencia del Tribunal Federal en los casos de complicidad mediante el ejercicio de la abogacía.

III. CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LA CREACIÓN PERMITIDA Y NO PERMITIDA DE RIESGOS

En principio, la jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en que una delimitación de la relevancia penal de la colaboración rebasa la exigencia de la causalidad²². Sin embargo, lo discutido es el criterio que en este sentido debe ser aplicado.

El Tribunal Federal se ha pronunciado sobre esta problemática en su fallo sobre el caso reseñado de la venta de carne de antílope, y en la doctrina también ha habido pronunciamientos al respecto²³. En el caso de la carne de antílope, el tribunal consideró que no hacía falta decidir sobre el criterio “correcto” porque prácticamente su punto de vista coincidía con lo defendido por la doctrina, en el sentido de afirmar la punibilidad²⁴. En otra sentencia recaída en el año 1994 el tribunal, refiriéndose a la misma problemática, destacó esta vez expresamente que “todavía no tenía una postura definitiva”²⁵.

De otra parte, echando una mirada a la doctrina, se comprueba que la problemática de la complicidad mediante una conducta neutral constituye uno de los problemas más discutidos de los últimos años en el ámbito de la autoría y la participación. Junto a un raudal de artículos²⁶ también abundan muchos estudios monográficos²⁷. Simplificándose de alguna manera, pueden reseñarse en lo esencial tres enfoques: mientras HASSEMER hace referencia al criterio de la “adecuación profesional” (*professionelle Adäquanz*), SCHILD TRAPPE y SCHUMANN hacen lo propio con el planteamiento de la “solidaridad con el injusto ajeno” (*Solidarisierung*). Pero la opinión defendida por STRATENWERTH, que al mismo tiempo constituye la doctrina dominante, sostiene que la imputación de la responsabilidad jurídico-penal va a depender de que la conducta del cómplice potencial exprese una relación delictiva de sentido suficientemente clara. Sin embargo, la cuestión discutida por los partidarios de esta concepción es en función de qué criterio se podría establecer aquella relación de sentido. Sobre esta cuestión me referiré en detalle más adelante; antes quiero abordar los aspectos fundamentales de las opiniones discrepantes.

22 De otra opinión, al menos a este respecto, NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507 y ss.

23 *BGE* 119 IV, pp. 292 y ss.

24 *BGE* 119 IV, p. 294.

25 *BGE* 120 IV, p. 272.

26 Baste aquí la referencia a las recientes contribuciones de dos libros homenajes: OTTO (nota 21) y THOMAS WEIGEND, en *Festschrift für Nishihara*, Baden-Baden, 1998, pp. 197 y ss.

27 STEFAN ROGAT. *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, Frankfurt am Main, 1997; GRACE SCHILD TRAPPE (nota 5); HERIBERT SCHUMANN (nota 4); MARCUS WOHLLEBEN. *Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen*, Munich, 1996; WOLFF-RESKE, Monika (nota 5).

A. La teoría de la adecuación profesional

HASSEMER²⁸ concibe su punto de vista como una evolución posterior y concreción de la teoría de la adecuación social²⁹ fundada por WELZEL³⁰. La adecuación profesional es definida por él como “la conducta aceptada y regulada socialmente que no necesita sustraerse del análisis y la valoración jurídico-penal porque las normas del Derecho penal no la neutralizan, sino más bien la complementan, trazan sus contornos, la concretan, y tiene lugar en determinados ámbitos sociales de la acción, sin que con ello contradigan las prohibiciones penales”³¹. Aplicándolo al sector financiero, que para HASSEMER ocupa el primer plano de su interés, señala que “la actividad financiera no es ninguna subcultura como para que las normas ubicuitarias del Derecho penal intenten neutralizarla, sino una institución que tiene su desarrollo en el Estado y la sociedad, en tanto haya un interés racional de por medio, y ella se armonice de un modo abierto y permanente con las normas estatales”³². La exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el ámbito de la actividad financiera se deduce así, para HASSEMER, de la siguiente consideración: se trata de una actividad profesional que se desenvuelve en el marco de un campo profesional socialmente deseado³³.

La concepción de HASSEMER, a mi modo de ver, no convence por varias razones. Hay que advertir, en primer, lugar que prácticamente toda actividad se transformaría en una profesión, dando origen a abusos en cada campo profesional. Por tanto, sería necesario contar con unos criterios en virtud de los cuales se pueda determinar las profesiones “admisibles” de las “no admisibles” y después, dentro de las profesiones “admisibles”, las normas “adecuadas” de la actividad profesional³⁴. Pero HASSEMER no indica en este sentido los criterios aplicables³⁵.

De otra parte, la actividad profesional en sus consecuencias no permitiría una delimitación de la responsabilidad en el ámbito mismo de la esfera profesional, sino más bien trascendería a ella³⁶. La cuestión que surge entonces es si las normas de comportamiento socialmente relevantes para un determinado campo profesional pueden tener preferencia a las normas ubicuitarias vigentes del Derecho penal. HASSEMER postula

28 HASSEMER, en *Wistra* 14 (1995), pp. 41 y ss., 81 y ss.

29 El criterio de la adecuación social es rechazado en la actualidad, en general, por ser demasiado vago y prácticamente no convincente; cfr. WOLFGANG FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, p. 296; OTTO, en *ZkredW* 47 (1994), pp. 775 y 777; id. (nota 21), p. 201; SCHILD TRAPPE (nota 5), p. 183; SCHUMANN (nota 4), pp. 55 y 56; TAG, en *JR* 61 (1997); pp. 49 y 52; WEIGEND (nota 26), pp. 200 y s.

30 HANS WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlin, 1969, pp. 55 y s.

31 HASSEMER, en *Wistra* 14 (1995), pp. 81 y 85.

32 Ídem.

33 *Ibid.*, pp. 81, 84 y ss.

34 OLIVER LÖWE-KRAHL, en *Wistra* 14 (1995), pp. 201 y 205.

35 Cfr. HASSEMER, en *Wistra* 14 (1995), pp. 81 y 86; en este punto también OTTO (nota 21), p. 203.

36 RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41 y 42.

ciertamente estas consideraciones, pero no las fundamenta. Si el farmacéutico que conoce a una mujer de la que él sabe que tiene intenciones de matar a su marido, le vende un remedio para plantas, no puede invocar el haber actuado en el marco de su actividad comercial cotidiana; entonces tampoco tiene que regir lo contrario en el caso de la actividad bancaria. Así como la participación en un homicidio no pertenecería a la actividad comercial cotidiana de un farmacéutico³⁷, tampoco formaría parte de la actividad comercial de un empleado bancario la colaboración a un encubrimiento de las ganancias de intereses³⁸.

Por último, la solución tampoco tiene que depender de que una acción concreta en su aspecto puramente exterior forme parte de la actividad comercial habitual de una determinada persona; puesto que el criterio determinante de la relevancia jurídico-penal de una actividad radica más bien en el riesgo potencial inmanente a la acción misma. Ejemplo³⁹: la punibilidad de una persona que pasa en limpio una declaración falsa de impuestos no puede depender de si actúa en el marco de los deberes de la profesión de secretaria activa del deudor tributario, o de si lo lleva a cabo como un favor por ser esposa de éste⁴⁰. Lo decisivo es si el comportamiento en cuestión, en referencia al delito de defraudación de impuestos, tiene el sentido de un riesgo permitido o no permitido⁴¹.

B. El planteamiento de la solidaridad con el injusto ajeno

SCHILD TRAPPE⁴² y SCHUMANN⁴³ postulan la existencia de una “solidaridad con el injusto ajeno” (*Solidarisierung*) del cómplice con el autor principal. Por su parte, SCHILD TRAPPE sostiene que la solidaridad se deduce necesariamente de la presencia de un dolo del cómplice mediante acciones exteriormente reconocibles, y que el autor además “reconozca y acepte como tal dicha solidaridad”⁴⁴. Para SCHUMANN la solidaridad depende más bien de que el cómplice “ingrese de manera reconocible en el lado del injusto”, es decir, que configure conjuntamente al autor del hecho principal una “causa común”⁴⁵.

37 GÜNTHER ARZT, en *NSiZ* 10 (1990), pp. 1 y 3.

38 Cfr. OTTO, en *ZkredW* 47 (1994), pp. 775 y 778.

39 Cfr. los hechos en la sentencia del BGH en *Wistra* 7 (1988), p. 261.

40 Cfr. LÖWE-KRAHL, en *Wistra* 14 (1995), pp. 201 y 205; TAG, en *JR* 61 (1997), pp. 49 y 52.

41 La consideración de que determinadas personas que tienen un empleo dependiente no podrían sustraerse de una participación mediante colaboración sin peligrar su puesto de trabajo es, en todo caso, un asunto de las causas de justificación; cfr. al respecto WOHLLEBEN (nota 27), pp. 130 y 145.

42 SCHILD TRAPPE (nota 5), pp. 186 y ss.; cfr. la posición crítica sobre este trabajo por parte de CLAUS ROXIN, en *JZ* 51 (1996), pp. 29 y s.; HANS SCHULTZ, en *ZBJV* 132 (1996), pp. 420 y s., y WOHLLEBEN (nota 27), pp. 96 y ss.

43 SCHUMANN (nota 4), pp. 56 y ss.; cfr. las críticas contra este trabajo de ROGAT (nota 27), pp. 118 y ss., 134.

44 SCHILD TRAPPE (nota 5), p. 188.

45 SCHUMANN (nota 4), p. 57.

Habitualmente se objeta a este enfoque el ser demasiado vago⁴⁶. Sin embargo, la objeción pierde peso cuando, en vez de detenerse meramente en el rótulo de la “solidaridad”, se pone atención a los criterios sobre los que la “solidaridad” se edifica en detalle. SCHUMANN afirma la presencia de una solidaridad con el injusto ajeno, por ejemplo, cuando el favorecedor mediante la acción de favorecimiento desvía el hecho principal del curso de su actividad habitual o racional, planificado de antemano, motivado independientemente del hecho y del autor⁴⁷. Por lo demás, la solidaridad se excluye cuando el aporte al hecho no muestra ninguna proximidad temporal ni material suficientes con el injusto del hecho principal⁴⁸. A ello hay que agregar que estos criterios no posibilitan una operación deductiva, sino que plantean la necesidad del empleo de valoraciones. Como es de ver, este planteamiento tampoco presenta grandes diferencias con la opinión dominante en la doctrina, sobre todo cuando se le confronta con el enfoque de la relación delictiva de sentido suficientemente clara.

Pero la objeción que en mi opinión cabe hacer contra el pensamiento de la solidaridad con el injusto ajeno tiene un sentido diferente. Si la complicidad ha de basarse en la solidaridad del cómplice con el autor principal, o con el injusto del hecho principal, entonces el fundamento del castigo de la complicidad contemplaría además que el cómplice mediante su comportamiento prácticamente aportaría ciertos elementos del ánimo (*Gesinnung*) jurídicamente desaprobados⁴⁹. Pero una concepción semejante no sólo crea el peligro de un Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrecht*)⁵⁰, el cual hay que rechazar categóricamente, porque el único fundamento de punibilidad de la complicidad no radica en que se tenga que punir determinados elementos del ánimo, sino más bien en “que el inductor y el cómplice participan en el hecho del autor, o que ellos únicamente contribuyen al injusto cometido por el autor”⁵¹, de manera que el cómplice con su comportamiento incrementa el riesgo para el bien jurídico que resulta afectado mediante el hecho principal⁵².

46 NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 505, 514 y ss.; OTTO, en *ZKredW* 47 (1994), pp. 775, 778 y 779; íd. (nota 21), p. 206; RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41 y 42; TAG, en *JR* 61 (1997), pp. 49 y 53; WEIGEND (nota 26); WOHLLEBEN, (nota 27) pp. 73 y s.

47 SCHUMANN (nota 4), p. 64.

48 *Ibid.*, p. 57; a este criterio también llega SCHILD TRAPPE (nota 5), p. 190.

49 Crítico al respecto MICHAEL KÖHLER. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 533.

50 Cfr. con respecto a esto ROXIN, en *JZ* 51 (1996), p. 29.

51 STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 79. Cfr. también, de modo general, sobre la teoría de la participación en el injusto, *BGE* 100 IV, pp. 3 y ss.; 101 IV, p. 51; 115 IV, p. 32; REHBERG (nota 1), p. 104 en conexión con la p. 96; SCHULTZ, en *ZBIV* 132 (1996), pp. 420 y 421; otra opinión defienden los representantes de la teoría de la corrupción: SREFAN TRECHSEL. *Strafgrund der Teilnahme*, Bern, 1967, pp. 31 ss; íd. (nota 1), art. 24, n. m. 3; TRECHSEL y NOLL (nota 1), p. 204; de otra parte, crítico con esta concepción STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 77 y s. Sobre el estado en la doctrina alemana, cfr. OTTO (nota 21), pp. 194 y ss., con mayores referencias. Así también NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507 y 513; REHBERG (nota 1), p. 106; ROXIN, en *JZ* 51 (1996), p. 29.

52 En este sentido también NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507, 513; REHBERG (nota 1), p. 106; ROXIN, en *JZ* 51 (1996), p. 29.

C. La teoría de la relación delictiva de sentido suficientemente clara

Si en lo fundamental cada forma de comportamiento, de la índole que sea, puede ser incluida en una relación delictivamente relevante mediante la actuación posterior de otras personas, salta a la vista claramente que una inclusión de todas las formas de comportamiento objetivamente útiles para la comisión del delito, de acuerdo con el planteamiento de la autorresponsabilidad de terceras personas, restringiría la libertad de acción del actuante individual en una extensión inadecuada. Realmente se podrá ver un determinado comportamiento favorecedor objetivamente de un delito como un injusto penalmente relevante, “como lo señala STRATENWERTH”, recién cuando “rebasando la medida de lo permitido, cree un riesgo jurídicamente desaprobado”⁵³. La cuestión decisiva es entonces: ¿con arreglo a qué criterios y medidas podríamos delimitar la creación de riesgos todavía permitidos de los ya no permitidos?

STRATENWERTH afirma la posibilidad de una colaboración penalmente relevante sólo cuando una determinada acción “bajo las circunstancias dadas, *por sí sola* tiene el sentido de contribuir a la comisión de un delito”⁵⁴. Pero el mismo STRATENWERTH tampoco niega la posible imperfección de su planteamiento, lo que deja abierta la cuestión en relación a con qué criterios ha de ser comprobada su propuesta en el caso concreto.

REHBERG se remite al criterio del “incremento de las posibilidades de éxito”, el cual brinda “un punto de partida para la exclusión de determinados comportamientos triviales y cotidianos”. Para REHBERG no son punibles en especial las prestaciones de ayuda que el autor habría podido obtener sin más e igualmente de cualquier otro modo⁵⁵. Para la fundamentación apela REHBERG al principio de confianza. Sin embargo, que se tenga que confiar “o poder confiar” en que “determinados comportamientos triviales y cotidianos” quedarán exentos de punición, es todavía un asunto por resolver.

Pero una restricción adicional del ámbito de la punibilidad podría aún realizarse para REHBERG en el lado subjetivo del tipo: según su punto de vista, una cooperación con dolo eventual es punible únicamente cuando exista “una señal clara” de una intención delictiva de parte del autor principal⁵⁶. En la doctrina alemana defiende un punto

53 STRATENWERTH (nota 1), § 13, n. m. 115.

54 Ídem; y siguiéndole, RIKLIN, § 18 n. m. 34. En esta misma línea, coincidiendo en los resultados GÜNTHER JAKOBS, en *ZStW* 89 (1977), pp. 1, 27; íd., en *StrfR. AT*, 2.^a ed., n. m. 24/17 s.; íd., en *GA* 1996, pp. 253, 261 y s.; FRISCH (nota 30), pp. 280 y ss., en especial las pp. 301 y s., 320 y ss.; LÜDER MEYER-ARNDT, en *Wistra* 8 (1989), pp. 281, 286 y s.; RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41, 46 y ss.; cfr. también BGH, en *NSiZ* 12 (1992), p. 498; crítico con estas consideraciones NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507, 508 y ss., 515 ss.; OTTO (nota 21), pp. 203 y ss., 206 y ss.

55 REHBERG (nota 1), p. 106; cfr. También TRECHSEL (nota 1), art. 25, n. m. 6.^a

56 REHBERG (nota 1), pp. 109 y s.; cfr. también la concepción discrepante, aunque con una aproximación

de vista parecido ROXIN⁵⁷: si el cómplice tiene un conocimiento seguro de la comisión del hecho principal, entonces la relación delictiva de sentido se ha de afirmar cuando, sin la contribución del cómplice, para el autor no tiene sentido actuar delictivamente; por contra, la imputación se excluye si para el autor principal la conducta del cómplice tiene un sentido plenamente independiente del hecho principal posterior⁵⁸. Si el cómplice no tiene un conocimiento seguro “por representarse la comisión del hecho principal sólo como posible”, entonces ya rige un criterio estricto: una imputación aquí entra en consideración únicamente cuando la contribución favorece a un autor reconociblemente inclinado a cometer el hecho⁵⁹.

Este enfoque es cuestionable porque no convence que la decisión sobre la contractualidad social (*Sozialverträglichkeit*) de un comportamiento favorecedor de un delito tenga que depender de una consideración subjetiva⁶⁰: ¿debería depender realmente la relevancia penal de un comportamiento de si el actuante obró con *dolus eventualis* o con dolo directo⁶¹? El peligro del Derecho penal de ánimo (*Gesinnungsstrafrecht*) no resulta menor, de ninguna manera, que la solución del *topos* de la solidaridad, que el mismo ROXIN rechaza precisamente con el mismo argumento⁶². Ciertamente, está fuera de discusión que el conocimiento del cómplice no se considere penalmente irrelevante; sin embargo, el conocimiento concierne directa y únicamente al dolo del cómplice, a cuya valoración sólo se puede llegar recién cuando el comportamiento posibilita en un sentido objetivo la imputación de la responsabilidad jurídico-penal. Si bien en el plano objetivo las intenciones de los autores tampoco son consideradas insignificantes, asimismo tampoco aquí es decisivo que el cómplice tenga que conocer las intenciones del autor principal; lo decisivo es más bien que esas intenciones se dejen conocer con suficiente claridad a partir del contexto donde se desarrolla la acción, lo que a su vez conduce a la cuestión de que la conducta del cómplice en una valoración objetiva adquiere otro sentido, de contenido social⁶³.

La cuestión subyacente es: ¿existen criterios suficientes y concretos en virtud de los cuales se pueda valorar la relación delictiva de sentido de un comportamiento determi-

en el resultado, de VICTORIA NEUENSCHWANDER-HESSE. *Die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Beihilfe nach Art. 25 StGB*, tesis doctoral, Zürich, 1954, p. 62: esta autora quiere negar el carácter objetivo del favorecimiento en el caso de las conductas socialmente adecuadas; de este modo fracasa la invocación a la adecuación social de parte de quien actúa abusando de su actividad profesional con *dolo* para favorecer la comisión de un delito.

57 Cfr. ROXIN, en *LK* (nota 2), § 27, n. m. 17 y ss.; *id.*, *Festschrift für Stree/Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 379 y s.; *id.* (nota 3), pp. 512 y ss., siguiéndole WOHLLEBEN (nota 27), pp. 121 y ss.

58 ROXIN, en *LK* (nota 2), § 27, n. m. 17.

59 *Ibid.*, n. m. 21.

60 Cfr. también FRISCH (nota 30), pp. 283 y ss.

61 Crítico al respecto TAG, en *JR* 61 (1997), pp. 49, 51; WEIGEND (nota 26), p. 199.

62 Cfr. también FRISCH (nota 30), p. 298; WEIGEND (nota 26), p. 200.

63 Cfr. también RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41, 44 y s.

nado? En la doctrina alemana es defendida con diversidad de argumentos la concepción que señala que la imputación depende decididamente de si el cómplice adapta su conducta a la finalidad delictiva del autor principal⁶⁴. Una adaptación relevante de la conducta existiría en este caso cuando las expectativas de conducta institucionalizadas no se llevan a cabo conforme al “rol” del actuante⁶⁵.

Pero esta concepción no representa más que una reformulación evidente de la teoría de HASSEMER. En consecuencia, vuelven a presentarse aquí todos los problemas que ya fueron objetados en el ámbito de la teoría de la adecuación profesional: una vez más queda abierta la cuestión de en base a qué criterio podría reconocerse un aporte de complicidad de la actividad adecuada a una profesión. ¿Sería suficiente, por ejemplo, que los bancos ofrezcan determinadas prestaciones de servicios en el marco de su actividad, aunque eventualmente comporten un abuso? ¿Cuál sería en este caso el criterio aplicable: el de una adaptación fundamentadora de la imputación del aporte de complicidad sólo cuando el criterio se refiere a una adaptación en el caso concreto, o más bien podría bastar una adaptación general, algo más o menos con vistas a las exigencias difundidas de un amplio sector de clientes? Todas estas cuestiones quedan aún abiertas.

Por lo demás, hay que destacar que esta concepción resulta por una parte convincente cuando en la adaptación al plan delictivo del autor principal se reconoce un indicio para la imputación de la responsabilidad jurídico-penal del cómplice; pero, de otra parte, no convence que en los casos donde el aporte del cómplice, que es llevado a cabo en el marco de su actividad profesional, coincide casual y perfectamente con el plan delictivo del autor principal, se le tenga que absolver sin más desde el principio⁶⁶. Para aclarar esta cuestión, veámosla en un conocido ejemplo de la cátedra universitaria: la venta de un cuchillo a una persona involucrada en una riña que se viene realizando delante de la tienda sería descrita mediante la simple denominación “negocio de venta”, lo que es visiblemente insuficiente. La responsabilidad jurídico-penal del vendedor de cuchillos referida a la venta de este objeto no puede vincularse únicamente a la expectativa abstracta del rol, sino que debe tomar en cuenta el contexto concreto de la acción. En este sentido la pregunta que debe formularse no es qué es lo que se podría esperar de un vendedor de cuchillos, sino qué es lo que se tendría que esperar de un vendedor de cuchillos en dicha situación concreta. De una forma todavía más precisa: ¿bajo qué presupuestos el vendedor de cuchillos alcanzaría una responsabilidad jurídico-penal relevante por una actuación eventualmente delictiva de sus clientes?

64 LÖWE-KRAHL, en *Wistra* 14 (1995), pp. 201 y 205; WOLFF-RESKE (nota 5), p. 127.

65 *Ibid.*, pp. 129 y s.

66 *Ídem.*

D. La responsabilidad por el actuar vinculado de otras personas

La exigencia recientemente planteada de que la cuestión que ha de considerarse es el contexto situacional de la acción tampoco puede prestarse a malentendidos, toda vez que, según la concepción aquí defendida, aquella depende finalmente de una valoración global que hunde sus raíces en el sentido jurídico⁶⁷. La responsabilidad por el actuar vinculado de otras personas, visto de una forma más precisa, se limita a tres grupos de casos concretos, relativamente sistematizables⁶⁸:

1. Los casos en que el actuante lesiona determinadas normas de cuidado que tienen exactamente el sentido y la finalidad de excluir un actuar vinculado delictivamente, o de producir un efecto contrario. A modo de ejemplo, puede referirse, en este sentido, a las normas de cuidado con las que se quiere asegurar que determinados objetos peligrosos “como armas de fuego o medicamentos” no lleguen a parar a las manos de personas descuidadas⁶⁹.

2. Los casos de una actuación convergente con el autor principal. Visto en la práctica, este supuesto se refiere a los casos donde fracasa la posibilidad de una coautoría, bien porque el cómplice no reúne ningún elemento subjetivo esencial para la configuración de la autoría, bien porque su aporte al hecho es tan marginal que ni en su persona cabe siquiera hablar de una actuación con el dominio del hecho.

3. Los casos en que el actuante crea un riesgo para un bien jurídico puesto a su cuidado, por cuya integridad tiene que responder⁷⁰.

La capacidad de sugerencia de la concepción que aquí se presenta puede que a primera vista suscite algunos reparos en el sentido de entrever que la delimitación de la responsabilidad no obedece a un criterio único, sino más bien a tres criterios, más o menos independientes entre sí. Sin embargo, para una defensa esclarecedora de este planteamiento permítaseme la remisión a dos consideraciones: de una parte, hay que sostener que la división de un criterio conductor en diferentes subcriterios no revela una forma extraña de proceder, tal como sucede con la referencia al dominio del hecho como criterio determinante para la configuración de la autoría, de cuya recep-

67 En este sentido probablemente el BGH, en *Wistra* 7 (1988), p. 261, que consideró irrelevante las colaboraciones con el hecho principal de una defraudación de impuestos de empresa porque aquellas “de acuerdo a consideraciones valorativas no ejercieron finalmente una influencia”.

68 Cfr. en lo sucesivo también HEFENDEL, en *Jura* 1992, pp. 374 y 377; OTTO, en *Zkred* 47 (1994), pp. 775, 778; *id.*, en *FS Lencker*, pp. 222 y ss.; RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41, 43 y ss.

69 Al respecto, también WOLFF-RESKE (nota 5), pp. 141 y s.

70 En la doctrina se discute la cuestión de si en este caso, junto a los deberes propios de garantía, también la infracción de los deberes de auxilio y de denunciar, señalan un indicio de responsabilidad jurídico-penal; cfr. FRISCH (nota 30), pp. 320 y ss.; HEFENDEL, en *Jura* 1992, pp. 374 y 377; TAG, en *JR* 61 (1997), pp. 49, 56 y s.; crítico al respecto NIEDERMAIR, en *ZStW* 107 (1995), pp. 507, 519 y ss.

ción resultan las subcategorías conocidas como autoría directa, autoría mediata y coautoría, todas ellas con criterios en sí mismos independientes respectivamente⁷¹. Asimismo, si se quiere, el enfoque aquí propuesto podría acaparar para sí los planteamientos realmente decisivos, hasta volverlos prácticamente manipulables, es decir, aquellos que explican bajo qué presupuestos una persona puede resultar responsable por un actuar vinculado al de otras personas. Para demostrar esta afirmación, por lo menos a grandes rasgos, me permito realizar, a modo de conclusión, algunas consideraciones a los casos de la práctica de los tribunales penales reseñados al principio de este trabajo.

En los supuestos de la venta de objetos con una capacidad de ser empleados delictivamente se puede aplicar sin más, en un sentido pleno, el criterio de la norma de cuidado. Una responsabilidad jurídico-penal del vendedor resulta entonces cuando éste infringe determinadas normas de cuidado que el legislador ha creado para contrarrestar eventuales peligros que pueden darse a través de la actuación de terceras personas en el campo previo al inicio de una tentativa, del que constituye un típico ejemplo el caso del vendedor de armas que entrega al cliente un arma que requiere de licencia, sin que éste posea la licencia correspondiente. Por lo demás, en este nivel, de acuerdo a la situación jurídica actual, también tendría que resolverse el caso de la venta en el país de los aparatos de radio que carecen de licencia, los que, precisamente a falta de este requisito, ya no están habilitados para circular⁷².

Ahora bien, si la referencia a la infracción de una norma específica de cuidado no resulta suficiente, entonces la responsabilidad jurídico-penal del vendedor deberá resolverse de acuerdo al planteamiento de la convergencia. No obstante, en este punto es determinante el contexto situacional concreto⁷³. Entonces habrá que afirmar la punibilidad cuando la posibilidad de un uso legal del objeto resulte excluida. A mi modo de ver, esta posición fue asumida correctamente por el Tribunal Federal en el caso de la carne de antílope. Igualmente merece la misma calificación la sentencia del mismo tribunal en el caso de la venta de escáners y aparatos de recepción de transmisiones⁷⁴, porque el vendedor había entregado a sus clientes, junto con el aparato, una lista que indicaba detalladamente las frecuencias que estaban prohibidas por la supervisión. Lo que más bien me parece problemático es la sentencia del Tribunal Federal en el caso de la venta de los filtros bloqueadores de señales, como son los aparatos decodificadores de los canales de televisión por suscripción⁷⁵. Sólo la

71 Cfr. sólo en este aspecto RIKLIN (nota 1), § 18; STRATENWERTH (nota 1), § 13; TRECHSEL y NOLL (nota 1), § 31.

72 Cfr. SCHILD-TRAPPE (nota 5), pp. 3 y s., 140 y s.

73 Coincidiendo en el resultado SCHUMANN (nota 4), pp. 63 y s.; de otra opinión PUPPE, en *Nomos Kommentar, StGB*, previo al § 13, n. ms. 155 y ss., basándose en las valoraciones fundamentadoras del ordenamiento jurídico primario.

74 BGE 111, iv, p. 32.

75 BGE 114, iv, p. 112.

mera circunstancia de que la venta de estos aparatos haya aumentado desde la introducción del sistema de canales de televisión por suscripción no cambia en nada la situación de que esos aparatos puedan ser empleados legalmente, por ejemplo, por un radio aficionado. La punibilidad de la venta entonces aquí ya no depende únicamente de las circunstancias concretas del respectivo caso individual.

En los casos de prestaciones a las que se puede vincular un comportamiento delictivo, visto metodológicamente, tampoco rige un criterio distinto. La primera cuestión que aquí se plantea es si la lesión de una norma de cuidado por parte del actor principal excluye la vinculación delictiva del comportamiento de terceras personas. En los casos de las transferencias anónimas de dinero negro, este planteamiento deberá ser aplicado en la medida que las normas de la actividad bancaria no sean vulneradas en dicha transferencia, puesto que de este modo se garantiza la veracidad de las cuentas y se combaten las operaciones de lavado de dinero⁷⁶. Cuando falten semejantes normas de cuidado, o éstas no resulten lesionadas, entonces tendrá que volverse a contemplar la responsabilidad jurídico-penal conforme al planteamiento de la actuación convergente⁷⁷. En relación a los servicios disponibles de internet o de las telecomunicaciones, una complicidad penalmente relevante podrá admitirse en estos supuestos sólo cuando el prestador del servicio actúe de un modo convergente con el cliente, lo que presupone como mínimo que el prestador actúe con el conocimiento de estar favoreciendo la comisión de un delito.

Se deja constancia de lo siguiente: a lo mejor la concepción aquí defendida no ofrezca una delimitación conceptual convincente de la relevancia e irrelevancia penal de las contribuciones de complicidad; sin embargo, si aporta alguna ventaja, ésta radica en brindar algunos criterios mediante los cuales poder explicar de un modo sustancial las cuestiones problemáticas decisivas o, lo que es lo mismo, en base a qué supuestos una persona puede ser considerada responsable por un actuar vinculado al de otras personas. Sobre las consecuencias apropiadas de cada caso se podrá seguir discutiendo sin lugar a dudas, pero, en vista de la diversa configuración de los casos que se presentan en la vida real, esto tampoco puede ser de momento de otra manera.

76 Cfr. al respecto OTTO, en *ZKredW* 47 (1994), pp. 775, 780 y s.; íd. (nota 21), pp. 223 y ss.; RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41 y 43.

77 Cfr. sobre esto OTTO (nota 21), p. 224; RANSIEK, en *Wistra* 16 (1997), pp. 41, 44 y ss.

