

La complicidad punible por medio de acciones cotidianas (revisión de la obra de HANS KUDLICH: *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*).

I. Introducción y estructura de la obra

1. La obra objeto de revisión¹ está publicada en la colección «Strafrechtliche Abhandlungen. Neue Folge» tomo 156, de la Editorial Duncker & Humblot, en Berlín, el año 2004, y consta de 576 páginas. Este trabajo, que constituye básicamente el escrito de habilitación de Hans KUDLICH, se ocupa de un problema dogmático que se podría decir que se ha convertido en un «tema de moda»². En su investigación el autor trata de establecer los límites de la responsabilidad penal por el apoyo de hechos delictivos ajenos mediante conductas limitadas a la actividad profesional.

En efecto, son muchas las contribuciones que sobre este tema han aparecido en los últimos tiempos, y no sólo en Alemania³, sino

¹ Véase también PAWLIK, GA 2006, 240-241.

² Así se expresa, entre otros, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II («Besondere Erscheinungsformen der Straftat»), Ed. Beck, München, 2003, § 26/219.

³ Véase el elenco de trabajos que cita ROBLES PLANAS, *La participación en el delito. Fundamento y límites*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, 32 n. 28; IDEM, «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito», en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, 19 n. 4, a los cuales cabría añadir otros posteriores, como por ejemplo, HARTMANN, «Sonderregeln für die Beihilfe durch «neutrales» Verhalten?», ZStW 116 (2004), 585 ss.; KUDLICH, «“Neutrale Beihilfe” bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze - BGH, NJW 2001, 2409», JuS 2002, 751 ss.; IDEM, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2004; RABE VON KÜHLENWEIN, «Strafrechtliche Haftung bei vorsätzlichen Straftaten anderer», JZ 2002, 1139 ss.; ROXIN, AT II § 26/218 ss.; SCHALL, «Strafloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht», GS-Meurer (2002), 103 ss.; SCHNEIDER, «Neutrale Handlungen: Ein Oxymoron im Strafrecht? - Zu den Grenzlinien der Beihilfe», NSTZ 2004, 313 ss.; SCHOBLOCH, «“Man wird ja wohl noch fragen dürfen...” Neutrales Alltagshandeln bei Anstiftung?», ZStrR 121 (2003), 77 ss.

también en España⁴. Pero la obra de KUDLICH, en mi modesta opinión, constituye una de las mejores y más completas que al respecto se han publicado hasta el momento. No en vano la fundamentación teórica general, constitucional y jurídica penal de su propia solución, como se verá a continuación, es sencillamente «impresionante»⁵.

2. La obra de KUDLICH está dividida en cuatro partes: en la primera ofrece una aproximación a la cuestión objeto de investigación; en la segunda repasa y analiza las opiniones existentes hasta el momento de cerrar la obra (otoño 2003); en la tercera indica los fundamentos para una solución propia; y por último, desarrolla dicha solución.

A la hora de exponerla, en primer lugar formula unos puntos de vista guías de su contenido (424 ss.); en segundo lugar desarrolla unas reglas para el tratamiento de las conductas de apoyo limitadas a la actividad profesional (439 ss.); y en tercer lugar, procede a examinar su validez en una serie de casos en diferentes ámbitos de conductas profesionales (467 ss.). Las dos primeras cuestiones son las que vamos a exponer a continuación.

II. Los puntos de guía y sus fundamentos

Los **puntos de guía** que considera decisivos son tres: 1) los modos de ver un suceso (como apoyo delictivo o como conducta profesional neutral) y a quién le corresponde la carga de su fundamentación (427 ss.); 2) las intervenciones en la libertad y su idoneidad para la

⁴ A las obras que cita ROBLES PLANAS en el mismo lugar que antes, cabría añadir la monografía del propio Ricardo ROBLES, *La participación en el delito*, cit., y su artículo «Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos», cit.; el de LANDA GOROSTIZA, «La complicidad en el delito y los comportamientos «estándar» en el ámbito laboral: hacia un diagnóstico», LH-Lidón (2002), 263 ss.; y los de BLANCO CORDERO, «Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004 (BVerfG, Urteil v. 30.3.2004)», RGDP 3 (2005), 1 ss.; PÉREZ MANZANO, «Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las «conductas neutrales». La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004», LH-Rodríguez Mourullo (2005), 789 ss.; y RAGUÉS I VALLÈS, «Blanqueo de capitales y negocios *standard*», en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, cit., 127 ss., que se ocupan de la polémica cuestión de la aceptación por parte de abogados de honorarios de origen delictivo, que también ha dado lugar a una abundantísima literatura. El propio KUDLICH se ocupa de ello en 48 ss.

⁵ Así PAWLIK, GA 2006, 240.

salvaguarda del bien jurídico (433 ss.); y 3) los riesgos normativamente permitidos y los prohibidos (436 ss.). Veamos cada uno de ellos y su respectiva fundamentación.

1. Los modos de ver un suceso: apoyo delictivo vs. conducta profesional neutral.

En cuanto a los modos de ver un suceso considera que se debe elegir aquella posibilidad que permita observar potencialmente posible una conexión con una determinada lesión del bien jurídico (especialmente por razón de la causalidad de la conducta). En cambio, la elección de otra perspectiva es una excepción necesitada de fundamento.

A este respecto hay que traer a colación los **fundamentos de carácter general** que KUDLICH aborda en una sección de la tercera parte de su obra (171 ss.). En la misma examina las siguientes cuestiones: 1.º Si es posible conceptual y realmente calificar como neutrales las acciones limitadas a la actividad profesional (172 ss.). 2.º Si la intervención del Derecho penal en tales formas de comportamiento «neutrales» está sujeta ya, debido a consideraciones generales, a especiales limitaciones. La respuesta a esta pregunta depende, como es lógico, de las tareas y de la legitimación que se otorgue al mismo, y especialmente depende también de los límites de la pena (188 ss.). Y 3.º Puesto que las conductas neutrales limitadas a la actividad profesional vienen caracterizadas por otras normas sociales y jurídicas, se plantea la cuestión de las relaciones de los preceptos penales con esas otras normas (214 ss.).

a) En relación con el concepto de acciones neutrales, concluye que no se puede hablar de comportamientos absolutamente neutrales, sino sólo de *neutralidad dentro de determinados contextos*, y ofrece un **concepto de neutralidad**. Para KUDLICH «una acción es neutral en relación con un posterior resultado cuando aquélla no lo haya originado directamente, el protagonista directo no haya sido objetivo-exterioamente estimulado a través de ella y cuando según una perspectiva objetiva *ex post* la acción no se haya amoldado a la segunda acción de una manera remarcable» (182). En atención a este concepto, considera que dentro de las conductas limitadas a la actividad profesional existe una gran variedad de «grados de neutralidad» que irían desde la pura puesta a disposición sin contacto individualizado con el autor de una infraestructura (normalmente útil de modo correcto, aunque en el caso concreto) susceptible de ser utilizada de

modo abusivo, hasta la prestación de un servicio amoldado individualmente a la medida de los fines delictivos de autor, pasando por la prestación aunque individualmente aportada, sin embargo llevada a cabo conforme a la práctica habitual de la actividad y no amoldada especialmente al autor. Teniendo en cuenta el concepto de neutralidad ofrecido y la dependencia con respecto al contexto resaltada, entiende que la frontera entre las acciones neutrales y las que no lo son se encontraría entre el segundo y el tercer nivel en la escala de comportamientos acabada de señalar (185).

b) En cuanto a la **legitimación del Derecho penal en estas conductas**, toma como punto de partida la tarea de *protección de bienes jurídicos*, sin embargo, considera que las cuestiones fundamentales de la teoría del bien jurídico (en particular su «potencial crítico») no tienen un significado relevante para la cuestión por él estudiada (193); como tampoco la de si el bien jurídico debe ser concebido de forma concreta o de una forma abstracta, pues en realidad hay que tener en cuenta las dos (195). De ello extrae como consecuencia para el problema de las acciones neutrales de auxilio que la relación del profesional indirectamente causante de la lesión del bien jurídico también constituye normalmente una forma jurídico-penalmente relevante de ataque al bien jurídico protegido, y que, por tanto, la carga de la argumentación recae sobre aquellos que presumen la impunidad de estas conductas. Tampoco los *enfoques de legitimación desde la teoría social*, en particular el de la dañosidad social de AMELUNG (199 s.), y el de la estabilización contrafáctica de expectativas de conductas de JAKOBS (200 ss.), permiten, según él, una restricción generalizada de la punibilidad de estas conductas, y llega a la misma conclusión que para la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, es decir, que la carga de la argumentación recae también sobre aquellos que apoyan su impunidad (206). Sin embargo, esto no quiere decir que no existan ciertos límites a la intervención penal en estas conductas. En particular como *ultima ratio* habría que valorar dos datos importantes a la hora de intervenir penalmente en estas conductas: las consecuencias adicionales no deseadas de la punición y la forma de ataque al bien jurídico (209 ss.).

c) Y en cuanto a la cuestión de las **relaciones de los preceptos penales con otras normas**, primero aborda la relación de las normas penales con otros preceptos jurídicos, para luego examinar la influencia de las normas sociales en la interpretación de las leyes penales. Con respecto a la primera cuestión (215 ss.), empieza por señalar que dicha relación es bastante compleja. En unos casos las normas extra-penales sirven de complemento al tipo penal. En otros la dependencia es mayor, como cuando el tipo penal exige la infrac-

ción de normas administrativas o de derecho civil, o el tipo contiene un elemento normativo. Y por último habría otra serie de casos en que la relación no estaría tan clara, porque no existe ni una autonomía ni tampoco una dependencia evidente. En estos supuestos los conflictos entre dichas normas no se pueden resolver con criterios de *lex posterior o superior*, sino más bien tiene que ser una delimitación en atención al contenido: una *regulación con mayor riqueza de contenido prevalecerá sobre otra más pobre* (220). Esta idea lleva, entonces, a una interpretación de la norma más pobre de tal modo que sus consecuencias jurídicas no puedan ir en contra de la disposición de la más rica.

Pero la determinación de esta relación no es fácil, pues pueden darse diversas posibilidades: 1) que la norma extra-penal unas veces sólo contenga una regulación muy rudimentaria de la conducta profesional: en este caso no se puede decir que la norma extra-penal sea más rica en contenido que la prohibición penal; 2) que exista una regulación más o menos detallada, lo cual hace pensar que el legislador ha tenido en cuenta la potencial peligrosidad de la conducta, pero en una ponderación de intereses la haya tolerado. No obstante, esto tampoco tiene por qué llevar a la conclusión de la impunidad. Una cosa es que se toleren conductas peligrosas para bienes jurídicos, y otra que se apruebe su lesión dolosa; esta actitud interna (dolosa o imprudente) haría más rica la regulación penal; y 3) que el precepto extra-penal exista para impedir, precisamente, que una determinada prestación se utilice con fines delictivos, en cuyo caso no hay ningún problema, pues ambos preceptos vienen a cooperar entre sí (por ejemplo, la venta de armas sin observar la normativa administrativa correspondiente puede ser un argumento para la responsabilidad por el auxilio a la comisión de un delito con ese arma).

En cuanto a la influencia de las normas sociales en la interpretación de las leyes penales (226 ss.), pone de relieve cómo en numerosos ámbitos del Derecho penal las pre-estructuras sociales tienen bastante relevancia. La cuestión no es, por tanto, si no se deben tener en cuenta las normas sociales en la interpretación de las leyes penales, sino cuándo y de qué forma se puede hacer. Según KUDLICH, siguiendo a HASSEMER en este punto, se puede tener en cuenta el origen de la norma social. Existe una cierta presunción de que regulaciones que se han originado en ámbitos deseados socialmente y ajustados a derecho tienen escaso peligro de asegurar formas de conducta ilegales. Así pues, las normas sociales generadas en el ámbito de la actividad profesional se puede decir que invierten la carga de la argumentación, y que son causas de restricción de la punibilidad (234). Admitido que la norma social sea capaz de tenerse en cuenta en la interpretación de las leyes penales, se plantea la cuestión de en qué re-

lación se encuentra con una ley penal que la contradiga. Vuelve aquí a recurrir al criterio de la mayor riqueza de contenido (235). Por un lado, las normas sociales son más ricas en contenido, pues los tipos penales no suelen describir con detalle las concretas conductas. Por otro lado, la mayoría de las normas sociales tienen a la vista el caso estadísticamente normal, en el que se anuda a la conducta el curso «normal», inocuo y sobre todo no delictivo, de la vida diaria. Si, por esto, la norma social puede ser también vista como más rica en contenido, cuando de modo excepcional amenaza un suceso delictivo, es desde luego dudoso. Para tenerse en cuenta una de las dos sugiere que se proceda al examen de cuál de las dos se puede cumplir más fácilmente sin poner en cuestión de modo fundamental a la otra. La cuestión de qué criterios ofrece la dogmática penal para desarrollar dicho examen la reserva para después cuando se expongan los fundamentos jurídico-penales (*infra* II.3.).

2. *Las intervenciones en la libertad de obrar y su idoneidad para la protección de los bienes jurídicos*

En el segundo punto de guía relativo a las intervenciones en la libertad y su idoneidad para la salvaguarda del bien jurídico, afirma que las libertades afectadas por una sanción de la conducta (en particular la libertad de profesión) hay que considerarlas en la interpretación de las normas penales, lo cual puede llevar en el caso concreto a una ponderación. La amplitud de la intervención en las libertades (y por ello el peligro de un sobreesfuerzo del ciudadano) se determina sobre todo a través de dos componentes: la anchura *objetiva* de la conducta (externa) comprendida penalmente y la vinculación *subjetiva* con el hecho que se requiere. Cuantas menos formas de conducta se comprendan *objetivamente* y se establezcan exigencias más elevadas en la vinculación *subjetiva* con una lesión del bien jurídico, menos intensa será la intervención en la libertad (y por ello será menor el peligro de un sobreesfuerzo).

En relación con este segundo punto de guía hay que traer a colación los **fundamentos constitucionales** (242 ss.) que ofrece para dar una solución propia. En primer lugar, examina el significado de la garantía del art. 103 II de la Constitución alemana (GG) (=principio de legalidad) y las ventajas que pueda tener para la solución del objeto de la investigación (246 ss.), luego el derecho fundamental del art. 12 GG (=derecho a la libertad de profesión) y finalmente el principio de proporcionalidad (268 ss.).

a) En cuanto al **principio de legalidad**, considera que las exigencias de certeza que del mismo se derivan tienen que regir también para los diferentes criterios de exención de responsabilidad que se suelen barajar, esto es, tanto para las causas de exención de la pena en sentido estricto como para los complejos por él denominados como «influyentes» de la punibilidad (especialmente la teoría de la imputación). Estas exigencias derivadas del art. 103 II GG para la construcción de una solución propia se podrían calificar como formales. Sin embargo, de la GG se derivarían también exigencias de tipo material o de contenido, las cuales vendrían determinadas por la libertad de profesión y el principio de proporcionalidad.

b) En cuanto al **derecho fundamental a la libertad de profesión**, consagrado en el art. 12 I GG, comienza por destacar que la cuestión no es tanto si el § 27 StGB (=complicidad) lesiona el art. 12 I GG, sino más bien si la libertad de profesión tiene que tenerse en cuenta en la interpretación del § 27 StGB. Pues bien, según KUDLICH existen buenas razones para que también formas de comportamiento que puedan ser subsumibles en un tipo penal disfruten de la protección de los derechos fundamentales en general y que también las acciones de auxilio limitadas a la actividad profesional entren dentro del ámbito de protección del art. 12 I GG (278 ss.). Sin embargo, es necesaria una justificación constitucional si la correspondiente penalización supone una intervención en ese ámbito de protección, y es aquí donde entraría en juego el principio de proporcionalidad.

c) El **principio de proporcionalidad** (289 ss.) comporta que las intervenciones en posiciones protegidas por la Constitución sólo están permitidas cuando sean idóneas, necesarias y adecuadas (o proporcionales en sentido estricto) para la persecución de un fin legítimo. La persecución de un *fin legítimo*, según el autor, no sería ningún problema: la protección de bienes jurídicos (291). Como tampoco lo serían la *idoneidad* (292 ss.) ni la *necesidad* (294 ss.) de la prohibición de conductas de auxilio limitadas a la actividad profesional. Sin embargo, el problema se plantearía en la *adecuación o proporcionalidad en sentido estricto* (296 ss.). Para la solución del caso concreto hay que comparar, por un lado el valor del bien jurídico protegido y por otro el grado de intervención en la libertad de profesión. *Del lado del bien jurídico protegido*, hay que tener en cuenta que éste puede ser protegido de maneras muy diferentes a través de la sanción de servicios profesionales neutrales. Y *del lado de la libertad de profesión como objeto de intervención*, hay que tener en cuenta que ésta puede tener distintos grados de intensidad. Esta intensidad depende de la clase de actividad así como de la actitud subjetiva requerida para su penalización. Aquí podría verse reflejada la distinción de «grados de neu-

tralidad» que hizo más arriba [*supra* II.1.a)], así como la distinta actitud subjetiva requerida. La conclusión que extrae de todos estos fundamentos constitucionales de carácter material es que cuanto más neutral sea la conducta, menor es en principio la idoneidad para la protección del bien jurídico e inversamente mayor es la intervención en la libertad de profesión. Por eso, las dudas acerca de la proporcionalidad aumentan con el «grado de neutralidad» de una manera no sólo lineal, sino exponencial, pero también al revés (301).

3. *Los riesgos normativamente permitidos y los prohibidos*

En el tercer punto de guía admite, en el objeto de su investigación, la relevancia que puedan tener especiales permisos y prohibiciones de riesgo, como lo demuestran, respectivamente, el principio de confianza, por un lado, y la infracción de especiales normas relevantes en el ámbito de protección y la existencia de una posición de garante, por otro. No obstante, en razón a la función de fiscalización del Derecho penal los permisos de riesgos, que no tengan una base legal, solamente cabe admitirlos con mucha cautela.

En relación con este punto de guía hay que referirse a los **fundamentos dogmático-penales** (305 ss.) de su propia solución y para ello aborda tres grandes cuestiones: a) el fundamento del injusto en los delitos dolosos de acción; b) los principios de la imputación en caso de participación de varias personas en la comisión de un delito; y c) qué efecto produce en estos casos normales requisitos mayores o menores para una responsabilidad penal, como pueda ser una punibilidad por imprudencia legalmente establecida o que el profesional sólo se comporte por omisión.

a) Por lo que se refiere al **fundamento del injusto en los delitos dolosos de acción** (306 ss.), cabe destacar cuál es, según él, el *significado que corresponde al desvalor de acción en los delitos dolosos* (317 ss.), distinguiendo elementos referidos al autor (personales) y al hecho: el dolo y la peligrosidad de la acción. En particular, en la determinación del desvalor de acción resultaría decisiva la cuestión de si el autor ha creado un riesgo desaprobado para el bien jurídico protegido, y mientras que el elemento del riesgo se puede aprehender de modo más o menos empírico, sin embargo, el elemento de la desaprobación hay que determinarlo de modo normativo a través de la valoración de la conducta. Pues bien, esta valoración, según KUDLICH, no comporta que deba existir previamente una imprudencia como presupuesto de cualquier delito doloso (323 ss.), sino que el

desvalor de acción del delito doloso se caracteriza por una conjunción de elementos objetivos y subjetivos. Es más dicha conjunción parece indicar que en caso de desvalores objetivos distintos puede requerirse y ser suficiente un grado diferente de desvalor subjetivo de acción. Pero es preciso tener en cuenta además otros dos significativos *topoi* en la fundamentación del desvalor de acción, como son el *riesgo no permitido* y los *conocimientos especiales* del autor (333 ss.).

Con respecto al primero (338 ss.), hay que tener en cuenta que éste depende de la situación concreta y que las exigencias de seguridad muchas veces no se pueden formular independientemente del conocimiento del autor (341). Y con respecto al segundo *topos* (345 ss.), a propósito del conocido ejemplo de Jakobs del estudiante de biología que trabaja como camarero y que descubre, en virtud de sus conocimientos especiales, una rara fruta venenosa en la ensalada exótica, considera que no se puede admitir que un conocimiento especial, en el sentido de conocimiento positivo, deje intacto el riesgo permitido sólo en base a su carácter de «trascendente al rol» (349).

b) Examina, en segundo lugar, una serie de **cuestiones especiales en caso de participación de varias personas en la comisión de un delito**, como son la estructura general de estos casos (351 ss.), las cuestiones fundamentales de la dogmática de la complicidad (359 ss.), y los límites de la responsabilidad en estos casos (373 ss.).

En cuanto a la primera cuestión, KUDLICH considera que la valoración de un delito como obra en común en caso de participación de varios en un hecho y los consiguientes actos de imputación parten de una determinada organización en común. En particular, semejante colaboración no existe cuando se produce una pura vinculación arbitraria entre el primer actuante y el segundo. Rige también aquí, por tanto, el que las expectativas generales de conducta normativizadas por la ley tienen prioridad a cualesquiera otros roles sociales (como puedan ser los profesionales). Por eso, la conjunción producida del modo en que se establece en los §§ 25 II-27 StGB sólo puede disolverse normativamente en casos excepcionales, y por esto también recae la carga de la argumentación en aquellos que sostienen la impunidad para quienes apoyan dolosamente un hecho ajeno, aunque ello sea como profesional.

Entre las cuestiones fundamentales que trata de la dogmática de la complicidad, examina tres: 1) el fundamento de la punibilidad de la complicidad; 2) la aplicación de principios de la imputación objetiva a la complicidad; y 3) la cuestión de la complicidad psíquica. En cuanto al *fundamento del castigo de la complicidad* KUDLICH no se aparta de la doctrina mayoritaria y considera que reside en el ataque

accesorio al bien jurídico (359 ss.). Según esto, la complicidad tiene que ser una aportación causal al hecho (361 ss.), pero además *trasladando los principios generales de la imputación objetiva*, la acción de complicidad supone un incremento del riesgo, que se realiza en el resultado del hecho apoyado (363 ss.). En el caso de una conducta de apoyo limitada a la actividad profesional resulta discutible si dicha conducta era *ex ante* una que incrementaba objetivamente el riesgo. Podría no ser el caso, por ejemplo, si el servicio se podría haber obtenido en cualquier otra parte sin problema. KUDLICH considera que en el ámbito de las conductas de apoyo la cuestión del incremento del riesgo se trata de una consideración valorativa, en la que por un lado se introduce una *perspectiva de comparación cuantitativa* a través de la cuestión del «incremento», pero por otro los cursos causales hipotéticos no pueden quedar excluidos para el establecimiento de un incremento jurídicamente relevante como medida de comparación (366). De este modo, si el servicio se ofrece, consta que está a disposición del autor; si en cambio se rechaza ofrecerlo, su obtención, y por eso la completa introducción en un contexto delictivo, está sujeta a incertidumbres adicionales. Es en esta seguridad en donde reside el incremento del riesgo, que puede ser decisivo para apreciar una complicidad; sin embargo, si el incremento es insignificante es posible que no haya ningún injusto punible (368). Por último, en cuanto a la *complicidad psíquica*, en el sentido de un mero refuerzo de la decisión del autor y no como consejo técnico, no la excluye con carácter general, pero en los casos de conductas limitadas a la actividad profesional ésta no juega ningún papel autónomo (369 ss.).

Por lo que se refiere a los límites de la responsabilidad en caso de colaboración de varias personas, se ocupa de la *prohibición de regreso*, que para KUDLICH es, más que un instrumento de imputación, el resultado final de un proceso de imputación (374 ss.). Para este proceso lo que está en cuestión es la admisibilidad o no del riesgo, y si hay que buscar alguna causa objetiva para su admisibilidad, y por tanto para la prohibición de regreso, ésta se encuentra en el *principio de confianza* (376 ss.). Este principio dispensa de la obligación de observar en cualquier interacción si la otra parte puede comportarse de modo contrario al tráfico (o incluso delictivamente) y por ello de limitar al mínimo los contactos sociales para reducir los riesgos de punición. Sin embargo, llama la atención sobre el distinto papel que dicho principio juega en el actuar imprudente y en el doloso (380 ss.). Su ámbito de aplicación más importante es en los delitos imprudentes, mientras que hay que descartarlo en caso de dolo directo, porque aquí ya no se puede hablar de una auténtica confianza, sino sólo de una esperanza irracional. En caso de dolo eventual, en cambio, en-

cuentra aplicación si se trata sólo de una previsión abstracta de riesgos (siempre y cuando esto sea suficiente para fundamentar un dolo eventual). Por el contrario, si el dolo eventual se basa en indicios concretos de un comportamiento indebido, no cabe conceder una protección de la confianza, si bien la concreción de esos «motivos fundados» la deja para más adelante [*infra* III.c)].

c) Para concluir los fundamentos de carácter dogmático-penal, examina qué efecto puede tener para los casos normales los **requisitos mayores o menores de imputación** en especiales constelaciones de casos, como puedan ser la punibilidad por imprudencia legalmente establecida (390 ss.) o que el profesional sólo se comporte por omisión (405 ss.).

Por lo que a la *imprudencia* se refiere, toma como punto de partida la previsibilidad (objetiva) y la infracción del deber de cuidado como elementos del tipo de los delitos imprudentes. Ello descarta ya para la mayoría de los servicios limitados a la actividad profesional la posibilidad de reconocer su utilización para fines delictivos, porque para esto no se requiere una previsibilidad general de tal posibilidad de utilización, sino una previsibilidad concreta. Ésta, sin embargo, no se da en la mayoría de los servicios salvo en caso de conocimientos especiales. Con respecto a la infracción del deber de cuidado, según KUDLICH hay que distinguir entre el aspecto de la prestación del servicio en sí y lo relativo a la interacción con terceros: la prestación del servicio conduce sólo de modo excepcional a ulteriores deberes de control y de cerciorarse, cuya infracción puede fundamentar una negligencia. La interacción con terceros puede conducir también a una infracción del deber de cuidado cuando existen concretos indicios (que todavía habría que especificar) para una utilización delictiva. Sin embargo, el ámbito de aplicación de este grupo de casos es muy pequeño, porque el campo entre los concretos indicios suficientes en este sentido y la previsión segura (la cual conduciría a responsabilidad a título de dolo, por lo menos por complicidad) es también muy estrecho.

En cuanto a la *omisión*, parte de la presencia de un elemento de omisión en el reproche que se le puede hacer a un profesional por el apoyo de delitos ajenos a través de la conducta neutral. Este elemento consiste en la falta de distinción entre el cliente que actúa de modo delictivo y el que no lo va a hacer. Sin embargo, esta omisión no conduce automáticamente a una responsabilidad por omisión. Lo decisivo es que el centro de la reprochabilidad recaiga sobre la omisión, y esto solamente se produce cuando en el caso de un servicio socialmente adecuado se obtiene un gran número de clientes a la

vez a través de una conducta activa uniforme y además prevalece en número la utilización legal de esta conducta activa (409). Éste es el caso especialmente de una prestación de servicios de modo automatizado, sobre todo *ad incertas personas*, o de la creación de una infraestructura socialmente útil, aunque utilizable de modo abusivo (por ejemplo, el proveedor de internet). Según estos principios, si se puede interpretar la conducta profesional como una omisión, la cuestión de una *posición de garante* es entonces decisiva (411 ss.).

Finalmente se pregunta cómo pueden influir en los tipos de apoyo *deberes superpuestos* de actuar en favor del bien jurídico amenazado, concretamente en virtud de una posición de garante o de preceptos generales de solidaridad (§§ 138, 323c StGB) (416 ss.). Sin embargo, estos deberes no tienen gran importancia práctica en el problema de conductas de apoyo neutrales: los preceptos generales de solidaridad, porque no fundamentan ninguna competencia para el bien jurídico y por eso no contienen ninguna valoración concluyente; y las posiciones de garante, porque son muy escasas en la práctica.

III. Principios particulares de la responsabilidad penal para conductas de apoyo limitadas a la actividad profesional.

Después de haber formulado estos puntos de guía y de haber expuesto los fundamentos generales, constitucionales y jurídico penales de su propia solución, elabora entonces los **principios particulares de la responsabilidad penal para conductas de apoyo limitadas a la actividad profesional**. Estos principios los divide en tres grupos: a) Superposición de normas especiales, que proporcionan especiales permisos de riesgo o que por el contrario fundamentan una responsabilidad más elevada (439 ss.). Pero si no existen normas especiales, entonces hay que formular reglas generales, que distingue en función de que b) se trate de conductas dolosas de apoyo (443 ss.) o c) conductas imprudentes (465 ss.).

a) En el caso de que existan *normas especiales* que influyan en la responsabilidad recupera las consideraciones que antes formuló a propósito de los delitos de omisión [*supra* II.3.c)] y de las relaciones de preceptos penales con otras normas [*supra* II.1.c)]. En cuanto a los delitos de omisión, el argumento más importante *para una repercusión de los deberes de garante* era la competencia del garante con respecto a la integridad de un bien jurídico, que reprueba un apoyo de su lesión en cualquier forma. Por otra parte, *en contra de una pre-va-*

loración decisiva de los §§ 138 y 323c StGB se asienta sobre todo en la relación de niveles normativos así como la diferente dirección de protección de los deberes generales de solidaridad y de la responsabilidad especial por el menoscabo de un bien jurídico. En cuanto a las relaciones de preceptos penales con otras normas, en particular las extrapenales, vuelve a aplicar aquí el principio de la preferencia de los preceptos con mayor riqueza de contenido, si bien distingue entre *preceptos fundamentadores y eximentes* de la responsabilidad. Los primeros contienen una obligación de garantizar la integridad del bien jurídico. Pero es importante que la protección del bien jurídico no resulte sólo como reflejo o se persiga de modo indirecto. Más bien la interpretación tienen que conducir a la competencia del profesional en lo que concierne a determinados peligros. Y los segundos tienen que permitir extraer a través de la interpretación de la norma permisos especiales para determinados ataques (formalizados), que no sólo toleran peligros, sino que deben regir también cuando se produzca una lesión [*supra* II.3.a)].

b) La exposición de los *principios para la punibilidad de conductas dolosas de apoyo* comienza por explicar por qué para todas aquellas formas de participación dolosa que se puedan caracterizar como «apoyo» (descarta la inducción y la coautoría, y se centra en la complicidad y la autoría paralela) se pueden formular las mismas reglas. La razón estriba en que en todas parece obligada la elección de una perspectiva penal (esto es, orientada a la evitación de lesiones para el bien jurídico), para la cual una ruptura de una relación entre acción y resultado delictivo es una excepción necesitada de fundamentación (445). El que esté justificado el mismo tratamiento para la complicidad y la autoría paralela lo muestra también con ejemplos prácticos: como en la distribución de pornografía, en la que «hacer accesible» puede ser cometido por distintas personas en el marco del proceso de publicación (446). La siguiente cuestión que se plantea es qué reglas de solución generales encuentran aplicación en estos casos. Pero para el examen de si el profesional, por la manera de comportarse, puede ser responsable de un resultado delictivo co-causado a través de él, tiene que distinguirse entre correctivos objetivos y subjetivos de la imputación.

Por lo que a los **correctivos objetivos de la imputación** formula la siguiente *regla de solución*:

«Sobre la base de las consideraciones hasta ahora señaladas (en especial el principio de protección de bienes jurídicos, la función de fiscalización social del Derecho, la carga de argumentación para la elección de perspectivas, así como la conminación o no conminación de sobrees-

fuerzos) hay que tomar como punto de partida, que también formas de conducta neutrales limitadas a la actividad profesional pueden venir en consideración fundamentalmente como hechos objetivos de una complicidad o de otros delitos dolosos. Por consiguiente, no se produce una exclusión general del tipo objetivo. Sin embargo, hay que prestar atención, como correctivos objetivos «generales» de la imputación, en especial a las posibilidades de una falta de creación del riesgo en caso de pura intervención en el nacimiento del bien jurídico, de una valoración como pura omisión de deberes de control y de distinción y la exclusión por regla general de una complicidad psíquica (relevante para el resultado)» (448, cursiva en el original).

Esta regla tendría la siguiente *fundamentación* (448 ss.): 1) En primer lugar, en los casos en que el profesional con su prestación sólo favorece la posibilidad de delito a través de su colaboración en la *fabricación* del objeto material o del bien jurídico protegido, no existe ningún incremento del riesgo para el bien jurídico, sino al contrario un incremento de las posibilidades de que un Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos no pueda expresar ningún reproche (450)⁶. 2) En segundo lugar, normalmente también falta el tipo objetivo cuando la conducta del profesional hay que contemplarla según el *centro de la reprochabilidad sólo como omisión* de las diferenciaciones en su actuar. Esto presupone que un servicio socialmente adecuado se obtenga por un gran número de clientes a la vez a través de una conducta activa uniforme y además prevalece en número la utilización legal de esta conducta activa. Éste es el caso de una prestación de servicios o de bienes de modo automatizado o de la creación de una infraestructura socialmente útil, aunque utilizable de modo abusivo. Aquí el centro de reprochabilidad no recae sobre la colocación o el equipamiento de la máquina automática o sobre creación de la infraestructura, sino sobre la falta de diferenciación en la prestación del servicio. Sin embargo, no existe ningún deber de diferenciación en la oferta de servicios en sí no peligrosos, sino que haría falta la posición de garante requerida para una punibilidad por omisión [*supra* II.3.c)]. 3) Y en tercer lugar, la *complicidad psíquica* no juega *ningún papel autónomo* en las conductas limitadas a la activi-

⁶ Pone como ejemplos, la colaboración (externamente conforme al ordenamiento) de los empleados de banca en el caso de la inversión de dinero, incluso cuando saben que el cliente no quiere declarar los beneficios, pues la sola colaboración en el nacimiento de un hecho fiscalmente imponible no es ninguna participación punible en su ocultación; o el caso de la construcción de una casa a un conocido usurero de alquileres de viviendas, pues la sola colaboración en la creación de esa vivienda no es ningún apoyo punible en el posterior aprovechamiento de la escasez de viviendas; y lo mismo del empleado que sabe que el dueño evade los impuestos procedentes de las ganancias de la empresa.

dad profesional. Ésta sólo cabe limitarla a aquellos casos en los que el autor debería sentirse reforzado *objetivamente* a través del comportamiento, para lo cual es decisivo el contenido expresivo de la conducta [*supra* II.3.b)]. Pero en el actuar neutral limitado a la actividad profesional dicho contenido no recae nunca en un reforzamiento del autor, sino en el ejercicio de la actividad profesional.

c) En lo que atañe a los **correctivos subjetivos de la imputación**, formula brevemente la siguiente *regla de solución*:

*«Si, en consecuencia, también una conducta neutral limitada a la actividad profesional puede ser básicamente una acción idónea en el tipo objetivo, sin embargo, ello no conduce en atención a las consideraciones hasta ahora señaladas a que el tipo de delito sea completado en su conjunto con cualquier grado del dolo. Antes bien sólo existe un escaso desvalor de acción objetivo en base al especial merecimiento de protección de una conducta profesional, por un lado, y por otro, a la intensidad del favorecimiento claramente reducida frente a otras prestaciones de apoyo. Un cumplimiento del tipo, en el sentido de un injusto tipificado penalmente (esto es, especialmente desvalorado por la ética social), sólo se tiene en cuenta cuando el profesional en lo relativo a la utilización delictiva actúa con *dolus directus* o si tiene indicios concretos no sólo de la comisión del hecho, sino de la utilización delictiva de su prestación»* (458, cursiva en el original).

También aquí ofrece una *fundamentación* de esta regla (459 ss.), que sería la siguiente: 1) En casos de *dolus directus* de primer o de segundo grado, no existen dudas de que haya que imputar la conducta objetivamente idónea de apoyo también subjetivamente (459). Teniendo en cuenta el punto de vista guía propuesto de la ponderación entre la intervención en la libertad y la idoneidad para la protección de bienes jurídico no existe ninguna razón para una valoración distinta de la regla general de la dogmática usual del dolo. 2) Otro caso es si el resultado se considera sólo como posible, esto es, si se trata de *dolus eventualis*. Aquí es preciso distinguir según que el dolo eventual se base sólo en la *utilidad general* que casi cualquier servicio prestado puede tener para un hecho delictivo así como en la *naturaleza* «*superpeligrosa*» del profesional, que no es en ningún caso suficiente para fundamentar la punibilidad; o que, en cambio, el dolo eventual se base en *concretos indicios de desconfianza*. Estos concretos indicios dependen del caso concreto, pero tienen que referirse a la *utilización misma del servicio del profesional* (460)⁷.

⁷ Por ejemplo, en el conocido caso del panadero que vende un panecillo sabiendo que el cliente quiere envenenar con él a su esposa en el desayuno, según algunos autores daría lo mismo, en caso del conocimiento seguro, vender el panecillo o el vene-

d) Por último, como **principios para la punibilidad de conductas imprudentes de apoyo** (465 s.) KUDLICH señala que las conductas neutrales limitadas a la actividad profesional sólo pueden fundamentar una punibilidad por imprudencia si era previsible para el profesional sobre la base de fundados motivos que su prestación profesional será hecha por el autor directo componente de su plan delictivo. Pero por los principios generales que regulan la imprudencia [*supra* II.3.c)], la punibilidad a través de conductas profesionales sólo resulta imaginable en los delitos imprudentes de resultado, si bien hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos de conductas neutrales suele faltar la previsibilidad del resultado, salvo que existan indicios concretos (igual que en el dolo eventual), y por ello también la lesión del deber de cuidado.

IV. Valoración

1. Todos los trabajos que se han ocupado del problema de las conductas cotidianas o neutrales ponen de relieve el problema que subyace tras el mismo, a saber: el listón tendrá que estar lo suficientemente elevado como para que el castigo de dichas conductas no pueda suponer en la práctica una paralización de importantes sectores de la vida social (como el comercial, el laboral, el industrial, etc.), pero por otro lado, tendrá que ser lo suficientemente bajo como para que no quede en papel mojado la función protectora de bienes jurídicos que debe desempeñar el Derecho penal, que como hemos visto KUDLICH toma como fundamento para el desarrollo de su propia solución (*supra* II.1.b).

Se le ha acusado, por ello, de una «latente iliberalidad» en su planteamiento, puesto que «cuanto mayor sea el ámbito de la conducta punible, mejor para una protección eficaz de bienes jurídicos»⁸. La valoración sería bien distinta si se considerase que «el injusto penal no se contempla como que el autor individual tiene

no. De este modo, en caso de conocimiento seguro la venta del panecillo puede ser considerada como complicidad punible, e inversamente, en caso de un simple tomar como posible la venta de veneno sería impune. Por el contrario, si se requiere un concreto indicio sobre la utilización delictiva, entonces es más fácil de admitir la punibilidad cuanto más específico sea el significado de la venta del objeto para el hecho planeado: Si el vendedor de productos químicos sabe que el autor quiere *envenenar* a su víctima, debería ser ya suficiente como concreto indicio para la utilización planeada el *veneno* adquirido. Por el contrario, un panadero que tenga el mismo conocimiento no tiene que contar necesariamente en concreto con que su panecillo sea envenenado y servido.

⁸ PAWLIK, GA 2006, 241.

que responder por una lesión del bien jurídico, sino como que el autor en su rol como ciudadano de un Estado liberal infringió un deber de colaboración para con su comunidad jurídica»⁹. Estimo, sin embargo, que este punto de partida es más autoritario que el de la protección de bienes jurídicos. Una excesiva normativización en este ámbito, como la que se insinúa, creo que puede ser merecedora de las mismas críticas que en general se dirigen al funcionalismo sistémico¹⁰, y en particular quisiera resaltar la instrumentalización del individuo que se produce con este planteamiento. Desde mi modesto punto de vista considero que tan ilegítimo puede ser un extremo, que incurra en un puro Derecho penal de ánimo, que castigue meras intenciones, como el otro extremo, que prescinda por completo de aspectos subjetivos, y que se contente únicamente con juicios socio-normativos.

2. En lo que se refiere a la solución concreta que KUDLICH propone, en términos generales, me merece una valoración bastante positiva. En particular, me parece muy acertada la configuración que hace del desvalor de acción en los delitos dolosos [*supra* II.3.a)], y en este sentido considero que su opinión se podría encuadrar en lo que denominaría una solución mixta diferenciadora en el plano subjetivo, esto es, una teoría que baraja criterios de imputación distintos en función de la intención con la que el sujeto actúe. Dicha solución creo que se aproxima bastante a la sostenida por Claus ROXIN¹¹, y por ejemplo, los concretos indicios de desconfianza a que se refiere KUDLICH para el caso de obrar con dolo eventual [*supra* III.c)], poco se diferencian del criterio roxiniano de la «inclinación reconocible al hecho»¹². En mi modesta opinión, este tipo de soluciones mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo son dogmáticamente más correctas y políticocriminalmente más convenientes¹³.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Específicamente en este sentido en el tema de las acciones neutrales, entre otros, SCHNEIDER, NStZ 2004, 316-317, con ulteriores referencias; y con carácter general, su escrito de habilitación IDEM, *Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus*, Ed. Dunccker & Humblot, Berlin, 2004.

¹¹ En este sentido también PAWLIK, GA 2006, 240.

¹² Véase ROXIN, FS-Tröndle (1989), 197; IDEM, LK¹¹ § 27/21; IDEM, FS-Miyazawa (1995), 516; IDEM, AT II § 26/241.

¹³ Me remito a un trabajo mío, por el momento inédito, aunque espero publicarlo próximamente como libro (un resumen del mismo aparecerá publicado en el tomo XXVIII (2008) de la revista *Estudios Penales y Criminológicos*) y que presenté como tercer ejercicio de las pruebas de habilitación para Profesor Titular de Universidad celebradas en Sevilla entre mayo y julio de 2007.

3. Sin embargo, la tesis de KUDLICH sí creo que podría discutirse en algunos puntos concretos.

a) En primer lugar, me parece discutible la admisión de diversos grados de neutralidad en las conductas profesionales [*supra* II.1.a)] y la consiguiente relevancia que luego les otorga [*supra* II.2.c)]. Es más, algunos autores abiertamente consideran que la idea de neutralidad no existe. Por ejemplo, ROXIN considera que «no existen acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad a la que sirve»¹⁴. El término «neutrales» pudiera dar a entender que hay acciones que son a la vez punibles y no punibles. Sin embargo, *tertium non datur*. De todas formas, cabe admitir dicha expresión si lo que se quiere decir con ella no es que las acciones cotidianas o neutrales no puedan tener carácter delictivo, sino que dicho carácter no se manifiesta abiertamente. La cuestión es cómo descubrir tal carácter.

Pues bien, junto a una dimensión objetiva de los actos cotidianos, como a la que se refiere KUDLICH al hablar de diversos grados de neutralidad, existe también un *aspecto subjetivo* de trascendental importancia en estos casos, porque si sólo fuese por su configuración externa y objetiva, tales actos gozarían siempre de una apariencia de licitud. Sin embargo, y he aquí el aspecto central alrededor del cual se puede decir que gira toda polémica sobre los actos cotidianos o neutrales, debe añadirse también como característica propia de los mismos un elemento relativo a los conocimientos que tenga el que ejecuta la conducta cotidiana con respecto a la idoneidad de la misma para favorecer el hecho delictivo.

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

b) Y en segundo lugar, me parece también discutible el recurso a cursos causales hipotéticos para considerar que no hay un incremento del riesgo relevante penalmente [*supra* II.3.b)]. A mi modo de ver, si el juicio de peligrosidad de la conducta no sólo depende de los conocimientos especiales (y capacidades especiales) que tenga el autor, sino también de la intención con la que actúe (como el propio

¹⁴ ROXIN, AT II § 26/231.

KUDLICH reconoce también), entonces puede estar justificado seguir distintas reglas de imputación según la componente subjetiva. Si trasladamos esto al terreno de la participación, habría que afirmar la peligrosidad objetiva en aquellas acciones dolosas que favorezcan o posibiliten, aunque sea mínimamente, las posibilidades de comisión del delito. Y no vale decir que el incremento de riesgo no es relevante en estos casos, porque se trata de un objeto o de un servicio que se puede obtener en cualquier parte. Existe aquí, según yo lo veo, cierta similitud con el caso THYRÉN del tirador inexperto a larga distancia en cuanto que la conducta realizada produce un incremento del riesgo ínfimo, pero la intención con la que se actúa hace más peligrosa la conducta. No es que se le haga sólo más cómoda al autor la comisión del delito, ahorrándose el esfuerzo (aunque mínimo) de ir a la tienda de al lado o a otro profesional, sino que con su conducta está posibilitando, facilitando, favoreciendo o asegurando (y por qué no decirlo, también acelerando), el ataque a un bien jurídico ajeno por parte del autor.

LUIS ROCA AGAPITO
Prof. Titular de Universidad
Universidad de Oviedo