

LOS LÍMITES DE LA COMPLICIDAD PUNIBLE*

THOMAS WEIGEND
Universidad de Colonia

I. Introducción

Según el § 27 del Código Penal alemán, toda contribución dolosa al hecho punible de un tercero será castigada como complicidad. La prohibición de esta forma de participación en el delito comprende, por consiguiente, acciones que aparecen como neutrales y cotidianas y cuyo carácter delictivo no se manifiesta abiertamente. En Alemania, tal circunstancia ha sido considerada como problemática por parte de la doctrina, y en los últimos tiempos se discute, cada vez más, sobre la existencia de límites objetivos y/o subjetivos que excluyan la incriminación de conductas que favorecen la comisión de delitos cuando no excedan del marco de lo cotidiano y socialmente acostumbrado. La necesidad de pena de tales conductas ha sido cuestionada en reiteradas ocasiones, y se buscan criterios que permitan delimitar la «auténtica» complicidad de esta otra variante no merecedora de castigo¹.

El ámbito de las acciones o actuaciones «neutrales» que pueden constituir una contribución a la ejecución de un delito abarca desde los modos de conducta más comunes hasta aquellos de alta significa-

* Título original del artículo: «Grenzen strafbarer Beihilfe», publicado en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag, Nomos, Baden-Baden, 1998*, pp. 197-212. Traducción castellana de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Universidad de La Laguna) y Nicole Mutschke (Rechtsreferendarin, Düsseldorf).

¹ Una buena perspectiva sobre el estado de opinión actual en TAG, *JR* 1997, 49, 50-54; v. también la monografía de WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1997.

ción económica. De los numerosos ejemplos que se encuentran en la literatura sobre el tema tomaremos cuatro²:

1. T escoge un destornillador en una ferretería. El vendedor G le vende el mismo aunque sabe (o cuenta con ello) que T lo utilizará para forzar la puerta de una casa en la que planea robar.
2. T está forzando una caja de caudales. Debido a la dureza del trabajo le da mucha sed. G adquiere una lata de bebida de una máquina automática y se la ofrece a T. Éste último, una vez ha bebido, continúa su trabajo con renovadas fuerzas.
3. En un local, T extorsiona a O en presencia del abogado del primero, éste, el abogado de T, se limita a estar presente sin pronunciar una palabra³.
4. T se presenta con un maletín en su banco y solicita de su cuenta dos millones de euros en metálico con la intención de depositarlos en Luxemburgo para evadir los impuestos sobre los intereses generados. G, empleado de la entidad, le entrega el dinero⁴.

En cada uno de los casos anteriores se puede afirmar que G, conscientemente, ha facilitado a T la comisión de un delito, pero, por otro lado, su conducta individualmente considerada no se corresponde con la típica imagen de la participación criminal, sino que se mantiene dentro de los parámetros de lo que socialmente se espera de un «ciudadano normal» o de un funcionario o empleado (vendedor, empleado de banca) en el cumplimiento de sus funciones. Por ello, muchos autores niegan la punibilidad de G en todos o en algunos de los ejemplos expuestos. Los concretos resultados varían tanto como los motivos sobre los que se argumentan la impunidad de tales conductas, y la circunstancia de que en los últimos tiempos y de manera creciente se han dedicado esfuerzos a esta problemática, más que aclarar, han contribuido a complicar aún más el estado de la discusión.

En el marco de este modesto trabajo no puedo abordar los numerosos puntos de vista ofrecidos hasta ahora, tampoco desarrollar detalladamente una solución propia. Me limitaré a lo siguiente: repasar someramente las más importantes propuestas realizadas (II) e introducir un par de ideas en el debate que quizás puedan contribuir a su impulso (III).

² V. WOHLLEBEN (cit. n. 1), pp. 7-9, exponiendo no menos de 35 supuestos.

³ Compárese BGH StV 1982, 517 con comentario de RUDOLPHI.

⁴ V., sobre ello, OTTO, *Zeitschrift für Kreditwesen* 1994, 775; RANSIEK *wistra* 1997, 41.

II. Soluciones propuestas

1. Limitaciones de carácter subjetivo

En primer lugar, la punibilidad de la complicidad en los supuestos de conductas «neutrales» se deja limitar en el plano subjetivo. Ya que, según el § 27 del Código Penal alemán, la complicidad sólo se puede considerar cuando el interviniente actúa dolosamente en relación con el hecho principal, se pueden establecer diferencias entre las distintas formas de dolo. Así, estima Roxin que las contribuciones objetivamente neutrales deben castigarse como complicidad cuando, según lo establecido en el plan, son de valor para el autor y realizadas con dolo directo en relación con el hecho de este último. En caso contrario, cuando quien las realiza sólo percibe el riesgo de aparición del delito, actuando en relación al mismo con dolo eventual, entonces, en principio, deberá quedar impune, pues se puede apoyar en el principio de confianza⁵.

Estos intentos de diferenciar entre la complicidad punible y las contribuciones impunes a partir de las distintas formas de dolo no pueden convencer por varios motivos. Ante todo, falta un argumento sólido que justifique que aquél que («sólo», pero aún así) cuenta seriamente con la realización del delito, jurídicamente, puede confiar en que el autor no lleve a cabo su ejecución; mientras que en los supuestos donde la comisión del hecho principal se presenta más segura (¿cómo?) el principio de confianza no debe considerarse. Además, el Código Penal alemán no vincula diferentes consecuencias jurídicas a las distintas formas de dolo⁶, y ello con razón, pues la sistematización de las posibles posiciones internas de los autores en relación con su hecho constituye, como es sabido, uno de los más discutidos y difíciles problemas teóricos de la parte general. Finalmente, se le puede oponer a Roxin la cuestión de si, realmente, los elementos subjetivos pueden ser importantes para decidir la tolerancia social de una acción que objetivamente contribuye a la realización de un delito, pues que una misma conducta —como la entrega de una llave— puede ser cas-

⁵ ROXIN, en: *Leipziger Kommentar (LK)*, 11.^a ed. 1992, § 27 margs. 17, 21; el mismo, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 513, 516 (señalando que debe existir una excepción a la impunidad de estas conductas cuando el autor muestra una «inclinación reconocible» al hecho [p. 516]); en el mismo sentido, WOHLLEBEN (cit. n. 1), pp. 159-163; en un sentido similar, RANSIEK wistra 1997, 41, 44 (pero mezclando criterios objetivos y subjetivos de forma difícilmente comprensible).

⁶ Salvo en los casos previstos en la parte especial donde se exige expresamente un actuar consciente o intencionado.

tigada como complicidad si quien la entrega actúa con dolo directo, o impune si sólo percibía el riesgo de su realización, nos llevaría a un «Derecho Penal de la intención» (*Gesinnungsstrafrecht*)⁷.

2. Limitaciones de carácter objetivo

La gran mayoría de la doctrina intenta corregir los excesos en la punibilidad de la complicidad a través de criterios objetivos. Por lo general, las propuestas de esta segunda naturaleza se apoyan en la idea de que la responsabilidad penal sólo se puede fundamentar en un incremento inadecuado de peligro para un bien jurídico. Por tanto, quien se comporta conforme al rol que desempeña sólo hace uso del ámbito de libertad individual constitucionalmente garantizado, sin que deba responder en el caso de que un tercero utilice su actuación para facilitar la ejecución de un delito⁸. Parcialmente, en relación con este problema, se ha utilizado la idea de la prohibición de regreso⁹.

Las dificultades que presenta este otro proceder radican en determinar bajo qué condiciones una conducta incrementa inadecuadamente —esto es, de forma no tolerable— las posibilidades de realizar el hecho principal.

a) Que este problema pueda resolverse sólo con el concepto de adecuación social no es de recibo, pues, en realidad, tal término constituye el problema y no su solución¹⁰. Si una conducta socialmente adecuada no puede equipararse con lo que se estima usual en la vida social, sino con aquello que es necesario para garantizar una vida en común pacífica¹¹, entonces tal criterio no responde a la cuestión que nos ocupa: si,

⁷ V. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 298; TAG, JR 1997, 49, 51. HASSEMER wistra 1995, 41, 42 s., señalando el mismo problema sistemático, pues a su juicio una exoneración del autor a partir del dolo se presenta «demasiado tarde», pues el centro de gravedad de la imputación en un Derecho Penal del hecho debe quedar en el campo de lo objetivo.

⁸ En este sentido, por ejemplo, RAINER KELLER, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, 1989, p. 256; KINDHÄUSER, NSiZ 1997, 274, 275; MEYER-ARNDT wistra 1989, 281; RANSIEK wistra 1997, 41, 42; ROXIN, en: LK, § 27 marg. 22; STRATEN-WERTH, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1996, p. 378.

⁹ V. JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1991, margs. 24/14 s.; PUPPE, en: *Nomos Kommentar (NK)*, vor § 13 margs. 155 s.

¹⁰ Criticando la vaguedad del concepto de adecuación social, entre otros, HASSEMER wistra 1995, 41, 46, calificándolo como «agregación de lugares comunes» (*Sammelsurium von Gemeinplätzen*); HIRSCH, en: LK, 11.^a ed. 1994, vor § 32 marg. 29; TAG, JR 1997, 49, 52.

¹¹ Acertadamente, KELLER (cit. n. 8), p. 253.

excepcionalmente¹², se puede facilitar la comisión de delitos a través de acciones aparentemente neutrales o usuales. Sólo la circunstancia de que, frecuentemente, las conductas anteriores —la venta de destornilladores, ofrecer bebidas, etc.— tienen lugar sin que den motivo a una reacción por parte del Derecho Penal no permite deducir su impunidad en todo caso por ser socialmente adecuadas; pues la adecuación social, como atributo de una conducta, no es un criterio fijo que tenga validez para todas las soluciones imaginables, sino que sólo es determinable a partir del contexto concreto en el que actúa el autor¹³.

b) El mismo problema se percibe en una moderna formulación de la teoría de la adecuación social, la cual pretende negar la antijuridicidad del partícipe cuando el interviniente se mantiene dentro del marco de su legítima actividad profesional¹⁴. Así, Hassemer¹⁵ define la por él denominada «adecuación profesional» (*professionelle Adäquanz*), como «la actuación profesional normal, neutra, socialmente aceptada y adecuada a las normas», señalando que tales conductas «no precisan esconderse del análisis y valoración jurídico-penal», aun en los casos en los que quien las realiza conoce que el cliente empleará su servicio (por ejemplo, el ingreso o la retirada de dinero) para fines criminales.

Tampoco esta solución puede ser correcta con carácter general, porque desde una perspectiva axiológica el fundamento del castigo de la conducta de un cómplice no varía por el hecho de que ésta, externamente, se corresponda con una «normal» actividad profesional. Tal circunstancia la admite el propio Hassemer cuando reconoce excepciones a la general impunidad de las conductas socialmente adecuadas si, en el caso concreto, las prestaciones que aportan están hechas «a la medida» de los planes del autor¹⁶. Y la expresión «adecuación profe-

¹² FUCHS, *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 1995, pp. 320 y s., señalando, con razón, que los preceptos donde se tipifican las distintas formas de intervención accesorias, con carácter general, declaran socialmente inadecuadas favorecer la comisión de delitos. De forma similar, NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 533.

¹³ Así, en un estadio de fútbol, puede ser socialmente adecuado (y por ello no ofensivo) dedicar a los seguidores del equipo contrario palabras poco agradables; sin embargo, dedicar las mismas palabras a un compañero de facultad podría ser castigado como injurias.

¹⁴ Defendiendo esta solución, con divergencias en los detalles, por ejemplo, HASSEMER *wistra* 1995, 81-86; MEYER-ARNDT *wistra* 1989, 281; MOOS, en: LEITNER (edit.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, 1996, pp. 85, 106 s., 111-5.

¹⁵ *wistra* 1995, 81, 85.

¹⁶ HASSEMER *wistra* 1995, 81, 86. Admitiendo también la punibilidad de tales conductas cuando el partícipe favorece físicamente la «actuación inequívoca» del autor, MEYER-ARNDT *wistra* 1989, 281, 286.

sional» no es más que un modo de denominar la cuestión de cuáles son las condiciones que justifican la impunidad de las conductas a las que nos referimos¹⁷.

Ciertamente, es imaginable una excepción a la general punición de la complicidad, pero no en el sentido de que la «profesionalidad» del interviniente sea considerada como una carta blanca para el favorecimiento impune de conductas delictivas, sino a partir de la preferencia de la ley especial frente a la ley general: cuando el legislador (o una asociación o colegio profesional de acuerdo con la ley) establece determinadas normas de conducta para concretos ámbitos profesionales, las cuales deben garantizar la protección frente a agresiones de carácter criminal, entonces el profesional frente al reproche penal puede alegar que se ha limitado a cumplir la especial normativa prevista. Este principio puede ser válido para explicar el ejemplo del lavado de dinero: el empleado de banco que ha adoptado las medidas de cuidado previstas por la norma que regula esta actividad (*Geldwäschegesetz*)¹⁸ no responde como cómplice por el hecho de haber previsto que el cliente, gracias a su actuación, alcance su objetivo delictivo, ya sea el tipo de lavado de dinero (§ 261 del Código Penal alemán) o cualquier otro¹⁹. Sin embargo, tal excepción sólo puede ser válida cuando al empleado de banco le hayan sido impuestas por ley determinadas medidas de protección y cumpla correctamente con las mismas. El hecho de actuar conforme a lo que es usual dentro de determinada profesión, como en el caso del empleado de banco que veíamos en el ejemplo (4), por sí mismo, no puede fundamentar una excepción a la punibilidad de la complicidad, porque las normas generales de conducta previstas para los concretos ámbitos profesionales no pueden ser considerados como leyes especiales de prevención de determinados delitos.

c) Menor adhesión ha encontrado el criterio propuesto por Schumann, la *solidarización* con el autor. Según la teoría de Schumann aquél que contribuye a la ejecución de un delito por parte de un tercero sólo debe ser castigado como cómplice cuando «de este modo se solidarice con el hecho del autor, esto es, cuando ostensiblemente se

¹⁷ Correctamente, OTTO, *Zeitschrift für Kreditwesen* 1994, 775, 777. Con razón, NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 540, y WOHLLEBEN (cit. n. 1), pp. 157-159, cuestionando el motivo de privilegiar las actividades profesionales frente a las privadas habitualmente realizadas en la sociedad.

¹⁸ BGBl. I 1993, p. 1770.

¹⁹ Desde principios similares, pero en el caso del empleado de banco defendiendo un resultado totalmente distinto, OTTO, *Zeitschrift für Kreditwesen* 1994, 775, 780.

coloque del lado de la antijuridicidad»²⁰. Este penalista formula un principio general que fundamenta la punibilidad del cómplice, pero no ofrece ningún criterio de delimitación práctico para los casos dudosos²¹. La arbitrariedad de los resultados a los que llega Schumann a partir de su criterio confirma esta objeción²².

d) Una siguiente construcción, desarrollada sobre todo por Frisch, atiende a la «relación de sentido delictiva» (*deliktischer Sinnbezug*) de la conducta del partícipe. Este elemento concurriría (fundamentando el castigo) cuando el cómplice no puede hacer valer ningún interés legítimo propio en la realización de su contribución porque la misma deduce su sentido objetivo exclusivamente del plan delictivo del autor²³. Frisch concreta este principio a partir de distintos momentos como, por ejemplo, la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice, que actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber por su parte en el sentido de los §§ 138, 323c del Código Penal alemán²⁴. A través de estos elementos el criterio de la «relación de sentido delictiva» adquiere contornos aceptables, pues tal concepto, en sí mismo, no ofrece instrumentos de validez general para la solución de los casos dudosos. Ciertamente, se puede discutir sobre la idoneidad de las concretas circunstancias que ofrece este penalista para delimitar el ámbito de la complicidad punible frente a lo socialmente tolerado²⁵; y aún cuando los resultados a

²⁰ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 56 s.

²¹ Para la crítica v. también NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 512-515; OTTO, *Zeitschrift für Kreditwesen* 1994, 775, 779; ROXIN, en: *LK*, vor § 26 marg. 21; TAG, *JR* 1997, 49, 53.

²² Así, por razón de un diferente «significado expresivo», debe considerarse cómplice a quien vende un arma a un asesino, pero no a quien vende un destornillador al sujeto que planea robar en una casa; SCHUMANN (cit. n. 20), pp. 62 s., 66-68 (con más ejemplos de esta naturaleza).

²³ Fundamental, FRISCH (cit. n. 7), pp. 288 ss., 299 s.; en un sentido similar, JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, marg. 24/15; MOOS (cit. n. 14), p. 105; RANSIEK *wistra* 1997, pp. 41 y 45-47 (para quien la complicidad no exige que la prestación realizada por el cómplice sirva únicamente para fines delictivos); ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 515.

²⁴ FRISCH (cit. n. 7), pp. 289, 292 s., 313-315.

²⁵ Especialmente el criterio de los planes o intenciones delictivas del autor (FRISCH [cit. n. 7], p. 290, limitando esta exigencia a aquellas contribuciones que no tienen una relación de inmediación con el hecho principal). Pues no es fácil de entender por qué favorece al vendedor el hecho de que el asesino pueda utilizar la pistola para fines no delictivos como, por ejemplo, hacer ejercicios de tiro al blanco; correctamente, NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 532; RANSIEK *wistra* 1997, 41, 45; críticamente, también, WOHLLEBEN (cit. n. 1), pp. 75 s.

los que conducen parecen aceptables, es difícil reconducirlos a un denominador común, se llame «relación de sentido delictiva» o de otro modo.

e) La defectos presentes en la construcción de Frisch se hayan en todos los intentos expuestos que pretenden encontrar un criterio objetivo para diferenciar entre contribuciones socialmente toleradas y punibles. Cuando se observan las soluciones ofrecidas para las distintos grupos de casos, éstas parecen totalmente aceptables. Sin embargo, por lo general, dan la impresión de que, como «case law», se fundamentan en el sentimiento de justicia del autor correspondiente y que sólo en un momento posterior, para justificarlas y a partir de ellas, se ha procedido a realizar la construcción teórico-categorial que las comprende, estableciendo las reglas y excepciones que hemos visto²⁶. Esta circunstancia se corresponde con el carácter insustancial de los criterios propuestos, cuya principal ventaja aparenta estar en el hecho de que permiten dotar a su amplia cobertura conceptual de arbitrarias consideraciones extraídas de los casos concretos.

El hecho de que la búsqueda de una distinción teórica sólida entre la complicidad punible y la impune se presente tan difícil, quizás, podría tener su razón en que el objeto buscado, la complicidad «cotidiana» y, por ello, impune, no existe. A este resultado llega Niedermair²⁷ en un profundo e interesante trabajo: para este penalista la necesaria «relación de sentido delictiva» de la contribución del cómplice resulta, sin más y de forma obligatoria, del hecho de que favorece conscientemente el ataque al bien jurídico perpetrado por el autor y, de este modo, aumenta el riesgo de lesión²⁸.

En realidad, podría resultar que lo que presentábamos más arriba como problema de la ambivalencia de las acciones de favorecimiento «cotidianas» no sea más que el producto de una perspectiva excesivamente naturalística. Que la venta de destornilladores, alcanzar bebidas o sentarse en un restaurante, a primera vista, no nos parezcan conductas merecedoras de pena se debe a que nos las representamos en un contexto social carente de peligro. Por ello nos negamos a pensar mal de las mismas. Pero tal circunstancia no cambia el hecho de que

²⁶ Lo cual puede predicarse no sólo de la complicada construcción de la «relación de sentido delictiva» (*deliktischer Sinnbezug*) FRISCH (cit. n. 7), pp. 288-329, sino también de la que presenta JAKOBS, *Allgemeiner Teil*, margs. 24/15-18; PUPPE, en: *NK*, vor § 13 margs. 156-159; ROXIN, en: *LK*, § 27 margs. 17-22; SCHUMANN (cit. n. 20), pp. 61-68; TAG, *JR* 1997, 49, 55-57.

²⁷ *ZStW* 107 (1995), 507.

²⁸ NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 543 s.

no hay ninguna conducta de la que se pueda predicar su carácter no delictivo de forma general y absoluta²⁹. Bajo determinadas condiciones incluso dormir pacíficamente en la propia cama puede fundamentar punibilidad como, por ejemplo, sería el caso del garante que en tal momento debe cumplir con su deber de proteger determinados bienes jurídicos en peligro. Y también la conducta del autor puede revestir una apariencia externamente neutral, así, por ejemplo, cuando el mismo vierte una buena cucharada de azúcar en el café de un diabético para dañar su salud. Que estos comportamientos aparentemente inocuos (aunque si se atiende a la conducta delictiva que realiza posteriormente el autor no serían tales) sobre todo en los casos de complicidad se consideren necesitados de discusión se debe, ante todo, a que la contribución del cómplice se presenta, casi siempre, alejada temporal y físicamente del momento en el que se manifiesta la lesión del bien jurídico, y por eso es observada separadamente del hecho —ya sea matar a una persona o apoderarse violentamente de un bien ajeno— que lleva el carácter punible «escrito en la cara».

La valoración normativa no debe dejarse engañar por la aparente neutralidad de la conducta: cuando una conducta favorece la comisión de un delito, y quien la realiza conoce o asume tal circunstancia, entonces, no estamos ante una conducta neutral, sino ante una lesión (accesoria) objetiva y subjetiva a un bien jurídico³⁰. Por ello deben fracasar todos los intentos de diferenciar entre contribuciones más o menos inocuas, cotidianas o neutrales.

III. La solución propia

¿Significa lo anterior que el vendedor del destornillador, el que ofrece la bebida, el abogado que presencia en silencio la reunión y el empleado de banco de los ejemplos del principio deben ser castigados en todo caso por complicidad? No necesariamente. Sin embargo, su impunidad no se puede derivar de la «inofensividad» externa de su contribución, sino en todo caso del sentido y fin de la decisión del legislador de castigar no sólo la ejecución de un delito a título de autor, sino también su mero favorecimiento. Como base de la propia propuesta de solución debe recordarse primero, brevemente, los fundamentos estructurales del castigo de la complicidad.

²⁹ Hasta aquí acertadamente, ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 515.

³⁰ En el mismo sentido NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 531, 539 s.

1. *Fundamentos generales*

Lo injusto de la complicidad tiene un componente de resultado y un componente de acción³¹. El último reside en la infracción de la norma de conducta: «¡No favorezcas la comisión de delitos por parte de terceros!». Sin embargo, debido a que la punibilidad del cómplice según el § 27 del Código Penal alemán depende tanto en su fundamento como en su medida de la realización (o al menos de la tentativa punible) de un hecho principal³², el mero planear como favorecer acciones delictivas de terceros no puede fundamentar su castigo. A la infracción de la norma de conducta debe añadirse el elemento del resultado consistente en que el cómplice a través de su actuación ha contribuido efectivamente a la comisión del hecho principal, esto es, ha facilitado o favorecido su ejecución³³.

Sobre la forma de concebir la relación entre la acción del cómplice y el hecho principal domina la discrepancia, aunque en realidad ésta versa más sobre la construcción conceptual que sobre la materia misma. Sólo existe unidad en un punto, el componente de resultado en la complicidad no supone que el hecho principal no se hubiese podido ejecutar sin la colaboración del cómplice³⁴. Pero, por otra parte, tampoco basta cualquier influencia de éste en el modo de ejecución del hecho, sino que debe haber posibilitado, facilitado o favorecido su ejecución³⁵. En la medida en que en el hecho principal —en tanto se trate de un delito de resultado— la acción y el resultado están

³¹ Haber puesto de relieve lo injusto derivado de la acción del partícipe es uno de los principales méritos del trabajo de STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988 (especialmente, pp. 147 ss., 243 s., 262 ss.); sobre ello, también, KINDHÄUSER, *NStZ* 1997, 274 s.

³² JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.^a ed. 1996, pp. 685 s.

³³ La opinión de que ya la mera acción de favorecimiento fundamenta la punibilidad de la complicidad (como sostienen HERZBERG, *GA* 1971, 1, 4 ss.; VÖGLER, *Festschrift für Heinitz*, 1972, p. 295) no se ha podido imponer porque prescinde del otro componente —el resultado— previsto por el legislador en esta figura (del cual se deriva, consecuentemente, la posibilidad de una complicidad intentada impune); sobre ello v. BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 271-273, 282-286; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25.^a ed. 1997, § 27 marg. 10; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 2, 28; el mismo, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 504 s.; SAMSON, *Festschrift für Peters*, 1974, pp. 121, 125 ss.; STEIN (cit. n. 31), pp. 147-153.

³⁴ V. JESCHECK/WEIGEND, *Allgemeiner Teil*, p. 694; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 3; en el mismo sentido, para el derecho austriaco, FOREGGER/SERINI, *StGB*, 4.^a ed. 1989, § 12 n. IV; para el derecho suizo, STRATENWERTH (cit. n. 8), p. 375.

³⁵ ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 4 s.

unidos por la cadena causal, todo favorecimiento de la *acción* del autor repercute necesariamente, favoreciendo o facilitando, en la entrada del *resultado*³⁶. En consecuencia, esto significa que la participación consumada sólo existe cuando la conducta del cómplice en la concreta realización del hecho principal contribuye efectivamente a su producción³⁷. Estos requisitos concurren, por ejemplo, cuando el ladrón abre la puerta de la casa con la llave que le ha proporcionado el cómplice, facilitándole así el acceso al botín³⁸; en cambio, no hay complicidad (consumada) cuando el ladrón lleva la llave, pero no llega a utilizarla o cuando la utiliza pero con ello —porque en contra de lo esperado la puerta estaba abierta— sólo pierde tiempo³⁹. Como muestra el ejemplo, la punibilidad del cómplice que ya ha realizado su «prestación» puede depender de circunstancias que son casuales para el mismo; en este punto no se diferencia la complicidad de otros delitos de resultado.

Resumiendo: como cómplice responde aquél que realiza dolosamente una acción para favorecer el hecho antijurídico de un tercero en tanto que su acción favorezca efectivamente la ejecución o la tentativa de realización del hecho principal.

2. La valoración de las contribuciones «cotidianas»

La discusión sobre las posibles excepciones al castigo de esta clase de contribuciones, pese a lo cuestionable de las diferentes propuestas

³⁶ Por ello la discusión doctrinal sobre si la acción del cómplice debe ser «causal» para la acción del autor (como sostiene la jurisprudencia desde *RGSt.* 58, 113; v. también *BGH StV* 1981, 72) o para la producción del resultado (como sostiene la doctrina mayoritaria; v. por ejemplo BLOY [cit. n. 33], p. 287; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 27 marg. 10; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 2; SAMSON, en: *SK StGB*, § 27 margs. 9 s.) apenas posee relevancia práctica; JESCHECK/WEIGEND, *Allgemeiner Teil*, p. 694; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 23.

³⁷ En el mismo sentido, BLOY (cit. n. 33), p. 286; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 3; para el derecho austriaco, FUCHS (cit. n. 12), p. 319; para el derecho suizo, TRECHSEL/NOLL, *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4.^a ed. 1994, p. 194, hablando de «causalidad favorecedora» (*Förderungskausalität*).

³⁸ Sin que deban considerarse otras causas hipotéticas (como que el ladrón hubiese podido adquirir la llave de otra forma) para valorar el efecto de la contribución del cómplice; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 27 marg. 10; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1994, pp. 698 s.; ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 510, 514; con matices, FRISCH (cit. n. 7), pp. 293-295.

³⁹ En este sentido, ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 503 (de otra opinión, sin embargo, el mismo, en: *LK*, § 27 marg. 8); en la doctrina austriaca, FABRIZY, en: *Wiener Kommentar*, 1992, § 12 marg. 75; FUCHS (cit. n. 12), pp. 318 s.

de solución realizadas, refleja la existencia de una necesidad político-criminal de limitar el ámbito de la complicidad punible a aquellas acciones que facilitan la ejecución del delito de forma «extraordinaria», excediendo de lo que es habitual dentro del marco de los contactos sociales. Una vez que se ha visto que no se ha encontrado un criterio convincente de carácter cualitativo para establecer una distinción segura entre la complicidad punible y las conductas «inofensivas» o «inocuas» y que —por los motivos más arriba expuestos— difícilmente se dejará encontrar, debería intentarse deducir una solución directamente de la estructura de la complicidad. La definición de la complicidad punible que acabamos de exponer contiene, con la exigencia del «efecto favorecedor» del hecho principal, un elemento con una base sólida y contornos flexibles, lo cual puede ser provechoso para una separación cuantitativa de un ámbito de impunidad dentro de las acciones de favorecimiento del hecho principal. Cuando no toda solidarización simbólica con el autor ni cualquier contribución para facilitar la ejecución del delito puede ser castigada, entonces, la necesidad político-criminal de reducir el ámbito de lo punible se puede satisfacer con ayuda del criterio del «efectivo favorecimiento»: cuanto más se pretenda descriminalizar las contribuciones «inocuas», mayor medida de favorecimiento o eficiencia se podrá exigir a la contribución para castigarla. Con ello se impide la creación de soluciones sectoriales dentro del ámbito de la complicidad punible, como la categoría de la adecuación profesional. Y si se exige, por ejemplo, una contribución esencial al hecho principal por encima de los medios generalmente disponibles, se podría llegar a una descriminalización de aquellas conductas que si bien, en una contemplación minuciosa, aumentan un poco el riesgo de lesión del bien jurídico, no lo hacen de forma realmente cuantificable, posibilitando así una solución políticocriminalmente razonable del problema.

Una distinción cuantitativa como la que aquí propongo tiene, en general, la ventaja de la elasticidad, pero, al mismo tiempo, la desventaja de la falta de previsibilidad y vinculación intersubjetiva de sus soluciones. Sin embargo, esto último no tiene por qué ser sólo un handicap: cuando se renuncia a la pretensión de disponer de un criterio vinculante para determinar las contribuciones a la realización de un delito que han de quedar impunes, se puede discutir más abiertamente y atendiendo en mayor medida a todas las circunstancias del caso concreto sobre la necesidad de castigo de tales conductas.

Me gustaría terminar mostrando, con unos pocos ejemplos, cómo repercute el aumento de las exigencias de eficacia por parte de la contribución en la solución de algunos casos dudosos. Por de pronto, des-

de el punto de vista del favorecimiento cuantificable del hecho, se presentan difíciles los muy discutidos casos de «*complicidad psíquica*». La mera cooperación intelectual del cómplice puede ser verdaderamente imprescindible para la consumación del hecho principal; así sucede, por ejemplo, cuando le da instrucciones al autor para ejecutar con éxito el delito, y éste toma en consideración tales consejos. Pero tal circunstancia no acontece en la mayoría de los casos en los cuales el cómplice anima expresamente al autor, o a través de una conducta concluyente⁴⁰ fortalece o estabiliza la resolución delictiva ya tomada por el mismo. Esta forma más bien simbólica de cooperación mediante solidarización rara vez se presentará como favorecedora en el caso concreto, no llegando por ello a cumplir con las exigencias de eficacia exigibles a la complicidad. Este resultado es también defendido por parte de la doctrina⁴¹, aunque la opinión mayoritaria, para compensar carencias probatorias, tiende a ampliar desmesuradamente el ámbito de la complicidad psíquica punible, renunciando a la prueba de su «causalidad favorecedora» (*Förderkausalität*)⁴².

También son problemáticos los casos en los cuales la acción de favorecimiento se limita a proporcionar al autor el *substrato* sobre el que éste puede ejecutar el hecho: el cliente paga a un trabajador conociendo que no tributará los impuestos correspondientes; el panadero, con conocimiento de los planes del autor, le vende a éste el pan con el que va a envenenar a la víctima; el empleado de una empresa de transportes le vende al autor un abono mensual aunque sabe que lo falsificará para utilizarlo en el tráfico jurídico. En todos estos casos, por lo general, se niega la punibilidad del proveedor, si bien con distintos argu-

⁴⁰ Que la mera presencia en el lugar del crimen constituya un supuesto de favorecimiento (activo) concluyente (como sostienen, por ejemplo, *BGH StV* 1982, 517; CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 27 marg. 12; TRÖNDLE, *StGB*, 48.^a ed. 1997, § 27 marg. 7) es difícilmente sostenible sobre el fundamento que defiende la opinión mayoritaria; correctamente, *BGH NSiZ* 1993, 233; *NSiZ-RR* 1996, 290; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 15; RUDOLPHI, *StV* 1982, 518, 520 s.; STOFFERS, *Jura* 1993, 11.

⁴¹ V., por ejemplo, HRUSCHKA, *JR* 1983, 177, 178 (donde rechaza por completo la figura de la complicidad psíquica); SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht*, 1972, pp. 182-195; el mismo, en: *SK StGB*, § 27 margs. 13-15; en la doctrina austriaca, de forma similar, FABRIZY, en: *Wiener Kommentar*, 1992, § 12 margs. 79 s.; FUCHS (cit. n. 12), p. 320.

⁴² V. por ejemplo *BGH StV* 1982, 517; *NSiZ* 1993, 535; *BGHSt* 40, 307, 315 s. Afirmando de forma muy amplia la complicidad psíquica, también, CRAMER, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, § 27 marg. 12; ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 506 s., hablando de «estabilización de la resolución a cometer el hecho» (*Stabilisierung des Tatentschlusses*); RUDOLPHI, *StV* 1982, pp. 518, 520.

mentos⁴³. Desde el punto de vista de la eficiencia del favorecimiento se puede fundamentar tal resultado —que se corresponde con el sentimiento de justicia— con el argumento de que el proveedor sólo proporcionó la ocasión para llevar a cabo el hecho, pero no aumentó el peligro para el bien jurídico; pues éste estaba ya tan señalado en la firme resolución del autor que la facilitación de un bien —intercambiable⁴⁴— ni aumenta cuantificablemente la predisposición del autor ni facilita la ejecución misma del hecho.

Finalmente, nos quedan por tratar los supuestos en los cuales el cooperador proporciona al autor un objeto que necesita para ejecutar (con mayor facilidad) el hecho, pero que es *fácilmente adquirible* en el tráfico (por ejemplo, un destornillador, una bebida, una escalera, un cuchillo). Por lo general, en estos casos también debe negarse un favorecimiento cuantificable que se concrete en el proceso lesivo, porque el cooperador sólo actualiza la situación normal de riesgo caracterizada por la fácil obtención de objetos corrientes. Si el vendedor de la ferretería X —de mala fe— le vende al ladrón un destornillador o no, no tiene influencia constatable sobre el peligro existente para el propietario de la casa donde se cometerá el robo, pues si el vendedor de la ferretería X se negase a venderle el mismo, el autor podría conseguir el instrumento en otra tienda sin perder apenas tiempo⁴⁵. Sin embargo, el

⁴³ V. en relación con estos casos, por ejemplo, KINDHÄUSER, *NStZ* 1997, 274, 275; MEYER-ARNDT *wistra* 1989, 281, 282, 284; NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 524, 526 s.; OTTO, *Zeitschrift für Kreditwesen* 1994, 775, 780; ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 17. A esta categoría pertenece el supuesto conocido como *Ghostwriter-Fall*, *RGSt.* 75, 112: un repetidor (*Repetitor*) había escrito para una aspirante el trabajo de doctorado, siendo por ello acusado como cómplice de falsedad en declaración jurada (sobre la propia elaboración del trabajo por parte de la candidata). El tribunal sentenciador, entonces *Reichsgericht*, aunque no entró a valorar la posibilidad de complicidad psíquica, terminó —de acuerdo con la tendencia extensiva de la jurisprudencia— apreciando tal figura y condenándolo como tal.

⁴⁴ Distinto juicio merecen los supuestos en los que el proveedor proporciona justamente el objeto sobre el que el autor quiere cometer el hecho delictivo (ejemplo: T quiere destruir el testamento de su padre donde éste le deshereda. G le permite acceder al lugar secreto donde está escondido el testamento y T ejecuta lo planeado). En estos casos, el riesgo para el bien jurídico se genera tan sólo cuando el autor tiene la posibilidad de acceder al objeto deseado, y el cómplice es responsable de crear tal riesgo.

⁴⁵ Sin razón, considerando esta circunstancia irrelevante, ROXIN, en: *LK*, § 27 marg. 19. Lo que se discute no es la relación de causalidad (a la cual no afecta que el instrumento pueda adquirirse de otra forma) entre la entrega del instrumento y el hecho concreto, sino el incremento cuantificable del riesgo para el bien jurídico amenazado. Para una discusión comparable en el Derecho inglés (¿complicidad mediante la entrega de «marketable commodity»?), v. SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 7.^a ed. 1992, p. 136.

juicio sería distinto si el objeto necesario para la comisión del delito sólo puede adquirirse con grandes esfuerzos, ya sea porque está prohibida su venta al público (por ejemplo, armamento militar, estupefacientes), o porque requiere una elaboración especial que le proporcionen las cualidades necesarias para la ejecución del hecho. Quien proporciona al autor un instrumento de esta clase aumenta considerablemente sus perspectivas de realizar el hecho y responde, por ello, como cómplice. Lo mismo sucede cuando para la ejecución del delito se precisa disponer inmediatamente del objeto en cuestión⁴⁶; esta circunstancia explica el castigo por complicidad del vendedor de cuchillos que le alcanza uno al autor en el momento en que el agredido intenta controlar la situación o huir⁴⁷.

IV. Conclusión

Según la solución expuesta, hay complicidad punible cuando la conducta del cómplice se orienta al favorecimiento de un hecho delictivo y efectivamente se muestra como una contribución de tal carácter. Sin embargo, es discutible la impunidad de aquellas contribuciones cuyo efecto favorecedor ha sido escaso y por ello no aumentaron de forma significativa el riesgo para el bien jurídico lesionado. Una sólida limitación de la punibilidad de esta figura no se puede derivar de criterios como la adecuación social, la «relación de sentido delictiva» (*deliktischer Sinnbezug*) o de otros similares de carácter general.

Como ha reflejado la discusión de los distintos ejemplos de la mano del criterio propuesto, éste no conduce siempre a resultados inequívocos, sino que permite diferentes valoraciones y diferenciaciones en relación con las circunstancias del caso concreto. La ventaja de la determinación cuantitativa que aquí se propone podría radicar en el hecho de que reconduce la discusión sobre los límites de la complicidad punible al plano que define el *fundamento* de su pena: la indirecta, pero eficaz, puesta en peligro de bienes jurídicos.

⁴⁶ Por ello tiene razón FRISCH (cit. n. 7), p. 289, cuando afirma que las contribuciones prestadas en relación inmediata de espacio o tiempo con la ejecución del hecho deben castigarse como complicidad.

⁴⁷ De ahí que también pueda castigarse como complicidad la entrega de bebida cuando, por ejemplo, el autor hubiese desistido en su intento de no obtener nada para saciar la sed; correctamente, NIEDERMAIR, *ZStW* 107 (1995), 507, 541 s.; ROXIN, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, pp. 501, 509.