

los manuales de parte general⁴ sí que aparece en el estudio de determinados delitos en la parte especial⁵. En concreto, por ejemplo, ¿es punible como cómplice el vendedor de un destornillador que, casualmente, conoce que el comprador quiere cometer con él un robo con fuerza en las cosas?; ¿es punible como partícipe en un asesinato el panadero a quien en el acto de la compra del pan el cliente le comunica que envenenará el panecillo y entonces lo servirá a su esposa?⁶; ¿es cómplice en un delito contra el medio ambiente aquel que suministra un determinado material a un fabricante y que conoce que en su manipulación contravendrá los preceptos de protección del medio ambiente?⁷.

Hoy en día un importante sector doctrinal afirma que un comportamiento cotidiano es impune como participación aun cuando suponga conscientemente una contribución a la realización de un delito⁸. Para fundamentar esta afirmación se han formulado diversos criterios entre los que cabe destacar la denominada "prohibición de regreso"⁹, que introduce una perspectiva normativista como límite general del tipo que ha relanzado la operatividad de este instituto en tiempos recientes¹⁰, la solidaridad con lo injusto ajeno¹¹, la referencia de sentido delictivo¹² o la "adecuación profesional"¹³. Estos criterios, en general, tienen un carácter normativo¹⁴ cuya finalidad en los supuestos de las acciones cotidianas es, por un lado, extraer del ámbito de la participación punible aquellas

4. Como señala ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513. Sin embargo, estos supuestos y su problemática sí son tratados por JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2ª ed., pp. 697 y ss. [trad. pp. 842 y ss.]. Sucintamente KÜHL, K.: *Strafrecht*, AT, 3ª ed., Verlag Vahlen, 2000, pp. 826 y ss.

5. Véanse, por ejemplo, BLANCO CORDERO, I.: *Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales*, ADPCP, 1997; PILZ, K.: *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001.

6. Véanse más ejemplos, JAKOBS, G.: *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, Civitas, 1997, pp. 243, 244, 260 y ss.; el mismo, *La imputación objetiva*, pp. 157 y 158; el mismo, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y "el principio de confianza"*, Civitas, 1997, p. 217; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, pp. 12 y 13; WOHLERS, W.: *Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen*, ZStrR, 117, 1999, pp. 426 y 427; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, 1994, p. 336; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, p. 255.

7. Cfr. ROXIN, C.: *LK*, 11ª ed., 1993, § 27, nº. 16.

8. Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 156; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, pp. 54 y ss.; FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 295 y ss.; MEYER-ARNDT, *Wistra*, 1989, p. 281; HEFENDEHL, *Jura*, 1992, pp. 374, 376 y ss.; ARTZ, G.: *Geldwäscherei*, NSiZ, 1990, p. 3; MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*. (Traducc. de ROBLES PLANAS), *Revista del Poder Judicial*, nº. 53, 1999, pp. 164 y 165; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, p. 273; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 75.

9. En relación a estos supuestos considera JAKOBS que aquí se encuentra el principal campo de aplicación de la prohibición de regreso; cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 157; el mismo, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y "el principio de confianza"*, Civitas, 1997, pp. 215 y ss.

10. Como señaló NAUCKE, *ZStW* 76, 1964, p. 424, para quien la teoría de la imputación objetiva es la única que ofrece la posibilidad de discutir sobre la prohibición de regreso. Destacan también esta importancia REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, 1994, p. 331; STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., § 12, nº. 161; WEIGEND, *FS Nishihara*, 1998, pp. 208 y ss.; WOHLERS, W.: *Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen*, ZStrR, 117, 1999, pp. 428 y ss.; WOLFF-RESKE, M.: *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos Verl.-Ges., 1995, pp. 113 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 41.

11. Cfr. SCHUMANN, H.: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 y ss. Este autor exige para castigar como cómplice una solidaridad con el autor que es el presupuesto de la participación y que se manifiesta en la "cercanía al hecho" [el mismo, ob. cit. p. 57], de modo que si la contribución se realiza en el estadio de la preparación es conforme a derecho; y si se efectúa ya en la realización de actos ejecutivos sería punible por su cercanía al hecho.

En el texto se ha optado por la traducción del término "Solidarisierung" como "solidaridad" en alusión al criterio expuesto por SCHUMANN. Así también FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 79 y pp. 79 y 80, nota 47. Sin embargo CANCIO MELIÁ ha utilizado la expresión "solidarización" con el injusto ajeno; cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, J. Mª Bosch, Barcelona, 1998, p. 328, nota 343.

12. Véase FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 295 y ss.; FREUND, G.: *Strafrecht*, AT, Springer, Berlin, 1998, pp. 368 y 369. ROXIN también alude a la referencia de sentido aunque de forma diferente a la exposición de FRISCH, cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513.

13. Cfr. HASSEMER, W.: *Professionelle Adäquanz*, *Wistra*, 1995, pp. 41 y ss., 81 y ss.

14. Cfr. JAKOBS, *ZStW*, 89, 1977, p. 30; WOHLLEBEN, M.: *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1996, pp. 106 y 107; SCHÜNEMANN, B.: *Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, p. 204; ROBLES PLANAS, R.: *Participación en el delito e imprudencia*, RDPCr, nº. 6, 2000, p. 243; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 7.

Revista Penal

Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso

acciones que en contraposición a las contribuciones típicas se consideran "neutrales", "cotidianas" o "usuales"¹⁵. Y, por otro lado, ofrecen una explicación a la cuestión ubicada en el ámbito de la conducta típica relativa al sentido o significado típico de un comportamiento¹⁶, lo cual debe residir en la esfera axiológica, como se reconoce por autores, a título de ejemplo, como JAKOBS¹⁷, FRISCH¹⁸, LESCH¹⁹ y SILVA SÁNCHEZ²⁰. El fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas reconocido por la mayor parte de la doctrina de un modo expreso o tá-

cito es el de la libertad de acción social, en virtud del cual estas formas de conducta ya están previamente permitidas por el ordenamiento penal de conductas²¹. El principal problema sobre el que no existe todavía un mínimo consenso en el seno de estos actos cotidianos se centra en determinar el alcance de tales criterios²², aspecto éste aún pendiente²³. El objetivo de la presente contribución es indagar sobre la cuestión de cuándo la prestación de una ayuda en una comisión dolosa de un tercero supone una forma de conducta típicamente desaprobada²⁴. Estudiaremos,

15. Véase NIEDERMAIR, H.: ZStW, 107, 1995, pp. 507 y ss.; TAG, B.: JR, 1997, pp. 49 y ss.

16. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht, AT*, 4ª ed., § 12, nº 161 señala que «también aquí se trata del punto de partida de bajo qué circunstancias una determinada conducta sólo puede tener el sentido de apoyar la conducta delictiva de un tercero». FEIJÓO SÁNCHEZ considera que "favorecer, facilitar o motivar la ejecución de un hecho típico no es algo que deba interpretarse de forma puramente causal, sino que la conducta del partícipe debe adquirir desde el principio el significado de auxilio o cooperación a la ejecución del hecho típico"; cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 10. Es opinión unánime en la doctrina que la delimitación de las acciones de complicidad jurídico penalmente relevantes debe exceder de la mera aportación causal; cfr. WOHLERS, W.: *Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen*, ZStrR, 117, 1999, p. 429 y NIEDERMAIR, H.: ZStW, 107, 1995, pp. 507 y ss.

Si bien es cierto que en un primer momento la llamada "prohibición de regreso" se planteó como un problema de imputación del resultado dentro del *topos* del fin de protección de la norma [cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, pp. 34 y 35, especial referencia a los autores citados en la nota 48], actualmente los criterios propuestos por la doctrina se centran en el significado típico de un comportamiento.

17. Véase JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 156.

18. Cfr. FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 258 y ss.

19. Véase LESCH, H.: *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, p. 258.

20. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 206, 207 y ss. ROBLES PLANAS estima que la conducta del partícipe debe efectuar una aportación que, superando el riesgo permitido, adquiera el significado inequívoco de formar parte del hecho delictivo; cfr. ROBLES PLANAS, R.: *Participación en el delito e imprudencia*, RDPCr, nº. 6, 2000, p. 243.

21. Cfr. JAKOBS, ZStW, 89, 1977, p. 20; KÜHL, K.: *Strafrecht, AT*, 3ª ed., Verlag Vahlen, 2000, p. 828; MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*. (Traducc. de ROBLES PLANAS), Revista del Poder Judicial, nº. 53, 1999, p. 165; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, p. 332; FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 240 y 241; NAUCKE, ZStW 76, 1964, p. 425; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 75.

22. Cfr. en relación a la "prohibición de regreso", LESCH, H.: *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, p. 258, nota 166. Como ha señalado MAIWALD ello es consecuencia de que también en este ámbito no se han conseguido aún satisfactoriamente los fundamentos determinantes de la imputación; cfr. MAIWALD, M.: *Zur strafrechtssystematischen Funktion*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 480. JAKOBS apuntó que un problema decisivo que se le plantea a la prohibición de regreso es determinar cuándo al causador mediato le incumben los planes delictivos de otros; cfr. JAKOBS, ZStW, 89, 1977, p. 20; cfr. además, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, p. 334; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 11.

Los diversos criterios propuestos para distinguir entre las acciones relevantes y las que no lo son han sido calificados de ambiguos [cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, p. 202 en relación al criterio propuesto por ROXIN. Con carácter general en relación a constelaciones de casos en los que se discute sobre la configuración del riesgo jurídico penalmente desvalorado en las contribuciones de varias personas, cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, pp. 205 y ss., donde señala que la aplicación de principios como el de la prohibición de regreso, conduce a resultados que no son claramente suficientes], y de poco daros [cfr. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht, AT*, 4ª ed., § 12, nº 160. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513 y WOHLERS, W.: *Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen*, ZStrR, 117, 1999, p. 429, consideran que son discutibles las propuestas ofrecidas por la doctrina].

23. Véase ROXIN, C.: *Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, p. 203.

24. También desde el punto de vista de los planteamientos de la imputación objetiva, como ya planteó SILVA SÁNCHEZ, en los delitos dolosos queda abierta la cuestión de cuál es el mínimo social-objetivo de inadecuación social que debe presentar la contribución de un partícipe que quiere ayudar al autor para fundamentar la imputación objetiva que a partícipe; cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 211.

por tanto, los criterios propuestos para determinar el sentido social de la prestación en los límites de la participación criminal y extraeremos unas conclusiones para el tratamiento de estas acciones cotidianas.

II. Análisis de los criterios relevantes para el enjuiciamiento jurídico-penal propuestos por la doctrina

En los delitos de resultado el hecho punible en su concreta configuración puede aparecer como el resultado del encadenamiento de una pluralidad de actos individuales realizados por varios sujetos, cuya intervención da lugar al fenómeno de la "codelincuencia"²⁵. En la teoría de la participación delictiva existe acuerdo sobre que no puede ser constitutivo del fenómeno de la codeincuencia cualquier acto implicado de cualquier modo en el desarrollo del hecho punible. Como entre nosotros ha señalado SILVA SÁNCHEZ las diversas formas de contribuir en el desarrollo de un hecho punible es motivo, por un lado, para la aparición del fenómeno de la *disociación* con la correspondiente exclusión de responsabilidad de la conducta insertada por otros en el marco de su ámbito de influencia funcional. Por otro lado, es motivo también para la aparición de fenómenos de *asociación* dinámicos, con la correspondiente fundamentación de responsabilidad no sólo para la propia conducta sino también para la de otros con la que se ha unido/solidarizado²⁶. En este último supuesto la fundamentación de la responsabilidad tendrá lugar en relación con aquellos actos entre los que se hayan establecido determinadas conexiones fácticas y valorativas que sean relevantes para el enjuiciamiento jurídico penal²⁷.

Nos vamos a centrar, entonces, en el examen de los criterios más relevantes propuestos por la doctrina acerca de la relevancia penal del favorecimiento y sus elementos en el marco de la discusión sobre unos ejemplos paradigmáticos. Por un lado, un taxista transporta a su cliente a un determinado lugar quien le anuncia que una vez que haya llegado al punto de su destino colocará una bomba. Por otro lado, un comerciante de alimentos vende un producto alimenticio a un cliente que le comunica que va a utilizar el género para cometer un asesinato por medio de veneno. En relación con estos ejemplos, mientras un sector doctrinal considera que son punibles el comerciante y el taxista como partícipes en el desarrollo del hecho punible realizado por el autor, otro sector sostiene que deberían responder únicamente por realizar el tipo de omisión tipificado en el artículo 450 del CP²⁸, si no se impide la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual.

Para el tratamiento de esta clase de acciones un sector doctrinal ha propuesto unos criterios que tienen en común su formulación objetiva y prescindencia de cualquier dato subjetivo. En esta línea cabe destacar la elaboración de JAKOBS que es seguida por autores como REYES ALVARADO²⁹, LESCH³⁰ y SANCINETTI³¹. Para JAKOBS el sentido social de la acción sólo tiene lugar en la acción típica en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la norma en cuestión³². El contexto del que parte JAKOBS es el de un esquema de interpretación configurado por las expectativas dirigidas al portador de un rol, cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vin-

25. Cfr. STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., § 12, nº 1. Sobre el concepto de "codelincuencia" véase CEREZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 193.

26. Véase SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 205.

27. ROBLES PLANAS señala también la necesidad de obtener la relación de sentido conjunta para vincular diversas aportaciones en un mismo hecho; cfr. ROBLES PLANAS, R.: *Participación en el delito e imprudencia*, RDPCr, nº. 6, 2000, p. 243.

28. Así FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, pp. 75, 76 y 77. En la doctrina alemana, cfr. JAKOBS, ZSTW, 89, 1977, p. 26; FRISCH, W.: *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 320 y ss.; SCHMOLLER, Triffterer-FS, pp. 247 y ss. PUPPE considera en relación al primer supuesto que el panadero debe vender al cliente el pan aun cuando sepa que con ello quiere envenenar a su mujer; cfr. PUPPE, I.: NK, comentario previo al § 13, nº 156, p. 89.

29. Cfr. REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, p.330 y ss.

30. LESCH, H.: *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999, pp. 259, 260 y 261.

31. Véase SANCINETTI, M.: *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colombia, 1996, p. 104., para quien «si es verdad que la prohibición de regreso impide atribuir un hecho a quien si bien lo ha causado por su contribución a otro, administró un riesgo en el rol que le competía..., entonces, la permisón de este riesgo cubierto por el rol no puede ser revocada por el hecho de que quien hace el aporte sepa que el receptor dará a éste un destino ilícito».

32. Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, C./ CANCIO MELIÁ, M.: *Estudio preliminar*, pp. 59 y 60.

culante las acciones individuales³³. El punto nuclear en la exposición de JAKOBS es la definición del rol en el que la expectativa no se rige "por la individualidad, sino por el estándar que por lo general puede alcanzarse. Por consiguiente se trata de un juicio objetivo, de un juicio del titular de un rol que en el desempeño del mismo puede realizar la actividad de modo socialmente adecuado"³⁴. Con este punto de partida, la prohibición de regreso consiste en la prohibición de recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo -hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo-, a pesar de la no evitación no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente³⁵. Según JAKOBS el comerciante de alimentos que vende buen género, no responde como partícipe de un delito de homicidio si conoce que el adquirente va a manipular el género para comer un asesinato por medio de veneno; ni un taxista responde del delito que cometa su cliente una vez llegado al punto de destino, aunque éste se lo haya anunciado durante el trayecto³⁶, y ello porque tanto uno como el otro están desempeñando su rol de comerciante o de taxista en virtud del cual nadie responde de las consecuencias derivadas del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales³⁷. En el cumplimiento de tales roles no sería relevante comunicativamente el dato del conocimiento de la colocación de una bomba o el del envenenamiento del género. La estandarización del comportamiento a través de la ejecución de un rol aparece, entonces, como un criterio de valoración de la conducta y en función del mismo se determinará cuándo una organización se halla configurada de tal modo que tenga sentido para alcanzar consecuencias delictivas³⁸.

Los problemas en torno a la utilidad del criterio sugerido por Jakobs surgen cuando afirma que lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comporta-

miento, sino también del contexto en el que éste se enmarca, de modo que un contexto marcadamente delictivo puede repercutir en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado por la sociedad. Por ejemplo, la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, exigiendo la entrega inmediata de una pala la valoración cambia³⁹. En este caso concurren una serie de datos que modifican el sentido social de la acción de venta de palas. El vendedor vendería una pala -contenido del rol- para ser utilizada en una pelea -contexto marcadamente delictivo-. En este ejemplo, se pone de manifiesto que la estandarización del comportamiento no ofrece las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido un comportamiento, y ello porque en el momento en que el vendedor de palas tiene conocimiento de que el cliente va a utilizar una para intervenir en la pelea que se está desarrollando en la puerta del establecimiento, su conducta se inserta en un contexto delictivo previo que conoce. En este supuesto se ve claramente que lo que atribuye un sentido social a la acción no es la ejecución de un rol configurado normativamente. En relación con la acción del taxista que conoce lo que va a hacer el cliente una vez que abandone el taxi, es necesario plantearse si el sentido social de su acción -transportar a una persona a un determinado lugar- se ve modificado por el dato del conocimiento de la colocación de la bomba en el lugar adonde es llevado el cliente, de modo que si incluimos este dato el taxista realiza una acción de transportar a un cliente para que coloque una bomba en un determinado lugar. Esta nueva circunstancia exige que el comportamiento estereotipado que se manifiesta en la conducción de un taxi, se concrete en el caso concreto por lo que sí es un dato relevante comunicativamente.

33. Cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 97 y 98.

34. Cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 133.

35. Véase JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 157.

36. Cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva*, p. 157.

37. Cfr. JAKOBS, G.: *La imputación objetiva*, p. 158.

38. JAKOBS cita también como supuestos de participación aparente en los que cabe aplicar la prohibición de regreso, los casos de un grupo terrorista que toma como pretexto para asesinar al Ministro de Justicia el proceso seguido contra un correligionario, concluyendo que el asesinato es asunto exclusivo de los terroristas, y no de los jueces que dirigen el proceso. O el de una mujer que amenaza a su amante con destruir una cosa ajena de gran valor si éste la abandona; si el amante rompe sus relaciones con ella, no responde de esa consecuencia; véase el mismo, *La imputación objetiva*, p. 158; le sigue REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, 1994, p. 335. En realidad la impunidad del juez o de la amante se explica porque la causación del resultado concreto está puesta a cargo del azar fuera del dominio del autor y no existe, entonces, una acción dirigida a causar el resultado, como he razonado en otro lugar; cfr. RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M^a Bosch, Barcelona, 2001, pp. 265, 266, 273 y ss.

39. Véase JAKOBS, G.: *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 164.

En consecuencia no se puede hacer abstracción del dato relativo a ese conocimiento puesto que en el sentido social de una acción incide una base cognitiva. A mi juicio lo que modifica la valoración es precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución de un rol, de modo que es el dolo, es decir, la conciencia y voluntad de realizar un favorecimiento en el desarrollo de un hecho el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción y el conocimiento integra el componente intelectual del dolo⁴⁰.

Precisamente otro sector doctrinal ha efectuado unas aportaciones que se caracterizan, a diferencia de la posición doctrinal anterior, porque aparece en el plano de la valoración del comportamiento el dato subjetivo referido al conocimiento de una serie de circunstancias. Así, por ejemplo, para PILZ el sentido de un contacto social depende también del conocimiento y de los fines perseguidos subjetivamente por el partícipe⁴¹. A juicio de TAG la relevancia jurídico penal de las conductas cotidianas se determina de una forma objetiva/subjetiva ya que el sentido social y jurídico-penal de una prestación no se constata aisladamente de las representaciones del actuante⁴². Y para ROXIN, el fundamento de la falta de imputación deriva de la cotidianidad de la conducta de quien, por ejemplo, vende cuchillos; ahora bien, en su opinión puede haber imputación objetiva en dichos casos, cuando el primer actuante posea conocimientos especiales⁴³, de modo que según este autor los actos co-

merciales cotidianos no deben quedar absolutamente impunes porque «al incluirlos conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano»⁴⁴. ROXIN distingue dos constelaciones de casos según si la contribución al delito resulta con el conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (es decir, con dolo directo) o si cuenta con una utilización de su capacidad para el fin delictivo sólo en el sentido de una posibilidad (es decir, con dolo eventual)⁴⁵. Entonces, si la contribución al delito resulta con el conocimiento seguro de los planes delictivos del autor como en el supuesto del vendedor del panecillo «la finalidad delictiva está en primer plano»⁴⁶, y en consecuencia concluye que no existen acciones diarias o cotidianas *per se* sino que su carácter se determina a través del fin al que sirven⁴⁷. Sin embargo, si la contribución se realiza con dolo eventual se excluye una complicidad punible al tratarse de un supuesto de riesgo permitido cubierto por el principio de confianza⁴⁸. Así, por ejemplo, no habría que castigar como cómplice de un delito de robo al dependiente de una ferretería que sospecha, basándose en la apariencia del cliente, el fin delictivo que podría tener la compra de un destornillador⁴⁹. Con estas consideraciones se plantean dos cuestiones. Por un lado, es muy discutible que en este último supuesto nos encontremos ante un dolo eventual. A partir de la conciencia de la probabilidad de producción del resultado no se puede deducir la existencia de dolo eventual. Como dice CEREZO MIR, «si el sujeto considera probable la realización de los elementos objetivos del tipo contará generalmente, *pero no siempre*, con su produc-

40. Véanse las críticas a este criterio de JAKOBS en RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M^a Bosch, Barcelona, 2001, pp. 320 y ss.

Crítico también FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Limites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 63.

41. Cfr. PILZ, K.: *Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch neutrale Handlungen von Bankmitarbeitern*, Peter Lang, Frankfurt, 2001, p. 188.

42. Véase TAG, B.: JR, 1997, pp. 54 y ss. A su juicio, la cuestión de la relevancia jurídico-penal de las acciones neutrales se determina a través de la consideración de que la fuente de peligro específica para el bien jurídico amenazado por esta clase de acciones, es la concurrencia de las libertades de acción de potenciales colaboraciones con sus potenciales autores. En sentido similar, SAMSON, ZStW 1987, pp. 616 y ss.

43. Cfr. ROXIN, Tröndle-FS, p. 197.

44. Cfr. ROXIN, C.: *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, p. 177; el mismo, *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513.

45. Cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513.

46. Cfr. ROXIN, C.: *Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, p. 178.

47. Cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 515. Sin embargo, considera ROXIN que en el caso del que suministra a un fabricante un determinado material habría que dejarlo impune porque estas formas de conducta son para el fabricante independientemente de los delitos contra el medio ambiente útiles y por eso no tienen una referencia de sentido delictiva sino "legal"; cfr. el mismo, ob. cit., p. 513. En mi opinión en este caso concreto no es coherente porque la misma razón se podría esgrimir para dejar impune al panadero y no lo considera así.

48. Cfr. ROXIN, C.: LK, 11^a ed., 1993, § 27, n.º. 46.

49. Cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 516 y 517.

50. Véase CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 151.

ción»⁵⁰. Se dará dolo eventual siempre que el sujeto, en el momento de realizar la acción, *cuenta con* la posibilidad de realización del tipo⁵¹. Por otro lado, una acción final con el *sentido social de matar* se da no sólo en el caso de que la muerte fuera el fin o uno de los fines perseguidos por el sujeto (dolo directo de segundo grado), sino también cuando el sujeto considere que la producción del resultado de muerte irá necesariamente unida a la consecución del fin (dolo directo de segundo grado), o si era un efecto concomitante comprendido por la voluntad de realización con cuya posibilidad de producción cuenta el sujeto, aunque no lo desee con tal de no renunciar al fin que persigue (dolo eventual)⁵².

En el análisis de la determinación del criterio de exclusión del tipo de la complicidad en esta clase de supuestos, es necesario poner de manifiesto que, realmente, el problema que se deriva de la exposición efectuada se centra en determinar todos los factores y las circunstancias que son tomados en consideración para conformar la libertad de acción. Lo importante radica, entonces, en demostrar que en el hecho de un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar no es posible hacerse acreedor de los intereses que configuran la libertad de acción, para dejar impunes algunas con-

ductas en las que efectivamente concurre el dolo de la complicidad porque el fin con el que se actúa no es el presupuesto en la ponderación que da lugar a la libertad de acción. Por este motivo, la cuestión fundamental es determinar bajo qué circunstancias una conducta concreta sólo puede tener el sentido de apoyar la conducta delictiva de un tercero, tal y como ha señalado STRATENWERTH⁵³.

III. Toma de posición: el instituto de la adecuación social

En el tratamiento de la cuestión de la complicidad mediante conductas neutrales o cotidianas llama la atención el recurso a la adecuación social para fundamentar su impunidad, realizado por autores como JAKOBS⁵⁴, HASSEMER⁵⁵, FRISCH⁵⁶, SILVA SÁNCHEZ⁵⁷, FEIJÓO SÁNCHEZ⁵⁸ O MURMANN⁵⁹. Si bien es cierto que el propio *Jakobs* considera que aunque el concepto de adecuación social sólo es correcto en un pequeño núcleo, el juicio acerca de las formas de conducta que estamos tratando siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, «requiere instrumen-

51. Véase CERESO MIR, J.: *Curso*, II, 6ª ed., p. 151.

52. Véase WELZEL, H.: *El nuevo sistema*, p. 29.

53. Véase STRATENWERTH, G.: *Strafrecht*, AT, 4ª ed., § 12, nº 161.

54. JAKOBS afirma que «quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento»; cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y "el principio de confianza"*, Civitas, 1997, p. 218. *Cursiva añadida*.

55. HASSEMER considera que las acciones neutrales son aquellas acciones que «cumplen los presupuestos tradicionales de lo injusto de la complicidad pero que al final las acciones "neutrales" no constituyen ningún injusto de la complicidad objetivo». Cfr. HASSEMER, W.: *Professionelle Adäquanz*, Wistra, 1995, p. 42. HASSEMER ha partido también de que las consideraciones sobre la neutralidad de acciones que sólo aparentemente son injusto jurídico penal, colocan ya los fundamentos para el concepto de la adecuación profesional que se desaprueba en el instituto de la adecuación social; cfr. el mismo: *ob. cit.*, p. 43.

56. Según este autor las acciones cotidianas son objeto de relaciones entre seres humanos y como tales pertenecen al ámbito de la libertad de acción jurídicamente correspondiente; cfr. FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, p. 310. En su opinión, el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo de otro [FRISCH, W.: *Informe sobre las discusiones del Seminario de la Universidad Pompeu Fabra, Sobre el estado de la teoría jurídica del delito*, Civitas, 2000, pp. 203 y 204], porque en este supuesto es inequívoco el significado delictivo de la aportación del partícipe. En relación con los supuestos que no tienen una referencia de sentido delictiva, en particular, "los negocios normales de la vida diaria" estima que el instituto de la adecuación social puede ser aplicable, puesto que tales actividades pueden calificarse como transacciones adecuadas socialmente [FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 295 y 296], si bien es cierto que crítica la utilización de este topos [el mismo, *ob. cit.*, p. 296].

57. Este autor estima en relación con las cuestiones que estamos estudiando que «cuando un comportamiento es socialmente adecuado y ya objetivamente, ni un conocimiento seguro ni una intención o ni un acuerdo debe ser suficiente para fundamentar la desvaloración jurídica penal de la correspondiente conducta». Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *Zur Gestaltung des strafrechtlich mißbilligen Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen, Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 211. *Cursiva añadida*.

58. FEIJÓO SÁNCHEZ considera que «un Derecho respetuoso con la libertad de actuación y consciente de su carácter fragmentario debe pronunciarse a favor de la atipicidad... cuando la conducta tiene también un sentido socialmente adecuado». Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Limites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 75. *Cursiva añadida*.

59. Para este autor "alta la creación del riesgo jurídicamente desaprobado cuando un comportamiento, pese al peligro unido a él, está permitido, como ocurre con muchas acciones socialmente adecuadas de la vida cotidiana"; cfr. MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*. (Traducc. de ROBLES PLANAS), *Revista del Poder Judicial*, nº. 53, 1999, p. 164.

renciados y no se puede llevar a cabo mediante la adecuación social»⁶⁰. FRISCH para tratar esta problemática con carácter general ha propuesto el criterio de la "referencia de sentido delictiva" en torno al cual distingue diversas constelaciones de casos⁶¹. A juicio de este autor, en los "negocios normales de la vida diaria" se niega la referencia de sentido delictiva porque su sentido se refiere al estado "vida" y son como tales conforme a derecho⁶².

El punto de partida para considerar si la adecuación social es el concepto que nos permitirá tratar estos casos, es plantearnos bajo qué presupuestos unas determinadas formas de conducta son consideradas socialmente adecuadas y están permitidas por el ordenamiento jurídico⁶³. La adecuación social es un juicio mediante el cual se procede a una valoración del comportamiento y constituye en realidad un criterio valorativo externo en el ámbito de la interpretación de sentido de los tipos⁶⁴. Este criterio hermenéutico tiene una naturaleza extrasistemática, porque efectivamente se da entrada a través de él a valoraciones sociales de una acción que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que se plasma en una ponderación de intereses⁶⁵. A continuación, debemos determinar todos los factores y todas las circunstancias que son tomados en consideración a la hora de efectuar la ponderación de intereses que da lugar al establecimiento de un juicio de carácter general y que culmina en la adecuación social de una determinada clase de comportamientos co-

mo, por ejemplo, la venta de armas o la venta de pan. La determinación de la adecuación social con carácter general y en particular en relación con estas acciones cotidianas, es una cuestión eminentemente valorativa en la que deben entrar en juego una serie de consideraciones como la utilidad de la conducta⁶⁶ en virtud de la que se toleran esa clase de comportamientos⁶⁷. Esto se puede apreciar con claridad, por ejemplo, en el Real-Decreto 137/1993 de 29-1-1993 que aprueba el Reglamento de Armas y que establece, entre otros, los requisitos de comercio, tenencia y uso de armas. En este Real-Decreto se regula la venta y adquisición de armas con fines de seguridad, de ocio y esparcimiento, o de simple ornato y coleccionismo. En concreto en el artículo 120 se establece que:

«Las empresas de seguridad y en general las entidades u organismos cuya constitución y funcionamiento cumplan los requisitos legalmente prevenidos, de las que dependa reglamentariamente personal de seguridad, podrán poseer las armas necesarias con fines de prestación de servicios, adiestramiento de personal o realización de pruebas de aptitud, obteniendo al efecto la correspondiente autorización de la Dirección General de la Guardia Civil, previa justificación de que cumplen aquellos requisitos y de la necesidad de las armas. La autorización documenta exclusivamente la adquisición de las armas, que estarán a cargo del jefe de seguridad o titular del puesto que designen dichas empresas o entidades, el cual responderá

60. Cfr. JAKOBS, G.: *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, Civitas, 1997, pp. 244 y 245; el mismo, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., p. 697 [trad. p. 842]. Critica también el recurso a la adecuación social para explicar la atipicidad de estos supuestos WOLFF-RESKE, M.: *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos Verl.-Ges., 1995, pp. 63 y ss.; LÓPEZ PEREGRIN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, pp. 256, 257, 258; OTTO, H.: "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, FS-Lenckner, 1998, p. 193.

61. Cfr. FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 280 y ss., 295 y ss., 308 y ss.

62. Cfr. FRISCH, W.: *Tatbestandsmässiges Verhalten*, p. 297.

63. Cuando en el texto se alude a que estas conductas son socialmente adecuadas y están permitidas, se quiere indicar que las mismas reciben una valoración (positiva) que se centra en el ámbito de la valoración del resultado, que gira en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercute en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. La permisión, por tanto, no se refiere al plano de las causas de justificación sino al plano de la tipicidad. Con carácter general cfr. RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 245 y ss.

64. Véase WELZEL, H.: *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1ª ed., p. 33.

65. Sobre el fundamento de la adecuación social, véase, RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244 y ss.

66. Véase MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa. Madrid, 1992, p. 139. También afirma REYES ALVARADO que «para que un riesgo pueda ser considerado como permitido» es necesario que "la actividad de la cual emana represente considerables beneficios sociales frente a un mínimo de peligrosidad" y exige además, "la absoluta indeterminación de las potenciales víctimas de ese riesgo potencial"; véase REYES ALVARADO, Y.: *Imputación objetiva*, Temis, Colombia, 1994, p. 91.

67. Véanse de momento, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.: *La imputación objetiva del resultado*, Edersa. Madrid, 1992, p. 132; PREUB, W.: *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*. Duncker & Humblot, 1974, pp. 20 y ss.; RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 245 y ss.

de su correcto uso, así como de la oportuna recuperación de las mismas. La posesión de cada una de las armas se documentará mediante la correspondiente guía de pertenencia expedida a nombre de las empresas, entidades u organismos propietarios. Cuando no sean objeto de utilización, deberán ser custodiadas en locales de las empresas o entidades, que reúnan las adecuadas condiciones de seguridad».

Un vendedor de armas que efectúe una venta atendiendo a todas estas consideraciones, realizará una conducta socialmente adecuada. Por otro lado, con la venta de pan también se pretende suministrar a la sociedad un alimento básico y fundamental, de modo que es considerada una actividad socialmente adecuada. Así un panadero o un vendedor de armas que vendan sus correspondientes mercancías atendiendo a estos presupuestos estarán realizando una función socialmente valorada. El sentido social de la acción del vendedor de armas y del panadero se determina fundamentalmente por el contenido de la voluntad de su acción de venta de pan para suministrar un alimento básico o de venta de armas según los fines establecidos⁶⁸. En relación al supuesto del comerciante que suministra un determinado material a un fabricante, conociendo que éste realiza en el proceso de elaboración de productos un delito contra el medio ambiente, la opinión doctrinal prácticamente unánime considera que sí es impune tal acto de favorecimiento porque la adquisición de materias primas tiene sentido en sí misma al margen de la comisión del delito⁶⁹. Esta conclusión a mi juicio tampoco es correcta porque no se puede determinar el sentido social de la acción del suministrador de ese material prescindiendo del dato del conocimiento de la utilización de ese material para realizar un delito contra el medio ambiente. Por tanto, si por alguna circunstancia especial se tiene conocimiento de que se va a involucrar a un bien jurídico diferente del presupuesto en la ponderación que da lugar a la adecuación social de un comportamiento, se produce una modificación de los pre-

supuestos que le sirven de base. Entonces, en el momento en el que estos vendedores tengan conocimiento de que el cliente utilizará la mercancía para matar a una persona o para contaminar el medio ambiente, el sentido social de las respectivas acciones de venta se modifica respecto de su valoración como adecuadas socialmente: el panadero vende el pan, no para suministrar a una persona un alimento básico —que objetivamente, esto es, sin el contenido de la voluntad del autor sucede—, sino para entregarle un medio a través del cual va a matar⁷⁰, que sin el contenido de la voluntad del autor en el caso concreto no es posible determinar ya que, normalmente, los panaderos venden pan con un fin socialmente valorado. En la adecuación social la idea fundamental es que la afección del bien jurídico involucrado en el ejercicio de una acción socialmente adecuada y que es consustancial al orden social, no puede ser objeto de un juicio de desvalor penalmente relevante. La adecuación social se refiere a unas valoraciones que hay que precisar en el ámbito de la valoración del resultado, que giran en torno a la utilidad social que, con carácter general, tiene un comportamiento y que repercuten en la ponderación de intereses que efectúa el legislador para trazar el límite de lo soportable (atípico) y lo no soportable (típico) por el orden social. De esta forma se explica que estas acciones denominadas cotidianas estén previamente permitidas por el ordenamiento penal de conductas si no concurre el dato del conocimiento de que con tal acto se va a favorecer el desarrollo de un hecho punible, y por ello son impunes aunque supongan un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. Por lo tanto debemos concluir que el fundamento común de la atipicidad de esta clase de conductas es el de la libertad de acción social, y el objetivo que se pretende con él queda mejor reflejado con la teoría de la adecuación social de WELZEL que con los nuevos instrumentos que ofrece la teoría de la imputación objetiva que prescinden por completo del

68. Sin embargo, considera que el aspecto subjetivo, esto es, entre otros elementos la intención es independiente del sentido objetivo de la conducta del partícipe FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 60. A juicio de HASSEMER las acciones neutrales tienen un sentido cotidiano, "normal" en sí y socialmente no necesitan ninguna explicación adicional; cfr. HASSEMER, W.: *Professionelle Adäquanz*, Wistra, 1995, p. 42.

69. Cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 512 y 513; MEYER-ARNDT, Wistra, 1989, p. 287.

70. LÓPEZ PEREGRÍN considera, por el contrario, que «la venta de productos de uso o consumo cotidiano, por ejemplo, cumple una necesaria función social que no resulta modificada por el hecho de que el vendedor conozca el plan delictivo del comprador»; cfr. LÓPEZ PEREGRÍN, M.C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, p. 271. Con un carácter más general y referido al lado subjetivo en la conducta del partícipe, afirma ROBLES PLANAS que «la relación de sentido apuntada es independiente de la subjetividad del interviniente»; cfr. ROBLES PLANAS, R.: *Participación en el delito e imprudencia*, RDPCr, nº. 6, 2000, p. 244.

contenido de la voluntad del sujeto que actúa⁷¹. Y además aparece un *principio de confianza* aplicable a aquellas conductas que sean socialmente adecuadas pero que, sin embargo, favorezcan la comisión de un hecho doloso, siempre y cuando no conociera ni pudiera conocer la inclinación del autor a la comisión del delito⁷².

IV. Las conexiones fácticas y valorativas relevantes para el enjuiciamiento jurídico-penal

En nuestro Código penal está vigente el principio de accesoriedad de la participación⁷³. La participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor⁷⁴, por lo que el autor principal va a determinar el hecho en virtud del cual se castigará a los partícipes⁷⁵. La punibilidad de un causante de un delito sólo puede explicarse mediante la idea de la *accesoriedad* de su conducta con respecto a lo injusto de otro⁷⁶, de modo que la participación no se debe a sí misma su contenido de injusto, sino que éste procede de la contribución o favorecimiento de un hecho ajeno⁷⁷. Así el propio desvalor del hecho del que favorece –y por lo tanto como cómplice– sólo puede ser captado correctamente si se lo contempla en su relación con el hecho del autor⁷⁸ pero partiendo siempre de unas determinadas conexiones fácticas y valorativas. Una vez que hemos llegado

a este punto debemos centrarnos en la determinación del criterio en virtud del cual afirmamos que la conducta del partícipe adquiere el *significado* de formar parte del hecho delictivo y que existe, por lo tanto, una referencia de sentido delictivo, de modo que la conducta del partícipe se manifieste como co-configuradora del hecho. La característica general de la mayoría de los criterios hermenéuticos aportados con el fin de describir los tipos de participación es su carácter intranormativo que explica el sentido de los tipos de participación, como por ejemplo, el de la “tendencia al hecho” desarrollado por ROXIN⁷⁹. En opinión de este autor una complicidad punible debe aceptarse cuando la contribución tiene una inequívoca “referencia de sentido delictiva”. Éste será el caso cuando la contribución sea de valor para el autor bajo el presupuesto del hecho punible planeado y el “contribuyente” sepa también esto⁸⁰. Otro criterio destacable es el de la solidaridad con un injusto ajeno formulado por SCHUMANN⁸¹, con los trabajos posteriores de LESCH⁸², TRAPPE⁸³ y FEIJÓO SÁNCHEZ⁸⁴. SCHUMANN exige para castigar como cómplice una solidaridad con el autor que es el presupuesto de la participación y que se manifiesta en la “cercanía al hecho”⁸⁵.

Naturalmente que la fundamentación de la responsabilidad del que favorece en el contexto de una actividad que prescindiendo del dato concreto del conocimiento de lo que va a hacer el usuario con el producto es desde luego social-

71. Cfr. RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. M^º Bosch, Barcelona, 2001, pp. 244 y ss.

72. Cfr. CEREZO MIR, J.: *Curso*, II, 6^a ed., p. 172. No estoy de acuerdo con la afirmación de FEIJÓO SÁNCHEZ: “los ‘conocimientos especiales’ hacen que desaparezca el principio de confianza, pero no afectan al tipo objetivo, fundamentando sólo una responsabilidad en virtud de una omisión simple (art. 450 c. P.). Los conocimientos del autor no pueden ampliar el ámbito de protección de las normas que regulan la participación criminal”; cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, p. 95.

73. En relación con la accesoriedad y la fundamentación de la pena de los partícipes, cfr. PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, pp. 329 y ss. y BOLDOVA PASAMAR, M.A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, pp. 152 y ss.

74. Cfr. JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., p. 661 [trad. p. 799].

75. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y Cómplice*, 1966, p. 215.

76. Véase JAKOBS, G.: *Strafrecht*, AT, 2^a ed., pp. 661 y ss. [trad. pp. 799 y ss.].

77. Cfr. BOLDOVA PASAMAR, M. A.: *La comunicabilidad de las circunstancias*, p. 144. Sobre el principio de accesoriedad en el anterior Código penal y en el Código penal alemán, véase el mismo, ob. cit., pp. 152 y ss., 159 y ss.

78. Cfr. con carácter general PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, p. 336.

79. Cfr. ROXIN, Tröndle-FS, pp. 177 y ss.; el mismo, *Strafrecht*, AT, 3^a ed., 24/29, p. 930.

80. Cfr. ROXIN, C.: *Was ist Beihilfe?*, Festschrift für K. Miyazawa, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, p. 513.

81. Véase SCHUMANN, H.: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 56 y ss.

82. Cfr. LESCH, *Beihilfe*, pp. 280 y ss.; el mismo, *ZStW* 105, p. 285.

83. Véase TRAPPE, S.: *Harmlose Gehilfenschaft*, Bern, 1995, pp. 186 y ss.

84. Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, pp. 79 y ss.

85. Cfr. SCHUMANN, H.: *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 y ss., especialmente p. 57.

mente adecuada, sólo puede tener en consideración elementos que resultan de la estructura lógico-objetiva. El hecho de que una acción tenga sentido depende, fundamentalmente, de dos factores. En primer lugar, el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los mencionados elementos objetivo-causales en el mundo físico. Y, en segundo lugar, el autor debe haber aprehendido el sentido ético-social del acto exigiéndose que con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción⁸⁶. En mi opinión, la referencia de sentido delictiva puede determinarse como ROXIN indica: cuando la contribución *sea de valor* para el autor bajo el presupuesto del hecho punible planeado y siempre que el "contribuyente" lo sepa. Este valor debe concretarse en el juicio de la utilidad que la acción de favorecimiento supone para la realización del hecho, y que se lleva a cabo sobre unas conexiones fácticas que se refieren al dato del conocimiento y la voluntad del autor que realiza una acción de favorecimiento en la fase de actos preparatorios en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar. Esta utilidad hace referencia a un rendimiento que se extrae de un desarrollo y que se determina de una forma subjetiva/objetiva. Así, por ejemplo, el vendedor de un arma a un cliente con arreglo a una licencia no guarda con la acción de matar que realiza posteriormente el cliente, las conexiones exigidas por el sistema de responsabilidad penal vigente en el ordenamiento jurídico si desconocía el dato de la utilización del arma por el comprador para matar a una persona, pues como ha quedado reflejado con anterioridad la acción de vender un arma con la debida licencia no está al servicio *exclusivamente* de la comisión de un delito. En este supuesto, como afirma ROXIN, un revólver puede ser utilizado para fines no punibles y siempre depende de la intención de quien actúa de manera inmediata el para qué utiliza algo⁸⁷.

Del fenómeno de la codelincuencia están excluidos los autores de todos aquellos actos que estaban privados originariamente de toda utilidad para el acontecimiento punible, aunque los efectos

de tales actos hayan sido incorporados por los codelincentes, para su aprovechamiento, al proceso de actuación delictiva. Así, por ejemplo, el tratamiento correcto del caso del ayudante que ayuda al Catedrático en la elaboración de sus manuales y que sabe que éste oculta los honorarios a Hacienda, estriba en considerar que la acción del ayudante consistente en buscar bibliografía no resulta de ninguna utilidad para la afección del bien jurídico protegido en los tipos de defraudación tributaria, por lo que la acción de ayudar en la elaboración de los manuales no se puede subsumir en el tenor literal del tipo correspondiente de la complicidad si el Catedrático posteriormente defrauda a la Hacienda Pública. La peculiaridad que presenta este supuesto es que el criterio de exclusión de lo injusto radica en que la conducta del ayudante no es subsumible ya en el tenor literal de la descripción de la acción de cooperar en el tipo correspondiente de participación, porque aunque esta clase de acciones es causal para la producción del resultado de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y puede determinar también un cierto riesgo en un sentido general y vulgar⁸⁸ de producción del resultado, su contribución causal no ha resultado útil en relación con el resultado de defraudación.

La determinación de la utilidad admite una graduación. Por ejemplo, como afirma FEIJÓO SÁNCHEZ es indiscutible que supuestos como el del dependiente de una papelería que recomienda al comprador cuál es la mejor tinta para realizar una determinada falsificación, el del ferretero que aconseja al cliente cuál es la mejor navaja para participar en una determinada pelea o el del taxista que recoge a los atracadores en un punto convenido de antemano y los espera hasta la finalización del atraco, sólo pueden interpretarse como vinculados, asociados, comunicados o acoplados con las realizaciones del tipo⁸⁹. Pero esto no implica negar que el mismo carácter de favorecimiento lo tiene, por ejemplo, la entrega de un veneno que la entrega de un pan para que el veneno sea introducido en él. Sí que se puede plantear en el segundo caso una disminución del desvalor de la acción que deberá ser tenida en cuenta por el juez en la medición de la pena de *lege lata*,

86. Véase GRACIA MARTÍN, L.: *Proyecto Docente y de Investigación en Derecho penal*, Zaragoza, 1990, p. 245 y RUEDA MARTÍN, M.A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M^º Bosch, Barcelona, 2001, pp. 412 y ss.

87. Véase ROXIN, C.: *Strafrecht*, AT, 3^º ed., 24/29, p. 930.

88. Sobre este concepto de peligro véase RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J.M^º Bosch, Barcelona, 2001, pp. 142 y ss.

89. Véase FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J.: *Límites a la participación criminal*, Comares, 1999, pp. 80 y 81.

avalada por lo dispuesto en el artículo 66, apartado 1º del CP⁹⁰. De todas formas según las circunstancias del caso un acto de favorecimiento puede ser más o menos importante para la comisión del delito desde el punto de vista de lo injusto y de la culpabilidad, por lo que de *lege ferenda* y como en nuestra doctrina ha señalado CERZO MIR, sería aconsejable establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices⁹¹ y esta clase de favorecimientos menos graves pueden fundamentar la aplicación de la atenuación⁹².

V. Consideraciones finales sobre el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la complicidad

Hoy en día la doctrina mayoritaria en nuestro país afirma que en los tipos de complicidad concurren dos elementos: un elemento objetivo representado por la conducta de cooperación y el elemento subjetivo representado por el acuerdo de voluntades –expreso y previo a la comisión del delito o tácito y simultáneo– entre el autor y los partícipes, que supone la concurrencia del dolo del partícipe⁹³. Para captar el sentido social típico de una acción, los defensores de la teoría de la imputación objetiva han formulado un conjunto de criterios normativos que se deben añadir al trío de elementos presupuesto por la ley en los delitos de resultado (acción, nexo causal y resultado), orientados a fijar y a explicar las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el hecho sea jurídico-penalmente relevante⁹⁴. Sin embargo, ya hemos puesto

de relieve que para determinar el tipo objetivo de la complicidad es necesario tener en cuenta el tipo subjetivo y hay que distinguir, por lo tanto, un *componente cognitivo* que constituye la base de la decisión característica del dolo y, además, es necesario exigir un *componente volitivo* que es la voluntad imprescindible para la realización del tipo. Esto presupone, además, que el tipo objetivo de la complicidad es tal cuando es incorporado en la voluntad de realización que define el sentido social de la acción concreta realizada, por lo que no es posible determinar cuál es el tipo objetivo –efectuar un acto de favorecimiento– sin el contenido de la voluntad de realización. Entonces, se pone de manifiesto que el dolo del cómplice no constituye un nivel independiente y que, por tanto, es ya un presupuesto de la imputación objetiva⁹⁵. El conocimiento del cómplice debe ser contemplado desde un punto de vista material y efectivamente desempeña un papel importante en la determinación del tipo objetivo⁹⁶. En la determinación del sentido social típico de una acción es necesario otorgar prioridad al tipo subjetivo tal y como se pone de manifiesto en el caso de los actos cotidianos: no tiene el mismo sentido la entrega del pan sin el conocimiento de que será utilizado por el cliente para envenenar a una persona que la entrega del pan con dicho conocimiento. Todo ello demuestra que el tipo subjetivo es anterior al tipo objetivo, aunque por razones expositivas y porque el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo deba explicarse antes del tipo subjetivo. Por lo tanto para saber qué tipo objetivo se ha realizado es imprescindible partir del tipo subjetivo, tal y como estableció WELZEL⁹⁷.

90. Estos criterios de la regla primera del artículo 66 que se refieren a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho son exigibles también en los casos previstos en las reglas segunda a cuarta; véase BOLDOVA PAMAR, M.A., en GRACIA (coord.)/BOLDOVA/ALASTUEY, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo blanch, 2ª ed., Valencia, 2000, p. 194, con referencias en nota 38.

91. Véase CERZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., p. 215.

92. En este trabajo no nos ocupamos de la delimitación entre la cooperación necesaria y la complicidad porque nuestro objetivo es únicamente tratar el denominado límite mínimo de la participación delictiva.

93. Véase CERZO MIR, J.: *Derecho penal*, PG, 2ª ed., pp. 201 y 202.

94. Cfr. la aplicación de estos criterios de imputación objetiva en el ámbito del tipo objetivo de la complicidad, MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*. (Traducc. de ROBLES PLANAS), *Revista del Poder Judicial*, nº. 53, 1999, p. 167; LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, pp. 225 y ss.

95. Véase con un carácter general en relación a la moderna teoría de la imputación objetiva GRACIA MARTÍN, L.: *RDPCr*, nº 5, 2000, p. 380 y RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 344 y ss.

Sin embargo, en contra, LÓPEZ PEREGRÍN, M. C.: *La complicidad en el delito*, Tirant lo blanch, 1997, pp. 270 y 271; MURMANN, U.: *Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal*. (Traducc. de ROBLES PLANAS), *Revista del Poder Judicial*, nº. 53, 1999, pp. 166 y ss.

96. Cfr. en este sentido la crítica efectuada con carácter general a la teoría de la imputación objetiva por ARMIN KAUFMANN, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, p. 265 [trad. pp. 820] y RUEDA MARTÍN, M. A.: *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, J. Mª Bosch, Barcelona, 2001, pp. 344 y ss.

97. Véase WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., p. 63.