



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

CONDUCTAS NEUTRALES: ANÁLISIS Y
PERSPECTIVAS NACIONALES Y DE DERECHO
COMPARADO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ISMAEL SOTO KARELOVIC

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile, 2019

TABLA DE CONTENIDO

	Página
<u>INTRODUCCIÓN</u>	1

CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN EN EL HECHO DELICTIVO

1. NOCIONES GENERALES DE LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

1.1. Concepto de autoría y participación en nuestro Código Penal.....	5
1.1.1. Importancia de la distinción.....	6
1.2. Sistemas unitarios y diferenciadores de autor.....	8
1.2.1. El concepto unitario de autor.....	9
1.2.2. El concepto diferenciador de autor y el principio de accesoriedad.....	10
1.3. Contenido del principio de accesoriedad.....	12
1.3.1. La accesoriedad cualitativa.....	13
1.3.2. La accesoriedad cuantitativa.....	14
1.4. La exigencia de dolo.....	16

2. FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN A LA PARTICIPACIÓN

2.1. La necesidad de fundamentar la pena a la participación.....	18
2.2. Teorías de la corrupción.....	19
2.2.1. La teoría de la doble naturaleza de los preceptos.....	20
2.2.2. La teoría de la desintegración social.....	21
2.2.3. Superación de las teorías de la corrupción.....	22
2.3. Teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico.....	23
2.3.1. Teoría pura de la causación.....	24
2.3.2. Teoría del favorecimiento orientada a la accesoriedad.....	25
2.3.3. Teoría del ataque accesorio al bien jurídico.....	26

3. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACIÓN

3.1. Función de la teoría de la imputación objetiva.....	27
3.2. Incremento o creación de un riesgo.....	28
3.2.1. El incremento del riesgo para un bien jurídico protegido.....	30
3.2.2. Consideraciones teleológicas del principio del riesgo.....	31
3.2.3. El riesgo permitido y los actos cotidianos.....	32

CAPÍTULO II: UBICACIÓN DEL PROBLEMA Y TESIS BASADAS EN CRITERIOS SUBJETIVOS

1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES

1.1. Definición y crítica del concepto y algunos casos ilustrativos.....	35
1.2. Tipicidad o antijuricidad.....	36
1.2.1. Importancia de la cuestión.....	37
1.2.2. Argumentos en favor de ubicar el problema en las causas de justificación.....	38
1.2.3. Argumentos en favor de ubicar el problema en sede de tipicidad.....	39
1.3. Aproximación a una clasificación de los criterios doctrinales de ubicación dentro del tipo.....	40

2. TEORÍAS SUBJETIVAS

2.1. Caracterización de los criterios subjetivos.....	41
2.2. Dolo directo v/s dolo eventual y dolo <i>especial</i> v/s dolo general.....	42
2.3. El dolo directo como criterio rector.....	43
2.3.1. Precedentes.....	44
2.3.2. Tendencias de la jurisprudencia alemana.....	45
2.3.3. La postura de AMBOS.....	47
2.4. Diferencias entre conductas de un particular y el ejercicio de una profesión u oficio....	49
2.5. Solidaridad psíquica.....	50
2.6. Análisis crítico de los criterios puramente subjetivos.....	51

CAPÍTULO III: TEORÍAS OBJETIVAS

1. TEORÍAS OBJETIVAS, PROHIBICIÓN DE REGRESO Y PARTICIPACIÓN APARENTE

1.1. Caracterización de los criterios objetivos.....	55
1.2. JAKOBS y la prohibición de regreso.....	56
1.2.1. Quebrantamiento de roles.....	57
1.2.2. Codelincuencia.....	59

2. SOLIDARIDAD CON EL INJUSTO AJENO

2.1. Solidaridad objetiva y subjetiva.....	61
2.2. La cercanía contextual al hecho.....	62
2.3. Elaboración desde JAKOBS de FEIJOO SÁNCHEZ.....	64
2.3.1. Favorecimiento posterior al inicio de la tentativa y límites de la punibilidad del cómplice.....	66
2.3.2. Posición de garante.....	68

3. REFERENCIA DE SENTIDO DELICTIVA

3.1. Nociones de imputación de resultado de FRISCH.....	69
3.2. Referencia de sentido delictiva y libertad de acción.....	70
3.3. La postura de ROBLES PLANAS.....	75

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS OBJETIVAS.....	78
--	-----------

CAPÍTULO IV: TEORÍAS BASADAS EN CRITERIOS MIXTOS Y ANÁLISIS DE ALGUNA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. TEORÍAS MIXTO-OBJETIVAS

1.1. Las teorías mixtas.....	81
1.2. La adecuación de la conducta.....	82
1.3. La adecuación profesional.....	84
1.4. La infracción de la norma de cuidado.....	85
1.5. La eficacia de la contribución.....	86
1.6. Exclusiva significación como integración en el injusto del autor.....	87

2. TEORÍAS MIXTO-SUBJETIVAS

2.1. Grado de tendencia y finalidad objetiva del aporte.....	89
2.1.1. La referencia de sentido delictiva.....	90
2.1.2. La tendencia reconocible hacia el hecho.....	91
2.2. Distinción entre dolo directo y dolo eventual.....	93

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS MIXTAS.....

4. ANÁLISIS DE ALGUNA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA

4.1. Doctrina.....	99
4.1.1. Comentarios de VAN WEEZEL.....	100
4.1.2. Postura de NÁQUIRA.....	102
4.2. Jurisprudencia.....	104
4.2.1. Análisis sentencia T.O.P. abogado en quiebra fraudulenta.....	105
4.2.2. Análisis sentencia de recurso de casación en el fondo Taxista en microtráfico.....	110

TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES FINALES.....

BIBLIOGRAFÍA.....

“Sobre todo examinen lo habitual. No acepten sin discusión las costumbres heredadas. Ante los hechos cotidianos, por favor, no digan: es natural. En una época de confusión organizada, de desorden decretado, de arbitrariedad planificada y de humanidad deshumanizada... Nunca digan: es natural, para que todo pueda ser cambiado”

-Bertolt Brecht

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es analizar los límites de la responsabilidad penal en las denominadas conductas neutrales o actividades cotidianas, ubicando sistemáticamente el disvalor de acción del cooperador y determinando los criterios a utilizar para la correcta valoración de su comportamiento.

Así, se exponen críticamente las diferentes aproximaciones doctrinales al problema, revisando como distintas corrientes de pensamiento caracterizan la temática, y la ubican y analizan desde variados fundamentos dentro de la teoría del delito, considerando diversos elementos para construir sus perspectivas, y llegando a conclusiones distintas en uno u otro caso, o bien, arribando muchas veces a conclusiones de punibilidad similares, pese a valerse de elementos de juicio disimiles.

Se pretende analizar críticamente aquellas teorías que ha construido la doctrina que se fundamentan primordialmente en elementos objetivos, y aquellas que hacen lo propio con elementos subjetivos, para luego revisar las posturas que se elaboran sobre la base de ambos componentes del tipo penal, pero valorando la relevancia de sus elementos de distinta forma.

Por último, se da cuenta de algunas aproximaciones al problema desde la doctrina y jurisprudencia nacional, estableciendo conexiones entre lo expresado por nuestros tribunales de justicia y expertos, y la discusión dogmática a nivel internacional. En esta parte final se asume una toma de postura respecto al tema como parte de las conclusiones derivadas del análisis.

INTRODUCCIÓN

Resulta de toda lógica comenzar la presente memoria definiendo lo que entenderemos por conductas neutrales, dentro del marco de la cooperación delictiva, de aquí en adelante, puesto que no parece del todo pacífica, *prima facie*, la proposición de calificar a algunas conductas como neutrales sin un contexto que permita desprender el significado de tal adjetivo en su relación con el Derecho penal.

Dentro de la literatura alemana, que es donde originariamente empezaron a consolidarse las construcciones teóricas modernas que aluden y conceptualizan con especificidad el problema a tratar¹, se ha comenzado a utilizar ampliamente esta terminología que refiere, en principio e intuitivamente, a dos posibles series de casos en relación con su punibilidad, a saber: i) aquellas conductas que, estando aparentemente protegidas por su adecuación a derecho y carácter inocuo, resultan ser punibles al analizarlas detenidamente; ii) aquellas conductas que en apariencia son merecedoras de castigo pero que al estudiarlas con más detalle resultan no ser objeto de reproche penal de acuerdo a una correcta valoración sistemática científica. Estas ideas intuitivas, aunque aparentemente contradictorias, resultan provechosas a la hora de comprender el porqué de la preferencia de buena parte de la doctrina de utilizar este calificativo. La plasticidad de la terminología, en cuanto alusión a conductas que están situadas al límite de lo que ontológicamente caracterizaría a una conducta como punible, nos permite explorar la polémica que se ha generado en la dogmática penal en lo que respecta tanto a la ubicación del problema como a sus consecuencias teóricas y prácticas, pues esta da cabida a variadas aproximaciones y perspectivas.²

Si bien a lo largo de esta memoria se continuará el debate sobre si existe una necesidad sistemática de calificar a ciertas conductas de potencial complicidad delictiva como neutrales o cotidianas (puesto que para algunos autores esta labor resulta del todo inoficiosa), las

¹ BLANCO CORDERO, I. (2001). *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Editorial Comares, p. 2. Si bien observamos que el interés por una clasificación sistemática del asunto va de la mano con la creciente complejidad que presentan las relaciones económico-sociales en la actualidad en distintos países y culturas.

² LANDA GOROSTIZA, J.M. (2002). *La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana*. Granada: Editorial Comares S.L., p. 3

entenderemos, de acuerdo a lo señalado en términos generales por LANDA GOROSTIZA, como “supuestos límite que por desarrollarse como contribuciones en el marco de la actividad laboral, cotidiana, habitual, suscitan dudas sobre su calificación en el caso concreto como cooperación punible”.³

Bajo una mirada más analítica, el asunto principal que pone de relieve esta definición guarda estrecha relación con los límites dogmáticos y ontológicos del Derecho penal, entendido como herramienta de control socio-político que encuentra su justificación teleológica en la protección de bienes jurídicos consagrados constitucionalmente en el marco de un Estado de derecho democrático, que garantice al mismo tiempo la libertad y autonomía del individuo, sin excederse en estos propósitos hacia ningún extremo. Por ello, se busca lograr el equilibrio adecuado para evitar que, o bien se prive a los bienes jurídicos de suficiente y adecuada protección, o bien se limite de tal forma el actuar de las personas que se termine paralizando a importantes sectores de la vida social por el temor a las repercusiones punitivas de comportamientos potencialmente lesivos, cuya legitimación adolezca de cuestionamientos constantes.⁴

Así, si bien evidentemente las consideraciones tenidas en vista por la doctrina son de forma preferente de estricta dogmática penal, complementadas ocasionalmente con perspectivas de carácter práctico o de política criminal, urge el generar un debate acucioso sobre el tema en virtud de su importancia tanto en relación a la conceptualización de la participación delictiva en el Derecho chileno, que será nuestro primer objeto de análisis, como del rol que entendemos le corresponde al derecho Penal en nuestra sociedad en general.

Respecto al enfoque metodológico de este trabajo, se pretende establecer una taxonomía útil, para efectos expositivos, de los diferentes puntos de vista que existen al respecto, elaborados principalmente por autores alemanes y españoles (en cuanto existen escasas elaboraciones dogmáticas al respecto en nuestro país y en el resto de Latinoamérica),

³ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 5

⁴ ROCA DE AGAPITO, L. (2013). *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 37

para lograr situar el problema en el marco de la teoría del delito. Así, nos referiremos en un primer momento a aquellos que lo abordan desde la antijuricidad, específicamente dentro de las causales de justificación, para luego revisar la literatura que sitúa al problema como uno de tipo subjetivo, y aquella que lo entiende como un problema de tipo objetivo. Luego, revisaremos aquellas teorías que advierten la importancia de considerar ambos aspectos del tipo penal, pero que le asignan mayor importancia a uno u otro de estos aspectos y/o a los elementos específicos a verificar dentro de estos, en cada caso. A estas últimas las denominaremos teorías mixto-objetivas y teorías mixto-subjetivas, dependiendo del énfasis que manifiesten. Completaremos la exposición de cada conjunto de teorías con un análisis crítico de estas.

Luego de dicho análisis, incorporaremos a nuestro trabajo algunas referencias a nuestro medio local, mediante una mirada somera, en primer lugar, a algunas posturas expresadas por la doctrina nacional. Posteriormente revisaremos las conclusiones de dos causas penales vistas por nuestros tribunales de justicia, cuyos presupuestos materiales se encuadran dentro del tema tratado, aun cuando en ellas no se haga alusión explícita a la nomenclatura utilizada en estas páginas, ni tampoco se expongan sistemáticamente los temas tratados pues, como bien sabemos, resulta poco común que nuestros tribunales manifiesten un conocimiento actualizado de las más recientes perspectivas doctrinales internacionales, en tanto la carga de trabajo de aquellos no puede conciliarse con la aparición de novedosos y variados temas en la dogmática penal internacional, más allá de cualquier crítica estructural que pudiese hacerse a las limitaciones de nuestro poder judicial, que por cierto no pretendemos siquiera esbozar en estas páginas.

Finalizaremos con una toma de postura en la que se incorporen las críticas y planteamientos relativos a las diferentes teorías expuestas, para manifestar nuestra opinión respecto a cuáles elementos considerados en estas creemos que se deben enfatizar para plasmar una correcta comprensión de las conductas neutrales en particular, y los límites de la complicidad punible en general. La cita utilizada como preámbulo a este trabajo adelanta ya alguna toma de postura crítica a las tesis que han tenido más acogida en nuestro país, lo que no obstará a que despluguemos también las propias al abanico completo de teorías. Ello

resulta necesario al tratar este t3pico en particular debido a la especial fragilidad del consenso en aceptar como dominante una u otra teor3a entre los distintos autores, y la r3pida evoluci3n de las cr3ticas planteadas por estos.

Respecto a la bibliograf3a citada, tal como es la tendencia dentro del panorama actual de la dogm3tica penal latinoamericana, es claro que existe un predominio cuantitativo de referencias a investigaci3n cient3fica alemana en el presente trabajo. Frente a esto, dos precisiones: i) no pretendemos pontificar a los autores alemanes solo porque estos sean estudiados con un ah3nco mayor a los provenientes de otras latitudes, pues creemos que el hecho de que estos pr3cticamente solo citen a otros autores alemanes, siempre que son habitualmente citados a su vez por autores de distintos pa3ses de Latinoam3rica y Europa, obedece no solo a la rigurosidad de sus investigaciones, imposible de desconocer, sino tambi3n al r3dito obtenido por aquellos que derivan, ya sea de forma consciente o inconsciente, cierta validaci3n a trav3s del recurso a la autoridad cient3fica ampliamente reconocida a estos trabajos; ii) tampoco pretendemos desconocer el gran inter3s de las abundantes discusiones doctrinarias que ocurren en tierras germanas, por lo que instamos, con suma humildad, a generar un balance entre la gran utilidad de referir a estas depuradas investigaciones y la valent3a de admitir que pueden existir soluciones m3s adecuadas a algunos de los problemas del Derecho penal elaboradas por autores que no provienen de dicho pa3s.

Como dice MATUS al referirse al marcado inter3s por estudiar la dogm3tica alemana en nuestro pa3s "... no debemos perder esa ventaja, sino ampliarla y abrir las ventanas de nuestras investigaciones no s3lo a lo que se publica en Berl3n, sino tambi3n en otros lugares donde quiz3s existen teor3as tanto o m3s adecuadas que las germanas para explicar el funcionamiento del Derecho penal y permitir lograr ese objetivo de hacer m3s calculable y segura su aplicaci3n, sin que estemos, por ello, obligados a *quemar nuestros barcos* para olvidar todo lo que hasta el momento se ha avanzado en la tarea"⁵

⁵ MATUS ACUÑA, J. P. (2008). Por qu3 citamos a los alemanes y otros apuntes metodol3gicos. En: *Revista Pol3tica Criminal de la Universidad de Talca*, volumen 3, N3 5, p. 338

CAPÍTULO I: LA PARTICIPACIÓN EN EL HECHO DELICTIVO

1. NOCIONES GENERALES DE LA REGULACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO CHILENO.

1.1. Concepto de autoría y participación en nuestro Código Penal

Como sucintamente señala KINDHAUSER “En derecho penal no sólo es responsable aquel que comete el delito solo y de propia mano, sino también aquel que lo comete conjuntamente con otros. La comisión conjunta de un delito recibe la denominación de ‘intervención’, y esta puede tener lugar, a su vez, en dos formas diferentes: en la forma de una autoría y en la forma de una participación”.⁶

En nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 14° de nuestro Código Penal el llamado a arrojar luces sobre estos conceptos, señalando que son responsables criminalmente de los delitos los autores, los cómplices y los encubridores. Este artículo reproduce literalmente el artículo 11° del Código Penal español y, como bien señala el profesor HERNÁNDEZ, “... se desprende que la ley chilena acoge un modelo que distingue entre autores, esto es, figuras principales que responden por el hecho como propio, y otros intervinientes que son figuras accesorias y que responden por el hecho del autor, los que doctrinariamente se denominan partícipes”.⁷

Por su parte, el artículo 15° del mismo Código señala que se consideran autores a los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite, los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo, y los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

⁶ KINDHAUSER, U. (2011). Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. En: *Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile*, N° 14, p. 41

⁷ COUSO SALAS, J.; HERNANDEZ BASUALTO, H. (2011). Código Penal Comentado: Parte General. Doctrina y Jurisprudencia, Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, p. 367

Finalmente, el artículo 16° prescribe que son cómplices lo que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. Este artículo, al igual que el 14°, reproduce literalmente su símil del Código español, correspondiente al artículo 13° en el caso de este último, y establece una noción residual, tanto desde el punto de vista legal como conceptual, de complicidad, en cuanto hace a esta institución fundamentalmente dependiente de la noción de autoría.⁸

La revisión de estas normas permite ver el sentido de algunas definiciones de complicidad elaboradas por la doctrina, que entiende que esta es “la cooperación dolosa, tanto material como intelectual (planes, información, etc., aunque no meramente anímica), a la ejecución del delito de otro.”⁹ O también “la prestación de ayuda (conocida o no por el favorecido) a la conducta desplegada por el autor (o coautores)”¹⁰.

1.1.1. Importancia de la distinción

En nuestro ordenamiento jurídico la importancia central de distinguir entre autores y partícipes radica en la pena asignada a cada uno de ellos. Así, según lo establecido en los artículos 50 al 54 de nuestro Código Penal, al autor de un delito consumado se le aplicará la pena establecida en la ley para el tipo correspondiente, mientras que a los cómplices se les aplicará una pena inferior en un grado, y a los encubridores, por regla general, una pena inferior en dos grados en relación con la misma. No existe, por otra parte, una distinción generalizada en cuanto a la pena aplicable a las diferentes subcategorías de autoría, complicidad y encubrimiento. De esta forma, y a modo de ejemplo, a todos los encubridores del artículo 17 del Código Penal les correspondería la misma pena, cualquiera sea el numeral en el que se subsuma su forma de participación.¹¹

⁸ COUSO SALAS, J.; HERNANDEZ BASUALTO, H. Op. Cit. p. 414

⁹ COUSO SALAS, J.; HERNANDEZ BASUALTO, H. Op. Cit. p. 414

¹⁰ BASCUR, G. (2015). Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno. En: *Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile*, N° 23, p. 178

¹¹ COUSO SALAS, J.; HERNANDEZ BASUALTO, H. Op. Cit. p. 368

Otra consecuencia de que a un imputado se le condene como partícipe, y no como autor, la encontramos en el artículo 1 de la Ley N°18.216, referido a las exclusiones generales, establecidas en el inciso primero de dicho artículo, y especiales, previstas en el inciso 4° del mismo artículo (relativas a personas que hayan sido previamente condenadas por algunos de los delitos específicos contra la propiedad), aplicables al régimen vigente de sustitutos penales. Estas exclusiones a la posibilidad de acceder a los regímenes sustitutivos señalados por la citada ley se aplican explícitamente a los autores y coautores de delitos consumados, y no a los partícipes, a los cuales entiende la doctrina que no se les aplican en ningún caso¹².

Teniendo en cuenta estas disposiciones legales es evidente que resulta entonces particularmente importante dilucidar la correcta aplicación de las normas, criterios y elementos necesarios para distinguir adecuadamente a los autores y coautores de los partícipes, ya que las consecuencias penológicas que generan el condenar a una persona como autor son significativamente más gravosas en comparación a que la misma sea condenada como partícipe. Según BASCUR, que exista este problema en el derecho chileno se debe a los requisitos en común que existen para configurar ambas categorías, explicándolo en estos términos: “Principalmente me refiero a las exigencias de (i) la división del trabajo delictivo y a (ii) la prestación del aporte efectuada en fase ejecutiva. Ello contribuye a la generación de una zona gris en la materia, cuyas soluciones tradicionales muchas veces corren el riesgo de bordear el decisionismo judicial...”¹³.

Expuestas estas ideas, no buscaremos abultar el presente trabajo elaborando en profundidad las teorías creadas por la doctrina para diferenciar entre autores y partícipes. Tal tarea se enmarca dentro de los problemas propios de los límites superiores de la participación, mientras que nuestros esfuerzos, por la naturaleza misma de los objetivos ya establecidos, se centrarán en los límites inferiores. Así, solo nos detendremos en aquellos prolegómenos de autoría y participación que nos ayuden a obtener una cabal comprensión del asunto principal que se aborda en el presente trabajo.

¹² BASCUR, G. Op. Cit., pp.176-177

¹³ BASCUR, G. Op. Cit., p. 177

1.2. Sistemas unitarios y diferenciadores de autor

Habiendo descrito precedentemente el marco legal que regula la responsabilidad criminal de aquellos que toman parte en la ejecución de un hecho delictivo, cabe ahora preguntarse por la valoración de las distintas conductas de intervención que especifica nuestro Código Penal. Con este objetivo en mente resulta esencial aclarar si los elementos que se utilizarán en esta empresa serán los mismos en todos los casos, sin distinguir entre una forma u otra de intervención delictiva. Esto es: ¿son idénticos los criterios y consideraciones de responsabilidad aplicables al valorar la conducta de aquel que le explica a otro cómo abrir la reja de una casa, que los aplicables a este último, quien valiéndose de esos conocimientos entra a robar a la misma?¹⁴

Responder a esta pregunta afirmativamente tiene como consecuencia necesaria la aceptación de la autonomía de la responsabilidad penal de todos aquellos que intervienen en un delito, lo que se ve plasmado en los denominados *sistemas unitarios de autor*. Si en cambio quisiéramos hacer la distinción entre intervinientes principales y secundarios, llegaríamos inevitablemente al entendimiento de que la participación solo puede existir como participación en el hecho de otro, debiendo entenderse la intervención secundaria siempre como responsabilidad por la influencia del colaborador en el hecho del interviniente principal de una forma u otra, lo que ocurre en los *sistemas diferenciadores de autor*.

Por tal razón, ambos sistemas de responsabilidad penal resultan incompatibles, y la adopción de uno u otro se torna ineludible, toda vez que ello implica entender la relación de los múltiples intervinientes en un hecho delictivo de dos formas esencialmente distintas, a saber: i) entender que en la codeincuencia todos se encuentran en un mismo plano de análisis en términos de la valoración de su participación (sistemas unitarios), o; ii) entender que existe una relación directa y sustancial entre la calificación jurídica de la participación del interviniente principal y la punibilidad de la conducta de los intervinientes secundarios (sistemas diferenciadores).

¹⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, M. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 30

1.2.1. El concepto unitario de autor

Partiendo entonces de la base de que el concepto unitario y extensivo de autor no distingue entre autores y partícipes en los términos descritos anteriormente, podemos agregar que, en su manifestación primigenia, denominada clásica o formal, se entiende que todos los intervinientes son en esencia autores, toda vez que contribuyen causalmente al injusto¹⁵.

Aquellos que abogan por esta forma de analizar el comportamiento de los distintos intervinientes en un delito no necesariamente requieren que exista una legislación que de forma literal y explícita recoja la idea de que no existe una diferencia ontológica trascendente entre autores, cómplices y encubridores, pues consideran que dicha unidad conceptual se refleja necesariamente en la materialidad del delito con independencia de los aspectos que consideró el legislador a la hora de plasmar las consecuencias de encontrarse los intervinientes en una categoría u otra. En ese sentido, en su versión más extrema, el concepto unitario clásico o formal de autor no requiere ser reconocido por las normas positivas, pues se fundamenta ontológicamente a sí mismo como marco teórico de análisis del delito.¹⁶

Por otra parte, en su versión denominada *funcional*, el concepto unitario de autor si comprende la distinción conceptual y material entre autores y otros intervinientes, aun cuando niegue que todos ellos dejen de ser por esto, en esencia, autores. La distinción entre ambas corrientes se refleja en su relación con la legislación positiva, puesto que para aquellos defensores del concepto funcional resulta imprescindible que la existencia de distinciones normativas explícitas se traduzca en una comprensión material distinta de la participación de los intervinientes, que no alcanza a ser suficiente para que algunos de ellos dejen de ser autores propiamente tales, categoría que seguiría abarcándolos, según lo expuesto por su autor DIETHELM KIENAPFEL y sus seguidores¹⁷.

¹⁵ DÍAS Y GARCÍA, M. (2008) Autoría y Participación. En: Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, N° 10, pp.13-14

¹⁶ COUSO SALAS, J. (2018). Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. En: *Revista Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, Año 24, N°1, pp. 463-464

¹⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 39

Pues bien, si es que el concepto unitario funcional admite distinciones materiales y conceptuales entre intervinientes, ¿qué lo separa del concepto diferenciador de autor? La divergencia central vendría dada por la negación de la existencia de una relación de accesoriadad y dependencia entre la conducta del autor y demás intervinientes. En palabras de LÓPEZ PEREGRÍN: "... el sistema unitario funcional no reconoce esa relación de dependencia. No distingue entre intervinientes principales y accesorios, sino que reconoce diferentes formas de comisión del hecho en autoría. Es decir, que, a pesar de la inclusión de una conducta de intervención en una categoría u otra, todas ellas reciben un tratamiento penal igualitario"¹⁸

En esa línea de pensamiento, existirían autores inmediatos cuando la conducta se subsume en la descripción literal del tipo, y autores mediatos cuando, sin poderse establecer una relación explícita directa entre la conducta material y lo plasmado en el tipo, sí existe una relación causal, en el marco de los requisitos de la imputación objetiva, entre esta y la realización típica. Evidentemente esta última categoría sería el equivalente a la distinción entre cómplices y autores que proponen los sistemas diferenciadores.¹⁹

La ventaja principal de este concepto de autor es la simplicidad con la que se abordan las conductas punibles, permitiendo concentrar los esfuerzos de conceptualización en determinar los límites de lo típico, calificando cada conducta de acuerdo a su propio mérito y prescindiendo de aquellas discusiones doctrinarias que pretenden establecer el límite entre conductas de autoría y participación, que muchas veces, a juicio de esta corriente de pensamiento, resultan excesivamente abstractas e inabordables para los operadores del Derecho en su aplicación a casos concretos.^{20 21}

1.2.2. El concepto diferenciador de autor y el principio de accesoriadad

Como ya hemos visto, es la accesoriadad de la conducta del interviniente a la del autor la idea central que debe tenerse en mente a la hora de caracterizar el concepto diferenciador

¹⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 40

¹⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp.41-42

²⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 43

²¹ COUSO SALAS, J. (2018). *Autoría y participación...* Op. Cit. p. 464

de autor, en contraposición al concepto unitario funcional, con el que guarda notorias similitudes pero que prescinde de la misma por considerarla una herramienta innecesaria e improcedente (e incluso “falsa”, según algunos) para calificar el comportamiento de los intervinientes.²² Tendremos que detenernos en esta idea, entonces, para arribar a una adecuada comprensión del concepto diferenciador de autor.

Para el sector de la doctrina que propone un entendimiento del delito bajo un sistema diferenciador de autor, el hecho del partícipe no puede consistir en un comportamiento separado de la conducta del autor que repercuta en la realización de un riesgo propio para el bien jurídico, pues este comportamiento solo adquiere su sentido contrario a la norma una vez que se lo entiende necesariamente ligado al del autor principal. El partícipe nunca podrá realizar en solitario el injusto, sino que requerirá siempre de la conducta de otro a la cual integrarse, idea que es particularmente valiosa y significativa en vista de la construcción de fundamentos sistemáticos de restricción del causalismo excesivo que podría potencialmente derivarse de sistemas unitarios, al limitar el análisis (pero no la fundamentación) de la conducta del partícipe a aquello que efectivamente realizó el autor²³

Según una de las definiciones de accesoriadad más comúnmente utilizadas por la doctrina, esta sería la “relación de dependencia de la participación con respecto al hecho principal”, que según PEÑARANDA RAMOS responde “...a una necesidad conceptual: no se puede hablar de participación sin referirse al mismo término a aquello en lo que se participa.”²⁴ Sin embargo, el hecho de que etimológicamente la palabra participación dé a entender esta relación con *lo principal*, no es suficiente para generar consenso respecto a su comprensión en el ámbito de la dogmática penal como fundamento del injusto del partícipe, aun cuando sean asuntos estrechamente relacionados²⁵. En particular, en vista de los nuevos

²² TAVARES LOBATO, J. (2016). *Teoría general de la participación criminal y acciones neutrales*. Lisboa: Juruá Editorial, p. 17

²³ MIRÓ LLINARES, F. (2009). *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*. Barcelona: Atelier, pp. 138-139

²⁴ PEÑARANDA RAMOS, E. (1990). *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Madrid: Editorial B. de F., p. 326. Citado por ROBLES PLANAS, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons, p. 166

²⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 97

planteamientos dogmáticos que veremos, provenientes de la doctrina española, respecto al fundamento del injusto del partícipe.

A pesar de lo anterior, es común que en la doctrina se utilice, para fundamentar el injusto de la participación, justamente esta idea de accesoriedad, confundiendo su rol de requisito esencial para el castigo del partícipe, con el *porque* del castigo al injusto atribuido a este. Así, no es pacífico en doctrina que el fundamento del disvalor del injusto del partícipe se desprenda directamente de su relación necesaria con el disvalor del injusto del autor, siendo para muchos tan solo un requisito, pero no la causa para determinar que alguien se configure como partícipe en un delito penal.²⁶

1.3. Contenido del principio de accesoriedad

Efectuadas estas consideraciones previas, nos queda entonces dilucidar cuál sería precisamente el contenido mínimo del referido principio, si es que no es necesariamente, como hemos visto, el cimiento para responsabilizar al partícipe por su injusto. Podemos comenzar señalando que actualmente buena parte de la doctrina lo identifica con los requisitos que debe cumplir el hecho principal, comprendido como un todo y considerando el contexto en que se desarrolla, para que se origine responsabilidad penal para el partícipe.²⁷²⁸

Para elaborar esta idea debemos notar que se distingue en doctrina dos facetas de la accesoriedad en relación con el hecho principal: i) la accesoriedad cuantitativa, que guarda relación con el nivel de desarrollo que debe alcanzar el hecho, dentro del *iter criminis* o *camino del delito*, para que la acción del partícipe sea también punible; ii) la accesoriedad cualitativa, que se orienta en torno a responder la pregunta de cuáles serían los elementos del delito que el hecho principal debe reunir para que resulte eventualmente punible el hecho del partícipe²⁹.

²⁶ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 97

²⁷ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 98

²⁸ ROBLES PLANAS, R. Op. Cit. p. 168

²⁹ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 60

Por tanto, es la confluencia del resultado del análisis de ambas facetas de la accesoriadad, como elementos de juicio que nos permiten poner en práctica el sustrato del principio de accesoriadad al determinar la existencia o no de responsabilidad penal de un interviniente, en relación al hecho del autor en cada caso concreto, lo que nos conducirá a una interpretación congruente con la incorporación sistemática de este principio a la teoría del delito, en su dimensión de requisito del injusto penal.

1.3.1. La accesoriadad cualitativa

Cuando hablamos de accesoriadad cualitativa nos referimos al requisito de que el hecho del autor sea típico y antijurídico para comenzar a considerar la posible responsabilidad penal del resto de los intervinientes. Así, cuando el ejecutor principal realice una conducta no típica el comportamiento del colaborador será *per se* impune, a menos que se considere que se utilizó como instrumento al primero, en cuyo caso eventualmente se podrá valorar el comportamiento de este último como autoría mediata.³⁰

Esto no repercute en diferencias de resultado de la eventual punibilidad de las conductas en relación con los sistemas unitarios para prácticamente ningún supuesto imaginable, si no consideramos al estadio de realización delictiva como veremos más adelante, en cuanto es difícil imaginar que un hecho resulte atípico para el autor, y no para el cómplice. Los únicos supuestos que podrían derivar en punibilidad respecto al colaborador e impunidad para el actor principal refieren a tipos que requieran una especial intención o cualificación que cumpla el primero y no este último.³¹

Respecto a la integración del posible cómplice a un hecho justificado, adscribimos a lo expresado por GUSTAVO LABATUT, quien hace extensivas tales causales de justificación al comportamiento de los partícipes, señalando: “En las causas de justificación no hay delito. Por consiguiente no procede responsabilizar a los copartícipes ni hacer efectiva la responsabilidad civil, ni es procedente tampoco la legítima defensa, salvo tratándose del

³⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 72-73

³¹ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 74

estado de necesidad, en lo cual, por lo demás, las opiniones difieren³²”. Esto diferirá en los sistemas unitarios (o de accesoriadad mínima, como veremos), dependiendo de si la legislación positiva extiende expresamente dichas causales a todos los intervinientes del delito, pues en caso contrario un cómplice o encubridor podría responder por un hecho que resultó impune para el autor principal.

1.3.2. La accesoriadad cuantitativa

La accesoriadad cuantitativa refiere al grado de realización de la fase de ejecución, o estadio de avance en relación a sus etapas, en que se encuentra el hecho para poder afirmar que este ya es susceptible de originar responsabilidad penal para el partícipe. Así, mientras la conducta del autor principal no haya superado la fase de actos preparatorios impunes, no existirá posibilidad alguna de responsabilizar penalmente a algún pretendido colaborador de este, pues aceptar el principio de accesoriadad importa, lógicamente, que no sea posible la intervención en comportamientos no típicos de un eventual o posible autor³³.

Para entender por qué aquel sector de la doctrina que adscribe a una concepción unitaria de la noción de autor niega que la accesoriadad tenga algún contenido particular o especial, y sea conceptualmente relevante como objeto de estudio, podemos atender a lo señalado por ROBLES PLANAS. Él plantea que el contenido del concepto de accesoriadad cuantitativa no es, a pesar de que parezca paradójico, aplicable exclusivamente a los cómplices y encubridores, sino que no es más que un requisito común para adjudicar responsabilidad a los intervinientes en el injusto penal, del cual se deriva responsabilidad penal directa (y no accesoria) para todos los intervinientes, y que solo es denominado de esta forma por una comprensión ontológicamente errónea del injusto penal por parte de aquellos que postulan la necesidad de entender el delito bajo un sistema diferenciador de autor³⁴.

³² LABATUT GLENA, G. (1990). *Derecho Penal Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 154

³³ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 63

³⁴ ROBLES PLANAS, R. (2007). *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, p. 29

Para el autor español el contenido de la accesoriadad cuantitativa no es otra cosa que una manifestación del principio de lesividad, es decir, del requisito general de que un hecho se encuentre en un estado de avance que permita acreditar su identificación con el tipo penal dentro del que se enmarca, que evidentemente importa una condición del hecho como tal, y que no requiere una conceptualización diferenciada para ninguno de los intervinientes. Lo mismo ocurre con la accesoriadad cualitativa, la cual, señala ROBLES PLANAS, sería un concepto vacío de contenido si acertamos en dar cuenta de que es el hecho principal, en sí mismo y desligado ontológicamente de la conducta del autor, el objeto común a considerar para la imputación de responsabilidad por el comportamiento de cada uno de los intervinientes³⁵.

Como respuesta a tal argumentación, la doctrina mayoritaria ha señalado que atribuirle la categoría de autores a todos los intervinientes repercutiría en una ampliación insoportable del catálogo de conductas punibles, pues potencialmente se incluirían aquellas que ocurren con anterioridad a la tentativa del autor, constituyéndose como conductas punibles de tentativa la incitación o apoyo a un autor del hecho principal que se encuentra en un estadio de ejecución no punible (actos preparatorios). Aun cuando esta crítica no tenga la misma intensidad frente a todas las concepciones de sistemas unitarios, pues muchas sí consideran sustancialmente la conducta del autor para evaluar la del resto de los intervinientes - como hemos visto - no deja de ser cierto que conductas *per se* no punibles en sistemas diferenciadoras tengan que ser, a lo menos, objeto de análisis en sistemas unitarios.³⁶

Es manifiesto entonces que el interés por dilucidar la pugna entre sistemas unitarios y diferenciadores de autor no se agota en una cuestión de coherencia lógica interna del injusto penal, sino que conlleva consecuencias criminológicas-prácticas relevantes. Baste ahora con concluir que los primeros potencialmente aumentan, en mayor o menor medida dependiendo de cómo conceptualicen el análisis de la conducta de los intervinientes en cada caso, la punibilidad a una cantidad más amplia de supuestos.³⁷

³⁵ ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...* Op. Cit. p. 29

³⁶ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 67

³⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 79

1.4. La exigencia de dolo

La naturaleza y conceptualización del dolo del partícipe, en sí mismas y en relación al dolo del autor, es un asunto que admite una amplia gama de reflexiones a lo largo de la teoría del delito, pues ha sido un aspecto de la dogmática penal que ha perdido la relevancia central en asuntos de autoría y participación que tuvo entre los autores cuando FRANK desarrollaba su tesis sobre la prohibición de regreso, para ser relegada a un segundo plano por las contribuciones posteriores construidas sobre la base de la teoría de la imputación objetiva, que han preferido descubrir desde los elementos objetivos el grado de responsabilidad de los partícipes. Esta no es la misma línea que se ha seguido jurisprudencialmente en distintos países, sin embargo, donde los elementos del tipo subjetivo de los intervinientes cobran esencial relevancia.³⁸

Los temas de mayor interés para las conductas neutrales, y de central importancia en asuntos de participación delictiva en general, son: i) la cuestión de si es posible ser partícipe sin la concurrencia de dolo en un delito y; ii) el grado de conocimiento que se le debe atribuir al interviniente para calificar su conducta como dolosa. Respecto al primer asunto podemos señalar que para cooperar a la ejecución del hecho, como requisito expresado en el artículo 15° de nuestro Código Penal, se requiere un nexo de voluntad resultante de que los intervinientes combinen deliberadamente sus esfuerzos en la realización del delito, o que a lo menos uno de ellos, sabiendo el propósito delictivo del otro, colabore con este beneficiándolo, aun sin su conocimiento.³⁹ El grado de conocimiento, por su parte, refiere justamente a la pregunta de la atribución de propósito y eficacia que es susceptible de hacer un interviniente respecto al autor en cada supuesto, considerando contextualmente todos los elementos de la conducta del autor.

Revisando, por último, un asunto íntimamente ligado a la polémica institución de la participación imprudente, debemos mencionar la discusión sobre si existe la posibilidad de constatar la existencia de formas de intervención distintas a la autoría en el delito imprudente

³⁸ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. pp. 23-26. Esto es especialmente notorio en la jurisprudencia alemana, como veremos

³⁹ TAVARES LOBATO, J. Op. Cit. p. 23

desde el punto de vista del autor. Así, y teniendo en mente lo que sucintamente señaló BUSTOS, al considerar que “en el delito culposo (...) es imposible hablar de partícipes, ya que ello requiere intervenir con conocimiento y querer un hecho principal”⁴⁰, podemos dar cuenta de la construcción lógica a la que adhieren aquellos que defienden la tesis de que nos debemos ceñir a un sistema unitario de autor para valorar la intervención en delitos imprudentes.⁴¹

En España existen autores que refuerzan el argumento de negar la posibilidad de configurar este tipo de participación delictiva señalando que el Código Penal de ese país no la contemplaría. Esta razón no convence del todo, y no es completamente trasladable al ordenamiento chileno, puesto que nuestra legislación positiva no se refiere explícitamente a estos asuntos, y aun cuando se encontraran normas de similar redacción a las españolas, ello no sería suficiente para que no se les apliquen a estos supuestos las instituciones generales de la Parte General, las cuales serán las llamadas a resolver el asunto pudiendo eventualmente admitirse la existencia de dicha participación en nuestro ordenamiento sin necesidad de norma expresa. Paradójicamente esta limitación, ya sea por razones de texto o por la tesis que se defiende de la noción de autoría como tal, deriva necesariamente en aumentar la punibilidad a título de autor en delitos imprudentes, al no poder valorar la conducta de un colaborador como de cómplice, negando la posibilidad de que la pena de estos últimos sea menor.⁴²

Uno de los argumentos principales esgrimidos por aquellos que proponen la necesidad de poder considerar como partícipes culpables a aquellos que colaboran con autores imprudentes deriva de que esta sería la solución más político-criminalmente adecuada, en cuanto no sería razonable que, por ejemplo, se condene como autor a aquel que proporciona el veneno para un cuasidelito de homicidio en un caso, pero como cómplice al tratarse de un homicidio doloso⁴³.

⁴⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J. (1995). *El delito culposo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 95-98

⁴¹ HORVITZ LENNON, M. I. (2007). Autoría y participación en el delito imprudente. En: *Revista de Estudios de la Justicia* de la Universidad de Chile, N° 10, p. 152

⁴² HORVITZ LENNON, M. I. Op. Cit. p.153

⁴³ HORVITZ LENNON, M. I. Op. Cit. pp.153-154

No resulta posible, por la extensión del tema en cuestión, revisar con detalle este asunto en todas sus dimensiones. Por ahora basta con constatar la relevancia de estos problemas para el tema tratado en este trabajo, pues volveremos a enfrentarnos tangencialmente a ellos al adentrarnos en las distintas teorías que buscan darle un marco de análisis a la punibilidad de las conductas neutrales, tema que justamente se centra en los límites, objetivos y subjetivos, como en el presente caso, de la punibilidad de la participación.

2. FUNDAMENTOS DE LA SANCIÓN A LA PARTICIPACIÓN

2.1. La necesidad de fundamentar la pena a la participación

Habiendo expuesto que la accesoriedad es requisito del injusto, debemos ahora pronunciarnos precisamente respecto a de dónde se derivan los fundamentos del injusto (y no del castigo, o de la pena como han señalados algunos autores, pues aquel se deriva simplemente de la realización de una conducta típicamente injusta y culpable⁴⁴) de participación, como problema de autoría y participación relativo a la ontología de estas instituciones, y atingente a las conductas neutrales.

Pues bien, aunque para muchos la accesoriedad no sea el fundamento de la punibilidad, lo cierto es que su aceptación o no, como principio de aplicación general, nos permite extraer algunos lineamientos respecto a cuál será la forma en que se construirán dichos fundamentos. De esta manera, la colusión entre este principio y el de autorresponsabilidad por los hechos propios, en relación directa con su aplicación a sistemas unitarios o diferenciadores de autor, son centrales para aclarar la discusión al respecto. Aquel que abogue por un sistema unitario de autor deberá fundamentar la punibilidad del partícipe de la misma forma que el autor, al sostener que no existen diferencias cualitativas entre ellos, mientras que aquel que defienda un sistema diferenciador de autor podrá encontrar el fundamento de la sanción al partícipe en la significación de su aporte en relación con el

⁴⁴ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 117

comportamiento y el delito del autor, aun cuando también pueda valerse de argumentos que fundamenten autónomamente el injusto del partícipe, como veremos.^{45 46}

Con este propósito pormenorizaremos la aplicación de estos principios y su consecución lógica en dos grupos de teorías: i) las llamadas teorías de la corrupción y; ii) las teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico. Lo que buscamos es plantear las bases para poder definir cuándo una persona se constituye como partícipe de un delito en términos generales, es decir, fijar los márgenes de cuándo una conducta es de participación y cuando no lo es.⁴⁷ Esto resulta esencial si se tiene presente que la postura doctrinal mayoritaria es aquella que sostiene que solo el autor principal realiza el tipo penal de la Parte Especial del Código Penal.⁴⁸

2.2. Teorías de la corrupción

Si bien la doctrina contemporánea se manifiesta de forma muy mayoritaria en rechazo de las llamadas *teorías de la corrupción*⁴⁹, denominadas así pues tienen como punto en común el reconducir el fundamento de la sanción del comportamiento del partícipe en relación con el hecho lesivo a constatar que éste sería una influencia negativa o corruptiva en la determinación de llevar a cabo un comportamiento delictivo del autor, resulta igualmente importante referirnos a ellas por su rol histórico en el desarrollo de las teorías que aún se encuentran vigentes y pugnan por influencia en la materia.

Así, entendemos que, para aquellos que suscriben a esta corriente doctrinaria, el castigo del partícipe se explica porque su comportamiento conduce al autor a actuar en perjuicio de los bienes jurídicos que este último lesiona. En ese sentido, el punto de análisis central del comportamiento del partícipe como tal, bajo el prisma de estas teorías, no se sitúa

⁴⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 80-81

⁴⁶ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. pp. 44-46

⁴⁷ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. p. 47

⁴⁸ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. pp. 47-48

⁴⁹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 120

en la lesividad o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino que en como este condiciona o determina el actuar del autor del hecho delictivo.⁵⁰

2.2.1. La teoría de la doble naturaleza de los preceptos

Resulta necesario, para caracterizar adecuadamente la teoría de la doble naturaleza de los preceptos, aludir en primer lugar al concepto restrictivo de autor utilizado por el profesor alemán que la concibió. MAYER señala que es autor aquel al que se le puede aplicar directamente la descripción típica contenida en la norma por lo que, siguiendo dicha línea de pensamiento, la participación se entendería como causa de ampliación de la punibilidad.⁵¹

Sobre la base de esta consideración, divide a los posibles partícipes de un injusto penal en dos grandes grupos de casos: i) aquellos en que el autor es culpable, y por tanto se deriva la responsabilidad del partícipe directamente de la culpabilidad del primero, sujetándose a la observancia estricta del principio de accesoriedad del hecho del partícipe al del autor; y ii) aquellos en que el autor no es culpable, pero que igualmente se genera responsabilidad penal para el partícipe, de acuerdo a lo dispuesto en las nuevas normas especiales introducidas por la reforma del Código Penal alemán de 1943.

En el primer grupo de casos, MAYER entiende que la punibilidad del partícipe se origina en la constatación de que el hecho delictivo efectivamente se produjo con la colaboración de aquel quien, además, unificó objetivamente su voluntad con la voluntad del autor, culpable originario del mismo hecho. De esta forma, es la combinación de la participación en la culpabilidad del autor (elemento central de su postura, que además nos permite circunscribirla dentro de las teorías unitarias) con el aporte significativo, en términos causales, al hecho delictivo la que fundamenta su responsabilidad.

El segundo grupo de casos resulta más problemático para esta teoría, pues, contrario a la doctrina dominante, a MAYER no le parece que la citada reforma del Código Penal alemán haya introducido una limitación a la accesoriedad del injusto del partícipe (pues para

⁵⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 115

⁵¹ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 118

él esta no sería susceptible de ser limitada), sino que, más bien, entiende que el legislador introduce nuevos tipos de autoría usando la nomenclatura equivocada de participación. Bajo esta lógica, el fundamento de la responsabilidad del partícipe (que no es estrictamente tal, sino que más bien una especie de autor), en este grupo de casos, sería la homologación de su actuar con el del cocausante del hecho antijurídico, el cual no resulta culpable por motivos no aplicables a este mal llamado partícipe pero que no por esa circunstancia elimina la antijuricidad del hecho delictivo, el fundamento que responsabilizará penalmente a este último.

2.2.2. La teoría de la desintegración social

Si bien se conoce a esta teoría como de la desintegración social, el planteamiento de TRECHSEL no logra fundamentar la sanción a la participación delictiva del inductor (pues no es una elaboración dogmática que se aplique a todo tipo de participación, sino únicamente a la inducción) solo mediante las ideas que evoca la denominación de esta teoría, pues debe asistirse también de otras consideraciones, ajenas a la propensión al quebrantamiento de las normas y usos ampliamente extendidos y observados en una sociedad⁵².

Este autor utiliza como pilar de su fundamentación de la sanción al inductor el que este oriente el comportamiento del autor hacia un resultado delictivo. Así, el comportamiento del primero se sancionaría al operar en el convencimiento interno del segundo, siendo determinante para que este resuelva en su fuero interno, y luego manifieste externamente, un actuar típico y antijurídico que lo ponga en conflicto con la sociedad⁵³. Como se mencionó anteriormente este no sería, sin embargo, el único criterio que utilizaría TRECHSEL como fundante del reproche penal, toda vez que también debe recurrir a la idea de la existencia de un ataque mediato a un bien jurídico protegido, como requisito copulativo necesario para justificar la sanción⁵⁴.

⁵² LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 121

⁵³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 82

⁵⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 122

Este requisito adicional, si bien razonable y lógico como limitante para una fundamentación a la sanción del inductor que no devenga en pura subjetividad (considerando que ello derivaría, en esencia, en una admisión de que al inductor lo que se le reprocha realmente es su ética personal, y el modo en que se la manifiesta a los demás), le quita interés a todo el planteamiento, pues ahora volvemos a un reproche penal basado únicamente en la causalidad que vincula al comportamiento del inductor con el resultado lesivo del autor que influencia. Esto, como veremos, plantea una serie de problemas comunes a las teorías de la corrupción.

2.2.3. Superación de las teorías de la corrupción

Como señalamos, las teorías de la corrupción expuestas previamente han sido objeto de profundas críticas en la doctrina, al punto en que ya se encuentran abandonadas por la gran mayoría de los autores⁵⁵⁵⁶.

Entre las críticas centrales a este cúmulo de teorías, que nos permiten entender el punto de partida de aquellas que actualmente compiten por aprobación mayoritaria, encontramos principalmente dos: i) no resulta compatible con la idea de una accesoriadad limitada, que en algunos ordenamientos jurídicos está explícitamente acogida, mientras que en otros se deriva de ciertos preceptos legales, siendo además la opinión mayoritaria en doctrina y; ii) su justificación teórica presenta graves problemas al momento de fundamentarse en virtud del bien jurídico que pretendería proteger⁵⁷⁵⁸.

En cuanto a la primera de estas críticas, podemos afirmar que la mayoría de los autores están actualmente de acuerdo en que el principio de accesoriadad, en su faceta cualitativa requiere que la conducta del autor sea típica y antijurídica para que sea posible derivar consecuencias para el partícipe. Esta noción de accesoriadad circunscrita únicamente a estos elementos niega la necesidad de que la conducta del autor sea también culpable, en cuyo caso estaremos hablando de accesoriadad máxima o estricta, como también la

⁵⁵ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 120

⁵⁶ MIRÓ LLINARES, F. Op. Cit. p. 47

⁵⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 115-117

⁵⁸ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 82-83

posibilidad de que las circunstancias agravantes o atenuantes del autor se comuniquen al partícipe⁵⁹. De esta forma, vemos como fundamentar la punibilidad del partícipe en la *corrupción* del autor invoca ineludiblemente la noción de accesoriadad máxima, toda vez que se trunca el razonamiento utilizado en los delitos en que no se verifica la culpabilidad del autor, debiendo quedar estos *per se* impunes⁶⁰ y negándose la aceptación de la accesoriadad limitada.

En cuanto a la segunda crítica, en nuestra opinión más decisiva e invalidante para las teorías que objeta, observamos la contradicción que se pone de manifiesto entre un Derecho Penal liberal y con explícita dependencia de su inteligencia en relación a los derechos fundamentales, con la obnubilada comunicabilidad que presentan las teorías de la corrupción con los bienes jurídicos a proteger. Ello hace inevitable comprender tales planteamientos como conceptualizaciones del delito inaceptablemente cercanas a visiones moralistas y/o religiosas de nuestro ordenamiento jurídico, ya abandonadas hace muchas décadas.⁶¹

Las teorías de la corrupción no logran erigir un bien jurídico como objeto de protección para el injusto del partícipe, de lo cual debe necesariamente concluirse que lo que en realidad protegen es uno *ad-hoc* a aquellas, como lo es la disposición del autor para comportarse de acuerdo a lo que le prescriben las normas. Esto resulta, incluso a primera vista, inaceptable como objeto de protección, al no ser recogido, ni aun implícitamente, como digno de protección por ninguna Constitución Política o tratado internacional de raigambre liberal, y al mismo tiempo, por abrir la puerta para la posible justificación de normas autoritarias, basadas en la restricción punitiva en virtud de un orden moral sin cimientos positivistas⁶².

2.3. Teorías de la contribución a la lesión del bien jurídico

⁵⁹ VACCHELLI, E. (2015). La crisis de la accesoriadad limitada. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 2, pp. 3-5

⁶⁰ FLETCHER, G. P. (2000) *Rethinking criminal law*. Boston: Oxford University Press, pp. 641-644

⁶¹ TISNADO SOLÍS, L. Op. Cit., p. 37

⁶² LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., p. 117

A primera vista podría parecer que el verbo rector de esta categoría de teorías de fundamento del injusto de participación es relativamente acotado, sin embargo las distintas visiones que aquí se agrupan han sido elaboradas desde perspectivas bastante disimiles. Decidimos agruparlas en una sola, pues todas tienen en común el rechazo a las teorías de la corrupción, y parten de la base de que el bien afectado por todos los intervinientes es el mismo, sean estos autores o partícipes.

Por otra parte, tampoco es útil para nuestro análisis un desglose completo y pormenorizado de todas estas teorías, teniendo en cuenta que la fundamentación del injusto de participación es un problema dogmático que no encuentra aún una solución clara que sea aceptada por la mayoría de los autores como una respuesta definitiva a la cuestión, aun cuando haya consensos importantes⁶³. Por tal razón, abordar con ánimo enciclopédico los distintos planteamientos doctrinarios no sería una labor conducente, por sí misma, a esclarecer el tema central de este trabajo. Dicho esto, revisaremos algunas de estas teorías con el ánimo de que sirvan como herramientas fundantes para contextualizar las ideas que se explicarán en capítulos posteriores.

2.3.1. Teoría pura de la causación

De acuerdo a los postulados de esta teoría, existiría una autonomía ontológica completa del injusto del partícipe, en el sentido de que este contendría su propia culpabilidad y se manifestaría como un injusto separado de aquel atribuible al autor. Al cómplice, bajo esta perspectiva, también le pertenece el hecho delictivo, pues se adapta inequívocamente a su realización a través de su conducta, haciéndolo suyo⁶⁴.

Siendo una de las formas de fundamentar el injusto del partícipe más cercanas al concepto unitario de autor, nos encontramos con la idea de que, al ser el hecho delictivo independiente de la conducta del autor, el partícipe causa directamente el resultado típico de lesión o puesta en peligro al amoldar su conducta a la de aquel. Tal razonamiento se justifica constatando que el hecho típico no es solo lo que uno ejecuta de propia mano, sino que es el

⁶³ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 120-121

⁶⁴ ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...* Op. Cit. p. 18-20

injusto considerado en sí mismo, el cual posteriormente se conecta, normativamente y no naturalísticamente mediante causalidad directa, con la conducta de los intervinientes.⁶⁵

Siguiendo esta lógica, los tipos de la parte especial no están contruidos como pormenorización específica de la conducta del autor individual, sino que se deben entender como el fundamento normativo para determinar el límite superior de puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, esto es, cuál es el nivel de riesgo socialmente intolerable para aquellos bienes y libertades en que nuestro ordenamiento jurídico se funda. El hecho de que la redacción de los mismos sea con ocasión de la conducta específica de un autor individual es meramente instrumental a la utilización de un lenguaje claro y entendible en sus dimensiones principales por cualquier persona, y no debe ser considerada como limitante para una correcta comprensión científica y sistemática del delito⁶⁶.

2.3.2. Teoría del favorecimiento orientada a la accesoriedad

Con muchos paralelos a la teoría de la causación, llegando incluso a ser clasificada como una variante de aquella por algunos autores⁶⁷, comprobamos que esta teoría comulga con la idea de centrar el foco de análisis en la contribución al hecho y lesión al bien jurídico del partícipe que plantea la primera, marcando distancia con las teorías de la corrupción.

El punto de divergencia con la teoría anterior, para muchos acertado pues actualmente es considerada una de las opiniones más extendidas en la doctrina, radica en considerar que la relación entre la lesión al bien jurídico que el tipo protege y la contribución del partícipe no es directa. La realización del injusto del partícipe solo se podría llevar a cabo a través del injusto del autor, por tanto la fundamentación del primero necesariamente se deriva de la del último, a lo menos parcialmente. Se acepta plenamente la accesoriedad, no como una elección del legislador, sino que simplemente como observación de la realidad, al

⁶⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 126-132

⁶⁶ ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...* Op. Cit. p. 20-23

⁶⁷ TISNADO SOLÍS, L. Op. Cit., p. 43-45

comprender que en la realización del hecho delictivo el autor es el protagonista, y el partícipe toma un papel secundario, accesorio al de aquel.⁶⁸⁶⁹

Planteadas esas premisas, es posible entender por qué algunos encuentran contradicciones respecto a las mismas. El partícipe no estaría contraviniendo de forma directa el tipo de la Parte Especial, sino que realizaría un ataque, por medio del autor, al bien jurídico que dicho tipo protege. Existiría una absoluta dependencia del injusto del autor para fundamentar el del partícipe, lo que no sería suficiente para explicar, en coherencia con el principio de autorresponsabilidad, por qué el hecho de otro podría fundamentar el injusto propio, y devendría en una simple descripción fenomenológica del comportamiento delictivo de los intervinientes.⁷⁰⁷¹

2.3.3. Teoría del ataque accesorio al bien jurídico

Con posterioridad al surgimiento de la teoría del favorecimiento previamente descrita, y luego de su ponderación frente a la teoría pura de la causación, un sector de la doctrina ha optado por una posición intermedia entre ambas, que pretende rescatar los aspectos más acertados de cada una, intentando evitar las contradicciones que se podrían generar en tal empresa⁷².

Así, esta teoría tiene en común con la del favorecimiento que el injusto del autor determina el del partícipe, aceptándose la accesoriedad como parte central en la verificación del injusto de este último, y por ello, una naturaleza derivada en el fundamento de la sanción a este. Esta sería ineludible en cuanto exigencia normativa que refiere a la noción misma de participación como tal, no siendo aceptable para este sector de la doctrina la construcción de un injusto completamente autónomo del partícipe⁷³.

⁶⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 145-147

⁶⁹ TISNADO SOLÍS, L. Op. Cit., p. 43

⁷⁰ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 148-151

⁷¹ MIRÓ-LLINARES, F. Op. Cit. pp. 53-56

⁷² LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 151-154

⁷³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 94-96

Por otra parte, estos autores explican que el injusto del autor no determina exclusivamente el del partícipe, pues hay otros elementos a considerar, derivados de ideas rescatadas de la teoría pura de la causación, para terminar de configurar este último injusto. Los elementos autónomos que se incorporan no obstan al protagonismo que debe tener la accesoriadad, y son: i) la protección frente al partícipe del bien jurídico, esto es, que el bien jurídico esté protegido también frente a él; ii) la referencia existente entre el dolo del partícipe, específico y especial para él, y la consumación del delito por el autor; y iii) la existencia del disvalor de acción particular verificado en la conducta del partícipe⁷⁴.

Actualmente se han desarrollado otras ideas bastante novedosas e interesantes en relación con el fundamento del injusto del partícipe, que serán abordadas someramente al revisar lo expuesto por ROBLES PLANAS y MIRÓ-LLINARES con ocasión de sus posturas frente a las conductas neutrales. Aun así, nos sigue pareciendo que la teoría del ataque accesorio al bien jurídico es la más acertada porque conjuga la observancia tanto del principio de accesoriadad como el de autorresponsabilidad, sin renunciar a mantener la orientación teleológica de protección de bienes jurídicos que le corresponde al Derecho penal.

3. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PARTICIPACIÓN

3.1. Función de la teoría de la imputación objetiva

Si bien la teoría de la imputación objetiva encuentra sus orígenes en el pensamiento de autores como PUFENDORF y HEGEL⁷⁵, y su primera denominación explícita en la obra de LARENZ⁷⁶, ha sido elaborada y profundizada por distintos autores, en distintas latitudes, a lo largo de los años, pasando por diversas etapas de desarrollo.⁷⁷ Sin embargo, es común a sus diversos seguidores, el origen en el rechazo a la idea la causalidad pura como único criterio de imputación.

⁷⁴ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 153-158

⁷⁵ REYES VÉLIZ, J. (2010). *Manual de imputación objetiva*. Santiago: Editorial Metropolitana, p. 8

⁷⁶ REYES VÉLIZ, J. Op. Cit. p. 44

⁷⁷ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 183

Valiéndose del concepto de voluntad ideado por HEGEL, y de una incorporación de criterios prejurídicos, enfáticamente rechazados por los autores positivistas más dogmáticos de la época, los autores de la primera etapa de la teoría de la imputación objetiva concluían, en palabras de ROBLES PLANAS que “Solo aquello que puede ser perseguido objetivamente como fin puede ser imputado al sujeto como su obra”.⁷⁸

En un segundo estado de desarrollo, impulsado por la obra de 1970 del profesor ROXIN: “Política criminal y sistema del Derecho penal”, se reemplazan los conceptos prejurídicos, tradicionalmente utilizados como herramientas para dar un contenido más robusto que la mera causalidad al juicio de imputación de conductas típicas a sus potenciales intervinientes, por conceptos normativos, materializados en el ampliamente difundido *principio del riesgo*⁷⁹. ROXIN advierte que, si bien es evidente que la causalidad por sí sola no es adecuada para dirimir un juicio de imputación de una conducta, tampoco es científicamente legítimo incorporar criterios extra jurídicos en el análisis⁸⁰.

El autor alemán arguye que es necesario rechazar la reducción del juicio de imputación (contenido para él en el tipo) a la idea de causalidad entendida estrictamente en sentido de la teoría de la equivalencia. Manifiesta tal escepticismo sobre la utilidad de la teoría de la equivalencia, al analizar la necesidad de limitación de la causalidad como criterio rector en los delitos imprudentes, en los siguientes términos: “La extensión de lo que, bajo amenaza de una pena, se está obligado a prever y a evitar es en verdad mucho más pequeña y debe determinarse por deberes de conductas constatables. Instituciones jurídicas como el riesgo permitido o el principio de confianza, que se han desarrollado al margen de las categorías sistemáticas, muestran el camino obligado para la tipificación de los deberes, cuya elaboración sistemática únicamente puede dar a los tipos culposos la firme estructura que nos es evidente en los delitos dolosos”.⁸¹

3.2. Incremento o creación de un riesgo

⁷⁸ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 183

⁷⁹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 184

⁸⁰ ROXIN, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, pp. 61-74

⁸¹ ROXIN, C. *Política criminal...* Op. Cit., pp.71-72

El referente ineludible del Derecho penal, HANS WELZEL, contribuyó enormemente a la evolución en la concepción del tipo penal al desarrollar una teoría alternativa del concepto de acción, la cual se convertiría en el eslabón central de toda su teoría de la responsabilidad penal. WELZEL critica la noción dominante en la doctrina y jurisprudencia de la época, basada en la definición estándar de la palabra *acción* como movimientos corporales voluntarios, y explica que el concepto de acción solo puede ser entendido como intrínsecamente ligado a un propósito, es decir, para WELZEL el actuar es siempre teleológico y dirigido a un objetivo.

Su rechazo al concepto dominante de acción era bastante profundo, pues se basaba en una perspectiva de la realidad orientada al entendimiento intersubjetivo del mundo y sus fenómenos, en oposición a la idea de una existencia dominada por la observación de relaciones causales mecánicas como pilar central de la cosmovisión de los autores de ese entonces. Esto último le parecía una perspectiva exagerada e infundadamente determinista del actuar humano, que chocaba explícitamente con la idea de responsabilidad personal que subyace al Derecho penal.⁸²

En palabras de JAKOBS: “El actuar delictivo no puede entenderse como la causación de un resultado o como su no evitación, sino únicamente como incremento de los riesgos ubicuos de la vida por encima de lo permitido, y el límite de lo permitido no se determina exclusivamente en función del tipo de riesgo o de la cantidad del mismo, sino también en función de la competencia en la administración del riesgo, y esta no solo depende del autor, sino que también puede depender de la víctima, o de terceros, o puede tratarse de una causalidad”⁸³. Así, este autor rechaza la idea de que sea posible un entendimiento naturalístico o mecánico de las descripciones típicas, pues estas siempre deben comprenderse normativamente, confundiéndose en el análisis normativo la conciencia del interviniente de llevar a cabo una conducta determinada con su conciencia de llevar a cabo una conducta que es contraria a la norma.⁸⁴

⁸² FLETCHER, G. P. Op. Cit. pp. 434-435

⁸³ JAKOBS, G. (2009). Dolus Malus. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, p. 14

⁸⁴ JAKOBS, G. Op. Cit. p. 14

3.2.1. El incremento del riesgo para un bien jurídico protegido

Es esta noción de incremento de riesgo, bajo una perspectiva *ex ante*, la que se debe ponderar en conflicto con la protección de bienes jurídicos consagrados como valores fundamentales por nuestro ordenamiento jurídico. Lo anterior no significa que el procedimiento para llegar a una conclusión consista, en cada caso, en ponderar el valor de la libertad de acción del individuo que crea o incrementa un riesgo con el valor del bien jurídico que la norma protege⁸⁵.

Si asumimos que el Derecho penal tiene un rol secundario en nuestro ordenamiento, consistente en imponer la validez de ciertas normas de conducta, es menester que tenga siempre en consideración las normas que configuran cada ámbito sectorial, incluyendo dentro de estas no solo a las jurídicas, sino que también las reglas sociales de conducta. Estas últimas no deben verse en pugna con las jurídicas, sino que sistemáticamente integradas como parte de estas, pues son las directrices prejurídicas que moldean el contenido límite de la actividad del Estado.⁸⁶

Lo que se busca ulteriormente, según PIÑA ROCHEFORT es estimar cuándo nos encontramos frente a una defraudación de las expectativas sociales, al encontrarse los individuos privados de la certeza relativa a la vigencia de las normas⁸⁷. Son estas expectativas normativas las que nos permiten vivir provechosa y fructíferamente en una sociedad, erigiendo una idea común respecto a la medida en que ciertas conductas son aceptables por ser resultado de prácticas culturales asumidas y legitimadas como manifestación tolerable y necesaria de la libertad humana.

En cuanto al cómplice, debemos puntualizar también que su intervención consistirá en un riesgo de favorecimiento de la lesión al bien jurídico protegido por parte del autor solo cuando realmente sea apta para aumentar las probabilidades de éxito, *ex ante*, de este último.

⁸⁵ FRISCH, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, pp. 125-128

⁸⁶ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 128-130

⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, J.I. (2005). *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch, pp. 254-261

Si A busca evitar que B dispare a C arrojando al suelo a este último, y luego B cae accidentalmente también y casualmente logra acertar en su disparo, no será A imputable como cómplice de homicidio por más causal que sea su aporte en virtud de los elementos esenciales de la concreción del resultado.⁸⁸

3.2.2. Consideraciones teleológicas del principio del riesgo

Siendo ello así, será esencial determinar si la entidad del riesgo que supone la conducta es suficiente para que sea considerado jurídico-penalmente relevante, basándose también en la comprobación de si dicha conducta puede ser acoplada como un valor relevante para las estructuras del sistema. La imputación se erige, bajo esta mirada funcionalista, como una posible explicación a una ocurrencia inesperadamente lesiva que, para las sociedades contemporáneas alejadas de creencias en designios místicos o del destino, resulta extremadamente difícil de procesar. La imputación es, de esta forma, una reestabilización contrafáctica de un riesgo de tal entidad que se escapa a lo esperable como incomodidad o dificultad propia de la condición humana, y permite que los miembros de una sociedad puedan estructurar su existencia sin riesgos excesivos de defraudación.⁸⁹

La negación del concepto de riesgo permitido como fundante del injusto penal es, necesariamente, la negación de la existencia de riesgos intrínsecos al quehacer humano. Es decir, al ser esta una realidad objetiva, y no la creación de la dogmática penal, deviene en esencial sopesar cual es el límite de lo tolerado o asumido por la comunidad jurídica en relación con la creación o aumento del riesgo en cada caso, pues no todo comportamiento idóneo para generar el resultado lesivo puede considerarse prohibido⁹⁰.

Este problema no se soluciona en el plano estadístico ni matemático, pues no cabe la posibilidad de medir con algún grado de certeza cuantitativa cuál es el riesgo aceptable en cada supuesto comparándolo con el bien jurídico que amenaza. Para determinar el grado en que debe elevarse el riesgo el Derecho penal normativiza los deberes de cuidado que

⁸⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 236-237

⁸⁹ PIÑA ROCHEFORT, J. I. Op. Cit. pp. 257-258

⁹⁰ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 86-87

envuelven a cada tipo, pues: “Si una conducta se puede calificar como cuidadosa, el riesgo que conlleve será tolerable para el Derecho Penal con independencia de la entidad de la probabilidad de lesión, y si es descuidada ya no será tolerable el riesgo que cree, sea cual sea su intensidad o tendencia lesiva”⁹¹

3.2.3. El riesgo permitido y las conductas neutrales

Es claro entonces que el riesgo que ocasiona una conducta nunca puede ser analizado ni evaluado conforme al solo mérito de su idoneidad mecánica para generar un resultado lesivo, vale decir, solo desde un punto de vista de la probabilidad, o bien de la perspectiva de la intensidad de la lesión, pues resulta obvio que este ejercicio es a todas luces inoficioso considerando la necesidad social e histórica de aceptar riesgos en pos del bienestar humano.

Las conductas neutrales - entendidas como comportamientos que se generan en el contexto de una actividad habitual y socialmente legitimada - guardan una estrecha relación con el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, pues son un ejemplo paradigmático de insuficiencia de la causalidad como verbo rector para la imputación de delitos. Así, se plantea la pregunta de si será posible renunciar a entender como jurídico-penalmente relevantes conductas de posible intervención en un delito, a pesar de que el riesgo objetivo que ellas entrañan al bien jurídico sea de una entidad considerable⁹².

Más allá de las diferencias que existan al respecto en la doctrina⁹³, y la imposibilidad de abarcar la riqueza de sus incontables discusiones dogmáticas, estas nociones de imputación objetiva, sumadas a la caracterización de la participación como tal, expuesta en páginas anteriores, nos servirán para engrosar el contenido de las instituciones a tener en

⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. (1999). *Imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, pp. 205-206

⁹² LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 253-258

⁹³ De particular interés son las conocidas diferencias entre JAKOBS y ROXIN, pues arrojan luces respecto al entendimiento tanto jurídico como ético y social de la pena. Al respecto, REYES VÉLIZ, J. Op. Cit. pp. 84-98, y SZCZARANSKI VARGAS, F. (2014). El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. En: *Revista Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, Año 21, N°1

consideración para evaluar sistemáticamente las teorías planteadas por diversos autores en torno al tema de este trabajo en los siguientes capítulos.

CAPÍTULO II: UBICACIÓN DEL PROBLEMA Y TÉSIS BASADAS EN CRITERIOS SUBJETIVOS

1. UBICACIÓN DEL PROBLEMA DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES

1.1 Definición y crítica del concepto y algunos casos ilustrativos

Recordando la definición de LANDA GOROSTIZA del concepto de acciones cotidianas o externamente neutras como: “supuestos límite que por desarrollarse como contribuciones en el marco de la actividad laboral, cotidiana, habitual, suscitan dudas sobre su calificación en el caso concreto como cooperación punible”⁹⁴, podemos agregar también la de BLANCO CORDERO el cual, por su parte, explica el concepto como :“... Son acciones socialmente útiles, cotidianas y, en principio, inofensivas, pese a que pueden ser incorporadas por el autor a su plan delictivo.”⁹⁵

Como ejemplos de casos ilustrativos de estas conductas, provenientes de la jurisprudencia y de la elucubración de diferentes autores en la búsqueda de crear supuestos de interés para el análisis de las instituciones del Derecho penal, encontramos: i) el suministro de pan y vino por parte de un panadero y de un bodeguero a una fábrica de estupefacientes ilícitos, a sabiendas de los delitos relativos al tráfico que allí se perpetraban⁹⁶; ii) el vendedor de una pala con la que el comprador planea matar inminentemente a su víctima en el contexto de una pelea que se está llevando a cabo en las afueras de la tienda, teniendo el vendedor conocimiento de esta⁹⁷; y 3) el empleado de una empresa que reparte a otra cuatrocientas toneladas de carne de antílope africano, no obstante tener la sospecha de que los compradores introducirán dicho producto en el mercado bajo la denominación falsa de “venado europeo”⁹⁸.

⁹⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 5

⁹⁵ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., p. 2

⁹⁶ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., p. 3 Adaptamos el ejemplo dispuesto en la citada obra para otorgarle mayor coherencia con la legislación chilena

⁹⁷ ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...* Op. Cit. p. 83

⁹⁸ CARO JOHN, J. A. (2005). La impunidad de las conductas neutras. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal. En: *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 422

Como bien se señaló al comienzo de este trabajo, existen autores que consideran que clasificar *per se* ciertas acciones como cotidianas o neutras es una empresa destinada a fracasar. WEIGEND, por ejemplo, explica que puede resultar confuso y erróneo, en términos conceptuales, el presentar como un problema la aparente contradicción de las acciones de favorecimiento cotidianas o neutras, toda vez que esta es una perspectiva manifiestamente naturalística, pues no existen, para el Derecho penal, conductas de las que se pueda predicar su carácter no delictivo de forma general y absoluta. 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 objetiva y subjetiva de un bien jurídico. Por ello, para una adecuada comprensión de la teoría del delito deben fracasar todos los intentos de diferenciar, *prima facie*, entre contribuciones más o menos inocuas, cotidianas o neutras.⁹⁹

Sin embargo, lo propuesto por WEIGEND, tal como hemos visto, resulta no coincidir con la mayoría de los autores que han tratado el problema, como hemos visto, los cuales se han empeñado en rescatar el interés científico del concepto debido a la utilidad que presenta debatir en torno al mismo para abordar variadas temáticas dentro de la teoría del delito¹⁰⁰. Si bien es cierto que el planteamiento del problema de las acciones cotidianas o externamente neutras, y su eventual desarrollo y soluciones jurisprudenciales y dogmáticas, obedece más a la observación empírica de la necesidad de darle un marco conceptual a situaciones cada vez más recurrentes y desafiantes, esto no obsta a que sea provechoso y plausible encontrar denominadores comunes y, eventualmente, soluciones comunes o analógicas entre los grupos de casos comprendidos bajo este concepto, para lograr mayor previsibilidad jurídica y, por consiguiente, construir un Derecho penal más acorde a los principios que deben inspirarlo en un Estado democrático.

1.2. Tipicidad o antijuricidad

⁹⁹ WEIGEND, T. (2002). Los límites de la complicidad punible. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2° época, n° 10, pp. 206-207. Veremos cómo este comentario opera también como crítica a las consideraciones expresadas por la mayoría de los defensores de tesis objetivas puras

Si bien la doctrina mayoritaria considera que el problema de las conductas neutrales se encuentra en el seno de la tipicidad¹⁰¹¹⁰², existen también autores que han planteado la posibilidad de que el problema se deba abordar, por regla general, desde la ponderación de la exclusión de la antijuricidad de la conducta de colaboración, en tanto dichos autores entienden que las categorías de antijuricidad y tipo son conceptualmente separables, aseveración mayoritaria pero no del todo pacífica en la doctrina¹⁰³. Así, y aun cuando sean marcadamente minoritarios aquellos que han concluido que se debe apuntar el foco de análisis a la antijuricidad, como categoría central y rectora en la determinación de la punibilidad de las conductas neutrales, no resulta conveniente desestimar estas propuestas sin más, toda vez que las perspectivas discutidas no son solo interesante para resolver explícitamente la cuestión en comento, sino que también arrojan luces generales sobre la lectura de estos comportamientos situados en el margen de la punibilidad.

Pues bien, haciendo una referencia necesariamente simplificada pero suficiente, pues no tiene sentido para nosotros ahondar para estos efectos en aproximaciones dogmáticas más complejas y extendidas de la teoría de la antijuricidad, a la forma en que regularmente se realiza la evaluación de la antijuricidad de una conducta, entenderemos que esta opera como la constatación de alguna causal de justificación como “circunstancia que convierte el hecho, en sí típico, en un hecho perfectamente lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico”¹⁰⁴. En esta línea se han manifestado estos autores al aludir, en particular, a la participación de los abogados en conductas delictivas con ocasión del ejercicio de su profesión. Los ejemplos paradigmáticos guardan relación con la entrega de información jurídica por parte del abogado a un cliente que luego la utilizará para delitos como blanqueo de capitales o fraudes tributarios.

1.2.1. Importancia de la cuestión

¹⁰¹ ROBLES PLANAS, R. *Garantes y cómplices...* Op. Cit. p. 56

¹⁰² GRAMÁTICA BOSCH, G. (2009). *Conductas neutrales: Estado de la cuestión*. Publicado en línea por el Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p. 3

¹⁰³ LUZÓN PEÑA, D. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Madrid: Editorial Universitas, p. 300

¹⁰⁴ CURY URZÚA, E. (1992). *Derecho penal parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 314

Es especialmente relevante para una adecuada aproximación a la cuestión de las conductas neutrales el descifrar que aspectos de la teoría del delito son los que arrojan luces, de forma principal y secundaria, y general y particular en cada caso, respecto a la punibilidad de todas o algunas de ellas. Tiene interés esta segunda clasificación pues buena parte de los autores que han concluido, en diferentes trabajos, que el asunto debe ser resuelto en sede de antijuricidad lo hacen con ocasión del análisis de constelaciones de casos que refieren a materias con un verbo rector común, que no se encuentra necesariamente en la totalidad de las conductas que podríamos entender formar parte de la categoría general y, por tanto, no puede servir como criterio unívoco al revisar todas ellas¹⁰⁵.

La preocupación por dilucidar el asunto se ramifica también a otras problemáticas de la teoría del delito en general, debido a los fundamentos que sirven de base a la elección de una u otra alternativa de demarcación, toda vez que estos son los mismos que se utilizan para una comprensión generalizada del delito, y de la intervención punible en particular. Como vimos, es un tema que potencialmente podría esclarecer sustancialmente a los límites inferiores de esta, en el sentido de cómo influyen las decisiones y conductas futuras de otros sobre la propia.¹⁰⁶

1.2.2. Argumentos en favor de ubicar el problema en las causas de justificación

En Alemania, autores como MALLISON y BERNSMANN han enfocado el asunto desde la óptica de la actividad profesional del abogado, considerando los problemas especiales, pero al mismo tiempo recurrentes y estadísticamente comunes, que plantea el ejercicio de la profesión en relación con los deberes de secreto profesional, lealtad con el cliente, e identificación de los fines de este con los del abogado que lo asesora y representa. Parfraseando lo que le señalaba el profesor THURMAN ARNOLD a las nuevas generaciones de estudiantes de Derecho, “vendrá un momento en el ejercicio de la profesión en que, a pesar de sus mejores esfuerzos, alguien tendrá que ir a la cárcel. Cuando llegue ese momento, asegúrense de que ese sea su cliente y no ustedes”¹⁰⁷. Así, los autores que adhieren

¹⁰⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 112

¹⁰⁶ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 314-318

¹⁰⁷ CRAMTON, R. (1985). Ethical dilemmas facing today's lawyer. Publicado en línea por *Cornell Law Faculty's Publications*, p. 1

a esta corriente se fundan en una causal de justificación específica contenida en la Constitución de Alemania, relativa a la información jurídica que presta el asesor.

En España, por otra parte, autores como BLANCO CORDERO han admitido excepcionalmente esta solución solo al referirse al encubrimiento y defraudación tributaria en algunos supuestos específicos, pues también suscriben a la doctrina mayoritaria por regla general, ubicando el problema en el tipo en la vasta mayoría de los casos. Este autor explica que el vendedor que le entrega un auto para darse a la fuga a un narcotraficante, en cumplimiento de una obligación civil ya adquirida, o el empleado bancario que asiste a un cliente en la colocación de sus fondos con un sentido estratégico de lograr ocultarlos frente a la autoridad tributaria, se adosa a la conducta delictiva con ocasión del cumplimiento de un deber específico de actuar¹⁰⁸. Esta causal de justificación sería la contenida en el artículo 20° del Código Penal español, muy similar al numeral 10° del artículo 10° de nuestro Código, el cual reza: “Están exentos de responsabilidad criminal: [...] 10° El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

Similar solución a este tipo de casos, de conflicto entre colaborar con la comisión de un delito y el ejercicio legítimo de un oficio, con los deberes que ello implica, utilizan ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y PALMA HERRERA al referirse al abogado que recibe dineros provenientes de un origen delictivo. Estos autores, a pesar de arribar a la misma conclusión que BLANCO CORDERO aplicada a los supuestos que examinan, advierten que el problema no es de fácil solución y, por tanto, conjuntamente con desarrollar esta posición, realizan planteamientos de *lege ferenda* para instar al legislador a que solucione explícitamente el asunto en comento, con el propósito de delimitar las posibilidades de los asesores jurídicos en el ejercicio legítimo de su profesión.¹⁰⁹

1.2.3. Argumentos en favor de ubicar el problema en sede de tipicidad

¹⁰⁸ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., p. 26

¹⁰⁹ PALMA HERRERA, J. M. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, p. 533

Teniendo ya a la vista aquellos argumentos que pretenden centrar la discusión en casos específicos en sede de antijuricidad, conviene ahora repasar el razonamiento utilizado para reconducir, aun frente a estos casos específicos, todo el problema de las conductas neutrales a la tipicidad, como elemento de análisis unívoco para todas ellas.

Este ejercicio, según el profesor peruano TISNADO SOLÍS, es del todo necesario y lógico, pues no parecería ser científicamente congruente el pretender que una teoría general tenga validez en algunas conductas y supuestos delictivos de la parte especial, y que luego se descarte o no se extienda a otro tipo de criminalidad. En esa línea, señala: “Los problemas específicos de cada figura delictiva deben ser canalizados, por consiguiente, a través de esta teoría general de la tipicidad, que nos permite un análisis transversal de los delitos llamados socio-económicos, entre ellos el lavado de activos. En ese sentido, perfectamente es posible aplicar los fundamentos de la prohibición de regreso y la teoría de la imputación objetiva al ámbito de las conductas de los abogados y su implicancia en el lavado de activos”.¹¹⁰

1.3. Aproximación a una clasificación de los criterios doctrinales de ubicación dentro del tipo

Habiendo aclarado las razones por las cuales se hace necesario entender que nos encontramos frente a un asunto a resolver en sede de tipicidad, debemos ahora ocuparnos de su ubicación sistemática dentro del tipo en la dogmática.

A nuestro parecer, el marco referencial que han utilizado autores como LANDA GOROSTIZA¹¹¹, es de gran valor expositivo, aun cuando esto no signifique necesariamente una crítica a la elección de aquellos que han optado por clasificaciones distintas. Este autor distingue entre teorías subjetivas, objetivas, mixto-objetivas y mixto-subjetivas, similar también al criterio de clasificación de ROCA DE AGAPITO que reemplaza estas últimas por criterios mixtos diferenciadores en el plano subjetivo, y no diferenciadores¹¹².

¹¹⁰ TISNADO SOLÍS, L. (2018). *Fundamentos normativos de la intervención delictiva y responsabilidad penal*. Santiago: Editorial Hammurabi, p. 202

¹¹¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit.

¹¹² ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit.

Otros autores han decidido utilizar solo tres categorías de teorías: subjetivas, objetivas y mixtas (que abarque a las mixto-objetivas y mixto-subjetivas¹¹³), o simplemente omitir completamente la categoría de teorías mixtas, incluyendo estas últimas dentro de las dos anteriores, dependiendo de la valoración preponderante de elementos del tipo subjetivo u objetivo como criterio de análisis que utilicen¹¹⁴¹¹⁵. Somos del parecer que resulta útil agregar la categoría de teorías mixtas como herramienta para hacer una separación más precisa, con asumidas imperfecciones, con el propósito de distinguir el grado de importancia que le asigne cada autor al aspecto del tipo al que se le resta relevancia. Por esto, es que distinguiremos de aquellas teorías que resuelven el asunto en sede de tipo objetivo o subjetivo con escasa referencia al otro aspecto, de aquellas que lo incorporan en mayor medida.

2. TEORÍAS SUBJETIVAS

2.1. Caracterización de los criterios subjetivos

Los lineamientos expresados por los autores que agrupamos en esta categoría se basan en comprobar la creación o incremento de un riesgo típicamente desaprobado en función de los aspectos subjetivos contenidos en la conducta del eventual partícipe, es decir, consideran aspectos como el dolo, el grado de convicción o la seguridad de que efectivamente ocurrirá el hecho atentatorio contra bienes jurídicos, la finalidad, y los conocimientos especiales, entre otros.¹¹⁶

Es necesario, en primer lugar, algunas precisiones: Si bien el finalismo ha sido objeto de críticas por su excesivo acento en el tipo subjetivo para corregir problemas originados ya en el tipo objetivo¹¹⁷, pues como dice WELZEL “el hombre [...] sobre la base de su

¹¹³ TAVARES LOBATO, J. Op. Cit.

¹¹⁴ YACOBUCCI, G. (2013). La noción de conducta en el ámbito de la imputación. En: *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 143-160

¹¹⁵ AMBOS, K. (2008). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutras. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º época, N° 8, pp. 131-139

¹¹⁶ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 56

¹¹⁷ HIRSCH, H. (2005). Acerca de la crítica al finalismo. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LVIII, p. 14

conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo determina así de modo finalista”¹¹⁸, ello no significa que defender un concepto finalista de acción devenga necesariamente en defender también una mirada centrada en el tipo subjetivo de las conductas neutrales pues, aunque esta sea la interpretación de muchos de estos autores, esta idea no es una limitante para considerar la intención solo frente a una negación de los valores de comportamiento adecuados y objetivamente vigentes en el ordenamiento jurídico¹¹⁹.

En segundo lugar, es necesario aclarar que siempre serán imaginables casos en que se necesiten criterios objetivos para dar con una conclusión adecuada relativa a la existencia o no de complicidad. El ejemplo clásico se plantea respecto al que le proporciona insumos a una fábrica de estupefacientes ilícitos, en donde resulta necesario considerar si es que esos insumos consisten en pan, por ejemplo, o materia prima de origen farmacéutico para evaluar la punibilidad de su colaboración. Evidentemente, estos casos no serán la regla general¹²⁰.

Dentro de las posturas basadas en criterios subjetivos, nos detendremos en algunas temáticas como las distintas ópticas o matices con que puede ser apreciado el dolo, en el dolo directo como criterio rector, y en algunas construcciones dogmáticas particulares desprendidas de estos elementos. Todo ello partiendo de la base, común a estos criterios, de que el posible partícipe ineludiblemente auxilió causalmente en la comisión del delito, satisfaciendo criterios mínimos en sede de tipo objetivo.¹²¹

2.2. Dolo directo v/s dolo eventual y dolo especial v/s dolo general

Las particularidades entre la mayoría de aquellos subcriterios que se encuentran en el seno de estas teorías subjetivas se manifiestan en la toma de postura que se haga en dos

¹¹⁸ WELZEL, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial Depalma, p. 20

¹¹⁹ HIRSCH, H. Op. Cit. pp. 14-16

¹²⁰ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 125 Ejemplo adaptado para darle coherencia con la legislación chilena

¹²¹ GRECO, L. (2017). *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 90

ámbitos: i) la necesidad de colaboración con dolo directo en contraposición al mero dolo eventual, y; ii) la apreciación de un dolo especial relativo al contexto y presupuestos de cada caso por oposición a un dolo generalizado relativo a la comisión genérica de un delito.

En cuanto a la primera de las cuestiones, el acento se pone en la posibilidad para el cómplice de tener un conocimiento seguro de que con su conducta, en apariencia cotidiana y valorativamente neutral, favorece la comisión de un delito, o bien, que este solo se lo represente como uno de tantos cursos causales que podrían desencadenarse en lo sucesivo a su prestación. En cuanto al segundo asunto, veremos que se añade como elemento valorativo el grado de importancia que se le otorgue a los conocimientos especiales que contextualizan cada ámbito de acción en que ocurren estas conductas, especialmente en aquello que refiere a las normas que envuelven el desempeño de una profesión u oficio.¹²²

2.3. El dolo directo como criterio rector

La importancia asignada a esta cualidad del dolo radica en la necesidad de que exista un conocimiento seguro de que la conducta del partícipe resultará en hacer posible, favorecer, o facilitar la comisión de un delito por parte de otro para que sea justificable responsabilizar a alguien por una conducta socialmente adecuada. Para la jurisprudencia alemana y un sector de su doctrina, será esta la solución que permitirá dirimir entre colaboraciones inaceptables por contener un ineludible fin delictual, de aquellas que simplemente deben ser aceptadas como parte del quehacer cotidiano, con los riesgos que esto ocasionalmente conlleva.¹²³

Por otra parte, han existido elaboraciones dogmáticas distintas desde el tipo subjetivo, en particular referentes a delitos de blanqueo de capitales, que buscan resolver si es que efectivamente la punibilidad de estas intervenciones dependerá del juicio normativo realizado con ocasión de aseverar la existencia de dolo directo. En esa línea, existen planteamientos de diversa índole: algunos consideran que la posición en la que se encuentra una persona frente a una actividad que tenga cierta posibilidad de propensión al delito (la

¹²² TAVARES LOBATO, J. Op. Cit. pp. 67-68

¹²³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 126-127

doctrina alude, en particular, a profesionales relacionados al sector bancario, financiero y económico en general), y los conocimientos que emanan de su ejercicio, les imponen deberes especiales que los obligan a ser particularmente cautos en relación a potenciales riesgos dentro del giro que desempeñan, pudiendo ser legítimo estimar como típica una conducta que no lo sería para una persona ajena al giro.¹²⁴

Otros, como veremos, han manifestado la opinión contraria, toda vez que estiman que el ejercicio de estas actividades es útil, necesario, y provechoso para la sociedad en general, y el asignar cualquier tipo de deberes especiales a aquellos que se encuentran en el seno de las mismas, cumpliendo un rol vital para el desarrollo normal de la economía y la vida diaria, resultaría en un entorpecimiento exacerbado e insoportable para un porcentaje importante de la población¹²⁵. Por último, están aquellos que consideran que los elementos del tipo subjetivo son relevantes, pero necesitan ser contrastados con consideraciones vinculadas al tipo objetivo, que revisaremos a propósito de las teorías mixtas.¹²⁶

2.3.1. Precedentes

Las primeras aproximaciones frente a la delimitación de la responsabilidad de una persona que con su conducta en apariencia socialmente adecuada posibilita o favorece causalmente la comisión de un delito vienen de la teoría de la impunidad por dolo eventual. Como se desprende de su nombre, esta postula que cuando estas acciones inocuas son realizadas solo con dolo eventual deben necesariamente ser impunes, pues de lo contrario la mera sospecha de que un tercero pueda beneficiarse por prestaciones originadas en mi quehacer diario para llevar a cabo su plan delictivo tendría que resultar en la evitación de ese favorecimiento. Esto culminaría en un menoscabo generalizado e injustificado en todas aquellas actividades de la vida diaria que resulten generalmente provechosas, pero que pueda ser concebible su utilización para la comisión de un delito.¹²⁷

¹²⁴ BLANCO CORDERO, I. (1997). Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen L, pp. 274-275

¹²⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 142

¹²⁶ BLANCO CORDERO, I. *Negocios...* Op. Cit., pp. 275-280

¹²⁷ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 57-58

A principios de los años noventa se imponían en Europa importantes teorías dentro de la dogmática penal, que hoy en día ya son consideradas como doctrina dominante, y que han tenido ramificaciones en la jurisprudencia y en la comprensión del delito en múltiples países. Nos referimos a la moderna teoría de la imputación objetiva en general, reinante en dogmática y actualmente en expansión a distintas materias del Derecho penal, y a la teoría de dominio del hecho en particular, que en asuntos de autoría y participación ha permitido la distinción entre los intervinientes a través de esta perspectiva¹²⁸.

Así, y luego de lograr amplio consenso doctrinario en términos de la aproximación a esta lógica de distinción entre intervinientes, la imputación objetiva comenzó a enfrentar con mayor ahínco la problemática del límite mínimo de las conductas de participación. Es en este proyecto en el que vemos como se formulan consideraciones relativas a la prohibición de regreso, en particular a la idea de que no es posible sancionar conductas desplegadas en desconocimiento de las condiciones contextuales en que se enmarcan, por atentar contra la imputación de un actuar lesivo llevado a cabo de forma libre y voluntaria¹²⁹.

Vemos así como se mantuvo, ahora desde distintos fundamentos dogmáticos, la misma óptica en el tipo subjetivo para resolver preguntas relativas a la existencia de tipicidad en la colaboración del eventual partícipe. Buena parte de la doctrina de la época hace eco de estas ideas, pues resulta particularmente intuitiva la noción de que la punibilidad en un caso o en otro debe estar sujeta a la representación que tuvo el colaborador a la hora de integrarse de alguna forma a un comportamiento lesivo de bienes jurídicos.¹³⁰

2.3.2. Tendencias de la jurisprudencia alemana

¹²⁸ MIRÓ-LLINARES, F. (2011). Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales? En: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* N° 1, pp. 74-75

¹²⁹ MIRÓ-LLINARES, F. *Intervención...* Op. Cit. pp. 76-77

¹³⁰ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 58

La jurisprudencia de este país ha planteado consideraciones relativas a conductas neutrales, en casos de delitos asociados al mundo empresarial y económico¹³¹¹³², con una marcada alusión a elementos subjetivos para resolver los mismos, en particular, con soluciones orientadas al dolo directo como criterio rector. Si bien algunos consideran que los tribunales alemanes han tomado una postura basada en las ideas de ROXIN al respecto, veremos que tal conclusión es apresurada, pues este último autor considera elementos que no se ven reflejados en sus sentencias.¹³³

En una sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 1997 citada por ROXIN, los sentenciadores revisaban el caso de un experto tasador de joyas que, mediando un acuerdo secreto con el dueño de las mismas, les asigna a estas un valor diez veces superior al real. El tasador sospechaba, con razón, que el propósito de este incremento en el precio era cometer una estafa, pero no se involucra posteriormente en la misma de ningún otro modo. El Tribunal resolvió condenar como cómplice a este, argumentando que existiría dolo eventual toda vez que era previsible para el cómplice la dimensión aproximada de daño que eventualmente se provocarían con su informe engañoso.¹³⁴ Así, parecería que se le otorga gran importancia a dirimir el grado de conocimiento atribuible al partícipe de la eventual lesividad de su conducta, no bastando solo el saber que esta puede ser utilizada para cometer un delito de una entidad desconocida, sino que requiriendo que este se represente la magnitud de la estafa que se llevaría a cabo gracias a su aporte doloso.

En una sentencia posterior, con razonamientos basados en una óptica similar, se analiza el caso de un abogado que elabora unos folletos destinados a exponer los riesgos a los que estaban sujetos unos contratos a plazo que un empresario pretendía ofrecer a sus clientes. El objetivo de crear dichos instrumentos no era, paradójicamente, que estos últimos estén al tanto de los riesgos que contraían, sino que darles a estos negocios una apariencia de seriedad y solidez que en realidad no tenían. El abogado no empleó datos falsos para la

¹³¹ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp.130-131

¹³² LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 245

¹³³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 132. En particular, es manifiesto que ROXIN enriquece la valoración con más elementos objetivos que la jurisprudencia alemana

¹³⁴ Ejemplo tomado de ROXIN. C. “et al”. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas, pp. 164-165

confección de los folletos, sin embargo el tribunal consideró que si el actuar del empresario apuntaba exclusivamente a cometer un delito, y el abogado lo sabía, entonces necesariamente habrá de considerarse la colaboración como complicidad punible. Ahonda en esto expresando que a la luz de esta certeza, su hacer pierde el carácter de cotidiano, y se transforma en solidaridad con el autor, siendo imposible de ser valorado como socialmente adecuado.

Por último, y ya manifestando una postura sostenida con carácter general frente a las conductas de colaboración en la que se subsume el caso, otro Tribunal alemán concluye que “Si por el contrario el que presta la ayuda no sabe cómo la contribución que el ofrece va a ser utilizada (...) y simplemente considera posible que su actuar sea utilizado para la comisión de un delito, entonces su conducta normalmente no puede juzgarse como complicidad punible, a no ser que el riesgo por él percibido de apoyar con su conducta un delito fuese tan elevado que haya asumido que con su ayuda estaba favoreciendo a un autor reconociblemente inclinado al hecho”¹³⁵

2.3.3. La postura de AMBOS

Siguiendo a HARRO OTTO, AMBOS sostiene que a la hora de determinar la tipicidad aquellas conductas que se encuentran en el límite de la punibilidad, en particular en el caso de aquellas con un aparente resguardo de cotidianidad, el criterio central para guiar las deliberaciones y conclusiones del análisis debe ser, sin lugar a dudas, el tipo de dolo con el que el potencial partícipe dirigió su actuar al momento de asistir el injusto del autor¹³⁶.

Para elaborar su punto comienza destacando que si bien la doctrina y la jurisprudencia alemana han manifestado criterios disímiles en cuanto a la fundamentación de la punibilidad objetiva del partícipe, lo importante para ambas es que se constate un favorecimiento causal al hecho principal por parte del cómplice. Esta condición, por razones referentes la formulación de una correcta delimitación normativa de la punibilidad¹³⁷, debe ser robustecida

¹³⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 131-132

¹³⁶ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 62

¹³⁷ En particular en lo que concierne a los fundamentos de la imputación objetiva, revisados en el capítulo anterior.

con elementos de análisis tales como el incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo.

Esto es lo que ha llevado a la doctrina, según AMBOS, a optar por soluciones basadas en elementos del tipo objetivo, que en la mayoría de los casos utilizan limitaciones objetivas tales como la prohibición de regreso en conjunción con un sentido autónomo de la aportación, la irrelevancia jurídica generalizada de estos comportamientos, y el principio de proporcionalidad entre la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos, para llegar a conclusiones de impunidad de las mismas.¹³⁸

Siendo así el contexto de desarrollo de las tesis que el estima pertenecientes a la corriente mayoritaria en la materia, este autor primero critica su incongruencia sistemática en relación a los cursos causales hipotéticos¹³⁹, para posteriormente cuestionar la posibilidad de clasificar como acciones cotidianas *ex ante* a cualquier conducta utilizando tan solo elementos materiales. AMBOS, comulgando con WEIGEND, estima que cualquier comportamiento que parezca adecuado a derecho, inocuo o socialmente valorado tiene el potencial para transformarse en una colaboración delictiva que ponga en riesgo bienes jurídicos si es que se le asigna tal fin.

Por lo tanto, deviene inoficioso buscar subsumir una conducta cualquiera en la categoría de meramente cotidiana previo a constatar la existencia de elementos del tipo subjetivo que resignifiquen la misma. La conducta solo tendrá sentido para el derecho cuando se le atribuya un significado específico y, por tanto, la colaboración adquirirá un fin delictivo inequívoco cuando el potencial cómplice tenga un conocimiento seguro de la realización de un hecho lesivo por parte del autor.¹⁴⁰

¹³⁸ AMBOS, K. Op. Cit. pp. 132-133

¹³⁹ Argumenta que es contradictorio sostener que los cursos causales hipotéticos deben ser desestimados como fundamento de impunidad por regla general, y luego aseverar que las conductas neutrales no son punibles por ser genéricas, jurídicamente irrelevantes y de ocurrencia cotidiana, esto es, prestaciones que pueden ser eventualmente conseguidas de otra forma fácilmente.

¹⁴⁰ AMBOS, K. Op. Cit. pp. 138-139

AMBOS concluye que, a pesar de todo, es más bien irrelevante el utilizar una teoría u otra para tratar estos supuestos de colaboración delictiva en relación a casos concretos, pues las soluciones de punibilidad son, a su parecer, prácticamente idénticas. Dejaremos para nuestras propias conclusiones finales la toma de postura frente a dicha afirmación del profesor de la universidad de Gottingen, y de otros que se han manifestado en línea similar.

2.4. Diferencias entre conductas de un particular y el ejercicio de una profesión u oficio

Como ya advertimos, existen teorías enfrentadas respecto a la consideración que se le debe dar a los conocimientos especiales que tenga una persona en algún área del conocimiento, en específico respecto al trabajo que esta realiza como parte de su profesión u oficio. Aquí, algunos han deducido que de los conocimientos especiales se desprenden deberes especiales de cuidado, pues dichos conocimientos alterarían significativamente la situación objetiva desde el punto de vista del colaborador¹⁴¹.

La necesidad de obrar con deberes especiales de cuidado en el ejercicio de una profesión ha sido fundamentada por la doctrina, originalmente en cuanto a la autoría. Se ha señalado que estos deberes llaman a verificar los conocimientos y orientación volitiva de los colaboradores antes de emprender una tarea, pudiendo derivarse también la posibilidad de confiar más allá de lo usual en personas que están no solo capacitadas, sino que también especialmente dispuestas a cumplir las normas. De estas ideas se ha elaborado una noción de ámbito de responsabilidad secundario, que amplía la responsabilidad del trabajador a terceros relacionados indirectamente, y de la cual se desprende la necesidad de actuar con cierta desconfianza cuando el ejercicio de una profesión puede poner en riesgo bienes jurídicos.¹⁴²

El problema con esta desconfianza generalizada se plantea, al pretender resolver la cuestión de las conductas neutrales en sede de tipo subjetivo, en las limitaciones para el desarrollo de las industrias, el comercio, y áreas de la economía en general con ocasión de la misma. Así, para evitar una limitación inaceptable del derecho a la libertad al realizar una

¹⁴¹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 69-70

¹⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 235-238

profesión u oficio, se ha estimado por estos autores que de respetarse la normativa extrapenal en la actividad ejercida, aquellos que la realicen solo deberán responder penalmente cuando exista un conocimiento seguro de la realización del hecho, y no en cualquier supuesto de representación de peligro de aprovechamiento delictivo de la colaboración. Distinta será la hipótesis en que el posible colaborador no esté desempeñándose en el ejercicio de su profesión u oficio, en cuyo caso le bastará la conciencia de reconocer un peligro concreto de que se lleve a cabo una actividad delictiva con su aporte.¹⁴³

Este aparente privilegio que recibe el trabajador con ocasión de su actividad profesional se fundamentaría, en términos normativos sistemáticos, en el artículo 12° de la Constitución Política de Alemania, que consagra la libertad laboral¹⁴⁴, equivalente al numeral 16° del artículo 19° de la Constitución Política de nuestro país, redactada de manera semejante.

2.5. Solidaridad Psíquica

Por último, una teoría bastante divergente ubicada en el plano del tipo subjetivo, elaborada ya no mediante la distinción entre grados del dolo, o la remisión a conocimientos especiales o el ejercicio de una profesión u oficio, es la de la solidaridad psíquica con el hecho delictivo del autor. Como punto de partida debemos referir a la particular definición de complicidad que utiliza SCHILD-TRAPPE, autora de esta teoría, señalando que esta se debe entender como “la interferencia psíquica (dolosa) en el plano emocional de un (futuro) delincuente, el cual ya ha tomado la decisión de cometer determinado delito, aunque aún no lo ejecutó”¹⁴⁵

Vemos como de acuerdo a esta idea la imputación de complicidad no requiere un juicio de causalidad, ni el incremento del riesgo de puesta en peligro de un bien jurídico en particular, ni tampoco que exista un vínculo causal entre la solidaridad psíquica y la

¹⁴³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 142-144

¹⁴⁴ AMBOS, K. Op. Cit. p. 139

¹⁴⁵ SCHILD-TRAPPE, G. M. (1995). *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*. Berna: Stämpfli Verlag AG, p.97. Citada por GRECO, L. Op. Cit. p. 94

resolución del autor a cometer un delito. Basta que, a través de manifestaciones objetivas, el eventual cómplice se vincule emocionalmente con el autor, consumándose la intervención al momento de la recepción psíquica de este.

Se plantea como requisito adicional que el autor reconozca y acepte esta influencia psíquica mediante acciones concretas exteriormente identificables, que den cuenta de la proximidad entre ambos. Así, sería por definición impune la complicidad secreta, pues el elemento central de la punibilidad es el disvalor asignado a la manifestación de que el cómplice aprueba y valida como legítimo y aceptable el plan delictivo del autor.¹⁴⁶

2.6. Análisis crítico de los criterios puramente subjetivos

Dentro de las críticas recurrentes formuladas frente a la construcción de marcos teóricos útiles para delimitar la punibilidad de las conductas neutrales, cobra especial importancia, en relación a los criterios subjetivos, aquella que se plantea como un rechazo al acercamiento de ciertos criterios dogmáticos a modelos de *derecho penal de la actitud interna*, o *Gesinnungsstrafrecht*. En efecto, esta crítica es particularmente relevante a la hora de analizar las teorías recién expuestas, centradas en la manifestación exterior de cierta disposición mental de aquel que se le atribuye participación en un ilícito penal.¹⁴⁷

Esta orientación desde el dolo a la punibilidad de la conducta de los partícipes, para sus críticos, lleva a soluciones del todo absurdas en la práctica, como por ejemplo en el caso de una celebridad conocida por su propensión a la violencia, ¿deben todos los ferreteros, farmacéuticos y demás vendedores de objetos potencialmente peligrosos, que tengan noticia de su comportamiento por los medios de comunicación, abstenerse de celebrar cualquier tipo de compraventa con él? Debido a estas conclusiones insatisfactorias, WOHLERS concluye que la responsabilidad jurídico penal no puede entenderse como emanada del dolo ni de la

¹⁴⁶ TAVARES LOBATO, J. Op. Cit. p. 71

¹⁴⁷ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 33

causalidad, pues estos elementos deben ser dotados de criterios normativos que permitan valorar la conducta bajo el marco de la imputación objetiva.¹⁴⁸

En ese mismo plano, otra crítica importante a este abanico de teorías emana de la falta de importancia que le atribuyen a la neutralidad objetiva de una conducta como objeto de análisis, al no ocuparse mayormente de los elementos determinantes, contextuales, que envuelven la conducta del pretendido cómplice, pues solo se toman en consideración por estos autores una vez que se pueden, *ex post*, resignificarse en relación a los resultados que se pretende atribuir a los colaboradores. Así, y al restársele importancia a desmenuzar la conducta *a priori* de la posible intencionalidad del partícipe, se corre el riesgo de ampliar injustificada y torpemente el ámbito de eventual punibilidad del Estado, contribuyendo a la falta de seguridad jurídica mediante la incertidumbre producida por la irrelevancia otorgada al hecho en su dimensión objetiva-normativa, obviando que un pretendido partícipe de un delito haya obrado dentro del marco de aquello que es socialmente adecuado y aceptado.¹⁴⁹

Haciendo eco de estas críticas, FRISCH considera que la perspectiva de tomar en consideración principalmente el grado de conocimiento y propensión a favorecer un delito del colaborador es tanto insuficiente como insostenible para un Derecho penal inserto en sociedades de colaboración cada vez más complejas y ramificadas. Para este autor, se hace necesaria la consideración de elementos del tipo objetivo a la hora de verificar la tipicidad de estas colaboraciones, pues dependerá de lo que él denomina *solidez* de los motivos materiales, que deben ser integrados sistemática y normativamente a la teoría del delito, el determinar la desaprobación penal de la creación de riesgo que conllevan en contraste con la libertad de acción que supone su restricción. Al explicar la importancia de estudiar los diferentes presupuestos objetivos que contextualizan el injusto, explica que “Cabe pensar, en esa tarea, que esa solidez ha de enjuiciarse de modo diferenciado, en función de en cuál de

¹⁴⁸ WOHLERS, W. (2003). Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típica profesional? En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, pp. 427-428

¹⁴⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 41

los ámbitos, antes señalados, de la libertad de acción se inscribe la prohibición de determinada conducta.”¹⁵⁰

También es relevante, como crítica de carácter práctico, mencionar la dificultad probatoria de los elementos subjetivos, que buena parte de la doctrina ha omitido como objeto de análisis por estimar que pertenece a la práctica forense y, por lo mismo, a la ciencia procesal, dejando un panorama muy amplio y dubitativo para que los operadores del Derecho resuelvan adecuadamente estos problemas. Se conjuga tal panorama con el potencial aumento de la arbitrariedad judicial, toda vez que aun con un concepto restringido de dolo, una concepción flexible de admisibilidad de los medios de prueba llevaría a un número elevado de condenas, mientras que lo contrario ocurriría con un concepto amplio del dolo conjugado con una concepción restringida de los medios de prueba.¹⁵¹

Como crítica particular a la teoría de la solidaridad psíquica, debemos cuestionar la dudosa alteración del fundamento de la punibilidad de la complicidad que esta defiende, al reconducirse dicho fundamento desde la protección de bienes jurídicos al rechazo de la pura manifestación de actitudes¹⁵². Resalta, además, la falta de sustento en la causalidad observado en esta teoría, tanto desde el punto de vista de la colaboración causal del cómplice al hecho delictivo, como de la resolución interna del autor como requisito de responsabilidad penal. Por esto, existen variados supuestos que de aplicárseles los criterios expresados en esta teoría llevarían a resultados intolerables, como por ejemplo afirmar la imputación a título de cómplice de aquel que es, sin quererlo, testigo de un homicidio y aplaude e incita la conducta del autor por su propensión al morbo, o la impunidad de aquel que desactiva un sistema de alarmas para favorecer a un ladrón que no tiene conocimiento alguno de dicha ayuda, y pretendía realizar el robo de cualquier forma.¹⁵³

¹⁵⁰ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 261-262

¹⁵¹ RAGUÉS I VALLÉS, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. En: *Revista de Estudios de la Justicia* de la Universidad de Chile, N° 4, pp. 15-18

¹⁵² Es pertinente aquí recordar lo ya señalado al exponer las teorías de la corrupción en el capítulo dedicado a la participación, pues esta teoría enfrenta muchos de los mismos problemas, al entender la participación delictiva en similares términos

¹⁵³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 146-147

CAPÍTULO III: TEORÍAS OBJETIVAS

1. TEORÍAS OBJETIVAS, PROHIBICIÓN DE REGRESO Y PARTICIPACIÓN APARENTE

1.1. Caracterización general de los criterios objetivos

Por oposición a aquellas perspectivas que buscan en el tipo subjetivo, en particular el dolo, la respuesta a la punibilidad de colaboraciones ubicadas en el límite inferior de la complicidad, nos encontramos con aquellas que se muestran reacias a estas soluciones, por parecerles del todo injustificado el prescindir de elementos objetivos, como si estos fuesen un mero antecedente que sirve de plataforma para que el individuo manifieste el contenido de las directrices teleológicas de su comportamiento.

Estas teorías reivindican el tipo objetivo como ámbito de discusión sobre la pretendida neutralidad de una conducta mediante la significación delictiva de la misma más allá de las intenciones y conocimientos del interviniente, sin esperar a que el tipo subjetivo reconduzca posteriormente las conclusiones relativas a su inocuidad. Este proceder es obligatorio según estiman los defensores de estas posturas pues, como vimos en el capítulo anterior, existen riesgos para la certeza jurídica y la naturaleza misma del Derecho penal y la teoría del delito asociados a buscar soluciones de criminalidad sin un arraigo en criterios materiales, que garanticen un enfoque en la protección de bienes jurídicos y la lesividad efectiva de los comportamientos dentro de la sociedad.¹⁵⁴

Comenzaremos la revisión de estas teorías con las ideas de JAKOBS, por la influencia que han tenido sus elaboraciones generales sobre la teoría del delito en la dogmática, elevando notablemente el nivel del debate sobre los límites de la participación delictiva, y sobre las cuales se fundan la mayoría de las posturas que buscan dar solución al asunto en sede de tipo objetivo¹⁵⁵. Los esfuerzos de este autor se concentran en la sistematización de los criterios que permiten delimitar la frontera entre colaboraciones

¹⁵⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 84-85

¹⁵⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 85-86

delictivas y neutrales, utilizando constelaciones de casos que esclarecen el sentido de los mismos.

1.2. JAKOBS y La prohibición de regreso.

Como bien señalábamos al revisar la obra de AMBOS, buena parte de la doctrina ha visto en la prohibición de regreso una herramienta central para el examen de las conductas neutrales. Esta institución ha sido dotada de un nuevo contenido en las últimas décadas gracias al aporte de JAKOBS, el cual ha derivado de sus supuestos una lúcida idea de irresponsabilidad por los hechos de terceros.

No es posible explicar la prohibición de regreso sin antes aludir brevemente a la preponderancia que este autor le asigna los roles que cada individuo cumple dentro de una sociedad determinada como foco valorativo, por su rico e ineludible contenido normativo, para enjuiciar las conductas potencialmente delictivas. Ya esbozábamos algunas ideas respecto a este asunto cuando alertábamos de las críticas a la causalidad como criterio rector de la imputación en el capítulo dedicado a la participación¹⁵⁶, por lo que ahora abordaremos el rol como una estructura que debe delimitar los contornos de toda imputación¹⁵⁷.

JAKOBS, al hablar de las contribuciones causalmente favorecedoras, pero objetivamente inocuas por ser socialmente adecuadas, que realiza una persona a un hecho delictivo, señala que “Aquí se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso, esto es, de 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 legalmente”¹⁵⁸

¹⁵⁶ Ver en particular lo expuesto en relación al incremento o creación de un riesgo

¹⁵⁷ PIÑA ROCHEFORT, J. I. Op. Cit. p. 347

¹⁵⁸ JAKOBS, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, pp. 82-83

La pregunta que se plantea JAKOBS es, por lo tanto, cuando es que una persona no puede desligarse de su participación en las consecuencias delictivas de un contexto de acción. Para responderla, se debe asentar primero la idea de que existe el derecho para actuar de una forma determinada y, como consecuencia, para verificar la ilicitud de una conducta no tiene utilidad hacer una revisión naturalística del actuar del individuo en sí mismo, sino que este debe siempre confrontarse con las reglas particulares que tiene una sociedad específica como criterios rectores generalizados de socialización.¹⁵⁹ Dicha idea se desprende de forma congruente con su propuesta sobre la misión del Derecho Penal, la cual sería garantizar la identidad de la sociedad, tomando el hecho punible como expresión de sentido comunicativa del autor, que pretende negar la expectativa social que contiene la norma, y respondiendo ante él reafirmando la validez generalizada de dicha expectativa.¹⁶⁰

Es importante también recalcar que el concepto de prohibición de regreso defendido por JAKOBS es distinto, como señala GRAMÁTICA, a sus primeras formulaciones doctrinarias. En términos generales, mientras que sus primeras ideaciones se erigían sobre un entendimiento del tipo objetivo estrictamente vinculado con la causalidad de la acción y el resultado lesivo, posteriormente se comenzó a cortar esa relación (como venía ocurriendo con las instituciones de autoría y participación en general) para utilizar elementos prejurídicos, como dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad, para reafirmar la relevancia de esta institución.¹⁶¹

Finalmente, JAKOBS rechaza esta utilización de elementos naturalísticos por ser insuficiente y asistemática, y elabora una prohibición de regreso cimentada de forma exclusivamente normativa, como se deriva lógicamente de su visión general de la imputación objetiva del comportamiento¹⁶².

1.2.1. Quebrantamiento de roles

¹⁵⁹ REYES VÉLIZ, J. Op. Cit. p. 88

¹⁶⁰ JAKOBS, G., y STRUENSEE, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 33

¹⁶¹ GRAMÁTICA BOSCH, G. Op. Cit. p. 7

¹⁶² JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 19-21

Como vimos, la determinación de la ilicitud de una conducta se deriva de las normas sociales que rigen el adecuado desenvolvimiento de una comunidad en los asuntos del día a día. De esta idea se desprenden tres proposiciones centrales: i) la existencia de igualdad entre los diferentes miembros de una comunidad, lo que implica que cualquiera de ellos puede pretender la satisfacción de un deseo o necesidad que cotidianamente pretenden los demás. Este será el contenido base de las nociones fundantes de riesgo permitido y conducta ilícita para esta versión de la imputación objetiva; ii) todos son responsables por su propia conducta. El individuo puede confiar en que el resto de los miembros de la comunidad se desenvuelva de acuerdo a lo comúnmente aceptado, tanto desde un punto de vista de controlar el riesgo para los demás, como la auto puesta en peligro de potenciales víctimas y; iii) la comunidad formada es limitada entre sus miembros. Solo se podrá recurrir a la conducta de otro para hacerlo parte de un curso de acciones lesivas si es que su conducta también fue incorrecta, en caso contrario no se le puede hacer responsable por el mismo. Este es el fundamento de la prohibición de regreso.¹⁶³

JAKOBS hace referencia a “la obligación originaria del ciudadano”, cuyo contenido es simplemente la obligación de no emprender violaciones activas del Derecho¹⁶⁴, para explicar que esta contiene tanto mandatos como prohibiciones¹⁶⁵ y que no es adecuado describirla como la prohibición de emprender cursos de acción lesivos o riesgosos, sino que debe decirse, más precisamente, que es una prohibición de solo emprender aquellos cursos de acción lesivos o riesgosos que puedan explicarse por referencia a la libertad de organización de la persona cuya conducta se analiza, y no por referencia a la de otras personas. Esto deriva en que a quien se le es permitido realizar una actividad riesgosa legítima, no tiene porqué responsabilizarse por los cursos causales que se siguen de la misma y que se realizan con independencia de su intervención.¹⁶⁶

¹⁶³ REYES VÉLIZ, J. Op. Cit. pp. 88-89

¹⁶⁴ JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 17-18

¹⁶⁵ Pues no es posible subsumir estos emprendimientos en solo prohibiciones, ya que necesariamente se debe entender que esta obligación refiere a toda configuración dañina del ámbito de organización del individuo para obtener una idea congruente de la misma. Sobre esto ver JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 38-41

¹⁶⁶ JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 43-44

Existen dos clases de roles desde los cuales se desprende el ámbito legítimo de organización de cada individuo: i) el rol común, entendido como el rol general de miembro de una comunidad, que comprende ideas mínimas de solidaridad entre personas sin una vinculación particular y; ii) el rol especial, que refiere a aquellas personas que se encuentran en una posición específica determinada en función de otros. En esta categoría se subsumen roles como el de madre, el de gerente, el de médico, y otros que abarcan no solo la solidaridad mínima generalizada, sino que convierten al individuo en garante de la evitación de ciertos cursos lesivos existentes en su ámbito de libertad de organización.

Se requerirá entonces verificar dos asuntos para imputar objetivamente un delito de resultado a una persona, en cualquier forma de intervención. Por una parte, que esta quebrante su rol, es decir, gestione su ámbito de organización incorrectamente, sin obedecer a los lineamientos generalmente aceptados de dicho rol y, por otra, que este quebrantamiento de rol genere un riesgo que constituya la explicación del resultado causado, en términos de que de no concurrir el mismo se hubiese evitado.¹⁶⁷

1.2.2. Codelincuencia

Volviendo entonces a precisar cuándo será imposible, bajo esta perspectiva, que una persona se desligue de las consecuencias de un curso conductual lesivo a pesar de colaborar causalmente en su organización, debemos atender a si su comportamiento tiene o no otra finalidad concebible que no sea favorecer la acción delictiva. Lo esencial es determinar si es que la colaboración del eventual interviniente tiene una significación propia, independiente de la instrumentalización posterior que realice el autor para transformarla e incorporarla a un ámbito de organización desaprobado, pues toda conducta es susceptible de ser desnaturalizada de esa manera, y por tanto tal resultado posterior es vacío de contenido a la hora de atribuir responsabilidad penal.

Siendo el delito entendido como expresión de sentido defraudatorio de expectativas sociales por parte de los intervinientes, se desprende lógicamente la conclusión de que si la

¹⁶⁷ REYES VÉLIZ, J. Op. Cit. p.

significación objetiva de un comportamiento no es colaborar a la realización de un injusto, sino que este persigue un fin socialmente adecuado, entonces la misma no acarreará responsabilidad para el individuo.¹⁶⁸

JAKOBS distingue así cuatro grupos de supuestos distintos. El primero de ellos refiere a aquellos casos en que no hay nada en común entre autor y colaborador, y el primero simplemente aprovecha la conducta cotidiana del segundo para un plan delictivo que reconduce lesivamente su comportamiento sin su injerencia. Se ejemplifica con el esposo que amenaza con torturar a una mascota en caso de que su esposa lo abandone. Aquí, según lo expuesto, no existiría responsabilidad alguna para la esposa en caso de que efectivamente se cumpla la amenaza, pues un comportamiento cotidiano legítimo (terminar una relación) no adquiere significado delictivo porque el autor lo ponga en sus planes.¹⁶⁹

El segundo supuesto consiste en aquellas situaciones en que entre autor y colaborador si existe algo en común, pero la colaboración de este último es de fácil obtención dentro de la comunidad, pues en sí misma no entraña riesgo especial alguno, aun cuando (como la mayoría de las conductas) pueda ser utilizada delictivamente. Este es el contexto principal de aplicación de la prohibición de regreso en JAKOBS, y se ejemplifica con el taxista que lleva al autor al lugar donde cometerá el delito. Aquí tampoco existirá responsabilidad para el colaborador, independiente de su conocimiento o intenciones particulares verificadas subjetivamente, por la resignificación delictiva que el autor posteriormente haga con su aporte, en cuanto aún no ha quebrantado su rol objetivamente inocuo.

La excepción ocurrirá cuando se tiene una posición de garante en relación al bien jurídico puesto en peligro, en cuyo caso aun conductas objetivamente inocuas pueden acarrear responsabilidad penal dependiendo de su significado en el marco de dicha relación especial. Esta posición de garante no anula la institución de la prohibición de regreso, sino que es en sí misma una fuente de responsabilidad penal diferenciada de la solidaridad mínima del quehacer cotidiano dentro de una comunidad. Así el médico que en su consulta insta a

¹⁶⁸ PIÑA ROCHEFORT, J. I. Op. Cit. pp. 358-359

¹⁶⁹ JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 81-82

beber alcohol a un paciente con cirrosis, resultando en que este se enferme gravemente por seguir el consejo, no quebranta su rol de ciudadano, sino que su rol especial de médico, y de ahí se deriva su responsabilidad penal.¹⁷⁰

El tercer supuesto es aquel en que existe una prestación *per se* peligrosa por parte del colaborador. Esto es, cuando el comportamiento importa un peligro abstracto inherente por el riesgo exacerbado de su uso posterior, lo que le confiere un rol especial de garante, por ser el custodio de su disponibilidad, a quien decide sobre tal prestación. Aquí encontramos los ejemplos del vendedor de armas, el farmacéutico, y otros similares, con soluciones de punibilidad similar a la expuesta en el párrafo anterior.¹⁷¹

El último supuesto se configura cuando el comportamiento del colaborador, desde un punto de vista objetivo, no es propiamente neutral e inocuo, sino que se adapta al plan delictivo del autor de forma no estereotípicamente adecuada en sentido normativo. Los casos prácticos aluden generalmente a la fase ejecutiva del delito, sin embargo, también son imaginables casos de complicidad previa a través de asesorías o prestación de servicios adaptados especialmente para el injusto. Como ejemplos podemos señalar el de aquel que entrega un plan detallado para eludir la vigilancia en el robo de un establecimiento, o aquel que espera afuera de dicho establecimiento vigilando la ejecución del plan con el motor en marcha. Aquí también la solución será de responsabilidad penal para el colaborador como cómplice, por el sentido ineludiblemente delictivo de su conducta.¹⁷²

2. SOLIDARIDAD CON EL INJUSTO AJENO

2.1. Solidaridad objetiva y subjetiva

Habiendo expuesto ya la teoría de la solidaridad psíquica dentro de aquellas enfocadas primordialmente en el tipo subjetivo, debemos aclarar que el criterio de solidaridad propuesto por SCHUMANN, a pesar de la similitud en cuanto a nomenclatura, se elabora a partir de fundamentos del todo diferentes al primero. Mientras que la solidaridad psíquica resuelve el

¹⁷⁰ JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 82-85

¹⁷¹ JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 86-88

¹⁷² JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 88-89

asunto desde la existencia de un vínculo afectivo-emocional manifestado en exteriorizaciones de aprobación, legitimación moral y soflamas alentadoras entre el autor y el colaborador, la solidaridad centrada en el tipo objetivo busca encontrar antecedentes materiales de estar llevándose a cabo un plan delictivo común, más allá de la demostración de camaradería en la orientación al delito entre los intervinientes. Esto es congruente con el rechazo de SCHUMANN a la ampliamente criticada, como vimos, fundamentación del injusto del partícipe que sirve de base a la teoría de la solidaridad psíquica.¹⁷³

El punto de partida de esta teoría es el principio de autorresponsabilidad, pues para este autor no existe otra forma de fundamentar el injusto de participación que no sea el propio comportamiento del potencial interviniente, toda vez que debe necesariamente verificarse un disvalor que conmocione la paz jurídica en su actuar para que las consecuencias de punibilidad sean congruentes con las garantías mínimas del Derecho penal dentro de un Estado liberal democrático.¹⁷⁴

De aquí se desprende que esto solo ocurre cuando el partícipe realiza actos dolosos que importan solidaridad con el injusto también doloso del autor, siguiendo la idea de que intervenir en el hecho supone expresar una relación de pertenencia que se caracteriza por el juicio de valor sobre el comportamiento a través del cual se actúa, solidariamente o no, en relación con el acontecimiento. Se entiende el hecho delictivo como compartido por los intervinientes a través de la toma de posición que realiza el partícipe, y se concretiza el sentido que debe tener esta solidaridad entre ambos a través de distintos criterios que permiten comprobar la existencia de un comportamiento sincrónico entre ambos.¹⁷⁵

2.2. La cercanía contextual al hecho

El criterio central utilizado para sustanciar esta noción de solidaridad es el de cercanía o proximidad al hecho, utilizando esta idea de cercanía para aludir al momento en que ocurre la colaboración causal del potencial partícipe, distinguiendo entre si es durante los actos

¹⁷³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 176-177

¹⁷⁴ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., pp.53-54

¹⁷⁵ GRECO, L. Op. Cit. pp. 69-70

preparatorios, o durante la tentativa o la ejecución del hecho. Así, en el primer supuesto no existiría un estadio de realización del hecho delictivo que permita dar una impresión psicológica, en sentido social normativo y no subjetivo, de la conducta del autor que permita advertir que el comportamiento del cómplice se enlaza al plan delictivo, lo que sí ocurrirá con claridad en las fases ejecutivas siguientes. Bastará entonces, para que se cumpla este criterio, que el hecho delictivo haya comenzado la etapa de tentativa, no pudiendo derivarse responsabilidad delictual para el cooperador, por regla general, si es que su aporte se agota en la fase de actos preparatorios.

Esto siempre y cuando el aporte refiera a los elementos esenciales del hecho delictivo en cuanto lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos específicos, de acuerdo su naturaleza, como segundo criterio complementario a la cercanía. No se podrá responsabilizar a aquel que se ocupa de asuntos beneficiosos para el autor, pero accidentales en relación al injusto, ni aún durante la ejecución del hecho.¹⁷⁶ Así, quien es contratado para reparar el techo de una casa en la que habitualmente se venden estupefacientes ilícitos no es cómplice de delito alguno, aun cuando se desempeñe en el momento preciso en el que está ocurriendo la transacción, pero sí lo será el encargado de reparar los instrumentos con los que se fabrican los psicotrópicos.

También se incorpora como punto de vista especialmente relevante la situación en que se encuentra el colaborador, puesto que si su prestación ocurre como parte de su quehacer diario laboral no podrá entenderse que solidariza con el autor a menos que desvíe su actuar de tal manera que ya no revista la condición de negocio usual de dicho quehacer, sino que aparezca como un notorio ajuste a un comportamiento lesivo antijurídico, es decir, adecuado a los pormenores específicos del plan delictivo. Esto se desprende, similar a como lo hace JAKOBS, de lo intolerable que sería la vida en sociedad si es que cada individuo tuviese que adelantarse (y potencialmente desviar su conducta) a todos los cursos causales lesivos que podrían desencadenar terceros aprovechando su contribución cotidiana, aun cuando no exista indicio alguno de que exista solidaridad entre ambos.¹⁷⁷

¹⁷⁶ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., pp.54-55

¹⁷⁷ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., p.56

No pudiendo la suma de estas tres perspectivas abarcar todos los supuestos de colaboración punible que dogmática y político criminalmente se deben perseguir por su lesividad, la teoría de la solidaridad de SCHUMANN aborda aquellos casos esporádicos en que la solidaridad no es punible por su cercanía al hecho del autor, pero sí lo es por la manera en que el cómplice se comporta de forma reconocible como aliado en la realización del hecho antijurídico del autor. Esto se verifica especialmente en aquellos casos en que el autor revela su plan delictivo al colaborador, o cuando este último está sometido a la observancia de normas particulares de conducta por la peligrosidad de su rubro y las incumple, resultando en que ya no pueda refugiarse en la excusa de que su comportamiento se enmarcó dentro de su actividad laboral rutinaria.¹⁷⁸

Por último, debemos resaltar que al valorar estos últimos aspectos del delito se le da entrada a la utilización, asaz excepcional, de elementos subjetivos como el dolo, en casos que revistan características particulares de acuerdo al contexto en que ocurren los hechos a evaluar.¹⁷⁹

2.3. Elaboración desde JAKOBS de FEIJOO SÁNCHEZ

Al considerar los límites normativos de la participación criminal, FEIJOO SÁNCHEZ afirma que la manera en que están redactadas las normas sobre la materia en el Código Penal español da cuenta del requisito normativo de que la conducta del partícipe contenga un disvalor de acción propio, adquiriendo en sí misma un sentido de cooperación a la realización típica, copulativamente a que esté desprovista de un sentido social autónomo distinto al favorecimiento del injusto. Este análisis conductual siempre se tendrá que realizar con miras a verificar la naturaleza objetiva del actuar del partícipe, sin tener en consideración elementos

¹⁷⁸ GRECO, L. Op. Cit. pp. 70-71

¹⁷⁹ MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. p. 71. No por esto dejaremos de considerarla una teoría objetiva, pues no siempre tiene sentido práctico para los expertos el desatender los elementos subjetivos del delito en todos los supuestos límites de participación por un afán obsesivo de zanjar necesariamente el asunto en un ámbito particular de la teoría del delito. Incluso JAKOBS acepta valerse de elementos no emanados del rol social para evaluar comportamientos en casos excepcionales, señalando que las soluciones matemáticamente exactas solo pueden derivarse de premisas erróneas. JAKOBS, G. *La imputación...* Op. Cit. pp. 89-90

como el dolo o la imprudencia, pues considera lógico también concluir que la contradicción entre valorar una conducta como socialmente correcta y obligada en algunos casos, y como insoportable para la sociedad en otros, conduciría a serios problemas para la adecuada certeza jurídica que debe revestir el Derecho penal.¹⁸⁰

FEIJOO SÁNCHEZ revisa, bajo este prisma, los supuestos de favorecimiento del delito en un momento anterior a que el autor del mismo elabore su plan delictivo, decida comenzar la ejecución de su conducta lesiva, o bien no se vislumbren elementos objetivos suficientes que le permitan al colaborador dar cuenta de la posible puesta en marcha de un curso causal orientado hacia la comisión de un injusto. Aquí, le resulta del todo lógico que la prohibición de regreso se despliegue en todo su esplendor, debiendo necesariamente resolverse la impunidad de estas conductas de favorecimiento, pues solo es propio de una sociedad de la desconfianza la desaprobación de la mera posibilidad teórica de un potencial favorecimiento delictivo del plan de un tercero del que no se tiene pista alguna.¹⁸¹

A diferencia de JAKOBS, sin embargo, no comulga con la idea de que el fundamento de esta impunidad sea la cotidianidad o adecuación social de las conductas en cuestión. Tampoco con la noción de que los comportamientos ajustados al marco de expectativas de un rol social resulten en una prohibición de regreso sin límites, que lleve a soluciones de impunidad en todo caso. Que un individuo cumpla o quebrante el rol que cumple en determinado contexto será, de acuerdo a FEIJOO SÁNCHEZ, tan solo uno de los elementos objetivos que se deberán tomar en cuenta a la hora de revisar su comportamiento, pero el fundamento de la punibilidad será siempre la adecuación típica de la conducta, por más útil que resulte considerar lo estereotipada de esta en relación a su rol.

Para FEIJOO SÁNCHEZ la inducción y la complicidad serían las únicas excepciones a la prohibición de regreso ilimitada previa a la tentativa, siendo de gran interés también la posición que este autor sostiene frente a la figura de la inducción imprudente, tanto desde el

¹⁸⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 389-390. Esto es trasladable a las disposiciones de nuestro Código Penal que, como vimos, se inspira sustancialmente en el español, y también contiene las expresiones que FEIJOO SÁNCHEZ utiliza para ejemplificar esta idea.

¹⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 390-392

punto de vista del autor como el inductor. Parte de la doctrina estima contradictoria esta figura, al equiparar la idea de inducción o incitación con la intención positiva de generar un resultado a través del autor, es decir, un dolo de consumación idéntico en el autor y el partícipe, argumentos que a él le parecen tautológicos y poco sustentados en el ordenamiento positivo¹⁸². Así, lo esgrimido por esta parte de la doctrina no le parece un argumento de peso para limitar artificialmente la figura de inducción en casos como: i) el de aquel que induce a otros a realizar carreras clandestinas para apostar sobre sus resultados, generando consecuencias lesivas por su inducción imprudente y; ii) el de aquel que es inducido a cometer un delito y en su ejecución comete imprudentemente otro adicional. Le parece más adecuado resolver estos casos mediante la figura de la inducción imprudente pues, además, arguye que buena parte de la doctrina suele recurrir a la complicidad psíquica como reemplazo a esta primera institución en este tipo de supuestos, situación que él estima dogmáticamente insatisfactoria.¹⁸³

2.3.1. Favorecimiento posterior al inicio de la tentativa y límites de la punibilidad del cómplice

En un estadio posterior del *iter criminis*, cuando se ha comenzado ya la ejecución del delito, la regla general es que los favorecimientos causales deban ser valorados como complicidad objetiva. Aquí constatamos una postura similar a la de SCHUMANN, en cuanto para FEIJOO SÁNCHEZ mientras más cercana sea la colaboración a la realización del tipo, más difícil le será al interviniente distanciarse de esta como sujeto responsable. Por eso, los supuestos de análisis más interesante, en cuanto a los límites de la complicidad, referirán a casos en que el delito se encuentre en la fase de actos preparatorios y existan indicios objetivos de su futura comisión. Aquí vemos que la cuestión a dilucidar es hasta qué punto se puede aseverar que es la responsabilidad de un individuo ponerle obstáculos a un tercero, con el que no tiene un vínculo especial, para la comisión de un delito.¹⁸⁴

¹⁸² Estas críticas son igualmente trasladables a nuestro Código Penal, que se refiere a la inducción en los mismos términos que su equivalente español, no señalando limitación expresa alguna entre la autoría y la inducción como consecuencia de su equiparación en cuanto a intensidad punitiva.

¹⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 393-400

¹⁸⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 400-402

Se cuestiona si sería razonable sostener que la conducta de aquel que maneja una tienda de autoservicio que incluye cuchillos sería menos digna de punición que la de aquel que los vende directamente, en el supuesto de que en ambos casos luego se utilice el arma en un homicidio. De aquí desprende que un Derecho respetuoso con la libertad de acción y consciente de su carácter fragmentario debe considerar aquellos supuestos en que la conducta tenga un sentido socialmente adecuado, además del delictivo, como atípicos o de penalidad reducida. Utiliza una lógica similar a JAKOBS para explicar que en estos casos no se penaliza la actuación del partícipe, sino que su falta de solidaridad mínima la que, a menos que la insolideridad sea grave, debiese considerarse como un delito de omisión, o como propuesta de *lege ferenda* en caso de riesgos para bienes jurídicos de una entidad crucial.¹⁸⁵

No le parece que sea congruente con el principio de autorresponsabilidad el pretender que las personas varíen sus ámbitos de organización de asuntos propios basándose en la mera posibilidad de que le sean imputables penas de complicidad por los conocimientos que puedan atribuírseles de cursos causales ajenos. No le parece ni sistemática ni político-criminalmente satisfactorio afirmar la punibilidad a título de cómplice de, por ejemplo, aquel que contrata a una constructora para la fabricación de una casa a sabiendas de que el precio es demasiado bajo para que la empresa tome adecuadas medidas de seguridad, resultando en lesiones graves para algunos de sus trabajadores. Así, si bien se muestra crítico de la infundada rigidez estructural aplicada por JAKOBS al plantear la tipicidad como quebrantamiento de roles, si considera que son de esencial relevancia las ideas de cumplimiento de obligaciones de una determinada actividad, y las normas que la regulan, para sostener una noción de prohibición de regreso como límite general válido aplicable a la tipicidad.

Por estas razones, estima que solo deben ser punibles aquellas conductas que se vinculen de tal manera con el riesgo típico que solo pueden verse como el resultado de una

¹⁸⁵ Hay que notar que las conclusiones serían diferentes bajo nuestra legislación, toda vez que el tipo específico de omisión contenido en el artículo 492° de nuestro Código Penal, equivalente al artículo 450° del Código español, es tan solo una falta sancionada con mucho menor intensidad.

organización delictiva en términos objetivos, mostrando un acoplo del partícipe a los requerimientos específicos del hecho del autor.¹⁸⁶

2.3.2. Posición de garante

Al igual que en JAKOBS, para FEIJOO SÁNCHEZ es central la institución de la posición de garante para esbozar correctamente los límites de la complicidad. A través de esta, como mencionamos, se pueden establecer excepciones a la regla general de determinación de la existencia de participación en el injusto en un estadio anterior a la tentativa¹⁸⁷, siempre y cuando se funden con cuidado y en consideración a las posibilidades subjetivas y objetivas de evitar el resultado, excluyendo el caso fortuito, por ejemplo.

No le parece adecuada una noción de la posición de garante tan extensiva que resulte en la intromisión en ámbitos de organización propios de individuos autorresponsables, por lo que su relevancia es excepcional para la mayoría de los supuestos imaginables, por regla general. El dueño de un bar no detenta esta posición frente a los comportamientos de sus clientes resultantes, en parte, del consumo de bebidas alcohólicas en su establecimiento, pues les corresponde a estos últimos evitar colocarse en situaciones de inexigibilidad cuando están en un estadio previo de amplio control de sus facultades como parte de sus deberes absolutamente personales, más allá de que en el momento mismo de la ejecución del delito ya no se encuentren en pleno dominio de sus actos.¹⁸⁸

Los dos supuestos más usuales, que sí darían cuenta de una legítima posición de garante que podría derivar en complicidad punible, ocurren respecto a: i) personas que no deberían estar en el lugar de comisión del delito, o no deberían estar realizando determinada actividad por no estar capacitadas. La posición de garante se fundamenta en los deberes positivos de resguardo de las personas a cargo, como el juez que infringiendo sus deberes deja libre a una persona que luego comete un delito; y ii) objetos o sustancias sobre los cuales la legislación dispone normas positivas especiales de autorización de uso, tráfico, o

¹⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 400-407

¹⁸⁷ Más allá del mero delito de omisión tipificado en el artículo 450 del Código Penal español

¹⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 407-409

manipulación en general. No es tan relevante, para FEIJOO SÁNCHEZ, la peligrosidad de los objetos o del potencial uso que le den personas particulares, sino que se tendrá que atender a los deberes que establece una determinada sociedad o un ordenamiento jurídico respecto a los mismos. Así, se podrá verificar la punibilidad a título de cómplice del que vende una pistola a una persona de excelente reputación sin autorización formal para comprarla, pero no la del que se la vende con dicha autorización a una persona agresiva e irresponsable, si en ambos casos se utiliza luego el arma en un homicidio.¹⁸⁹

3. REFERENCIA DE SENTIDO DELICTIVA

3.1. Nociones de imputación de resultado de FRISCH

Para FRISCH, el meollo del problema de determinar la existencia de responsabilidad penal derivada de la peligrosidad de un comportamiento subyace en la ponderación entre la libertad general de acción frente a la protección de bienes jurídicos, lo que se verifica también, quizás con especial ahínco, en el problema de las conductas neutrales. En esta línea, FRISCH explica que estos asuntos deben ser resueltos en términos de riesgos jurídicamente desaprobados como tales, pues no pertenecen aun al ámbito de la imputación objetiva del resultado como tal¹⁹⁰, de acuerdo a una manifestación del principio de proporcionalidad en criterios relativos a los fines y objetivos plasmados en la Constitución Política. Deben ser estas normas fundantes, instrumentalizadas y dotadas de contenido como garantías para generar las condiciones de existencia y de desarrollo del individuo en la comunidad, los cimientos de las soluciones que se entreguen tanto en asuntos legislativos como en resoluciones judiciales, pues esta es la verdadera dimensión del marco de análisis del injusto penal, más comprensiva e integral, aunque aparentemente más difusa, que las propuestas de la teoría del fin de protección de la norma utilizada ampliamente en la doctrina¹⁹¹.

¹⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 413-419

¹⁹⁰ Si bien se ha dicho que esta distinción deviene en irrelevante en términos prácticos, FRISCH plantea su importancia para la comprensión generalizada del injusto penal, admitiendo que incorporarla o no lleva a resultados idénticos en la gran mayoría de los supuestos. FRISCH, W. Op. Cit., pp. 72-73

¹⁹¹ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 83-90

Esto no significa, sin embargo, que exista cierta identidad entre la desaprobación realizada en sede del injusto penal con aquella realizada por otras normas de nuestro ordenamiento jurídico. Estas últimas normas encuentran su utilidad en la tarea de esclarecer la pugna entre el interés y la adecuación en llevar a cabo una conducta y su lesividad frente a bienes jurídicos, como presupuesto necesario, pero no siempre suficiente, de tipicidad¹⁹². La idoneidad de la pena para imponer la norma de conducta pretendida, sin embargo, es un asunto que no alcanza a ser resuelto aludiendo a los objetivos de las normas extrapenales relativas a cada comportamiento en particular, ni siquiera sumándolas a los fines de las propias normas penales, por ser insuficientes e inidóneos para fundamentar los criterios materiales que permiten llegar a conclusiones satisfactorias en la mayoría de los casos complejos de creación de riesgo¹⁹³.

La necesidad y adecuación de la protección jurídico penal relativa a cada contexto dependerá de las reflexiones materiales sobre la libertad de acción que devienen de su implementación, criterio que parece casuístico pero que no es más que la constatación del marco de acción ineludible del Derecho penal. Debido a esto, no será particularmente relevante delimitar con claridad si un supuesto se encuentra dentro de un grupo de casos u otro, toda vez que siempre se deberá atender principalmente a las limitaciones particulares de libertad que lo envuelven, sin prejuizar de acuerdo a su aparente similitud estructural con otros supuestos, aun cuando si se le halle utilidad a agruparlos para elaborar modelos estructurales de limitaciones de libertad motivada por la protección de bienes jurídicos.¹⁹⁴

3.2. Referencia de sentido delictiva y libertad de acción

¹⁹² No es suficiente pues se requiere aun de una valoración de la utilidad de la pena como instrumento correctivo de la conducta riesgosa.

¹⁹³ FRISCH señala que, por ejemplo, no aportaría nada a la conclusión de riesgo desaprobado relativa a las lesiones causadas con ocasión de un tratamiento médico el saber que el tipo de lesiones protege la vida y la integridad física. También argumenta que cuando la doctrina integra criterios más concretos y útiles para superar la insuficiencia de contenido de la teoría del fin de la norma lo que en realidad está haciendo es precisar la adecuación de la intervención penal frente a determinadas creaciones de riesgo. FRISCH, W. Op. Cit., pp. 95-99

¹⁹⁴ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 98-104

Esta perspectiva lleva a una solución respecto los límites inferiores de la complicidad muy similar a la que defienden JAKOBS y SCHUMANN¹⁹⁵, centrada en determinar en qué medida es necesaria la intervención penal para limitar el ámbito de organización de un individuo cuando la producción de un menoscabo depende aun de la actuación de un tercero como individuo responsable, sobre la base de la necesidad, oportunidad y utilidad social o normalidad de las acciones que originan riesgos. La respuesta de estos tres autores comparte la cautela necesaria para que el sistema no devenga en prohibiciones insoportables de la libertad de acción, en tal medida que signifique un perjuicio de bienes jurídicos incluso superior al que se pretendía evitar, además de procurar que se construya cimentado en la noción de individuos responsables por sus propias conductas.¹⁹⁶

FRISCH afirma que la regla general será la impunidad, por consideraciones relativas a la autorresponsabilidad y la libertad de acción, del que favorece un injusto representado como meramente posible desde su perspectiva *ex ante*, a menos que se encuentre en posición de garante. Enfatiza que la libertad de acción tiene un valor relativo, de magnitud variable dependiente, en parte, de si las conductas que favorecen la comisión de delitos de terceros se dirigen a la organización del ámbito de dominio propio o a modificar ámbitos de dominio de terceros, de manera tal que amplíen el poder y control situacional ajeno.

En cuanto a las primeras, se debe seguir la regla general aun frente a indicios concretos de que terceros podrían cometer delitos, pues no tiene sentido prohibir estas conductas considerando que el tercero podría valerse del favorecimiento de aquel que no se le imponen los deberes por faltarle adecuado conocimiento contextual del delito¹⁹⁷, con la advertida excepción de la posición de garante que ostente el que guarde ciertos objetos peligrosos. Esto resulta en que se deba verificar que: i) existan indicios concretos de la

¹⁹⁵ Es relevante notar que FRISCH se manifiesta contrario a la utilización generalizada de la teoría de la prohibición de regreso, sin embargo, pues no le parece que esté suficientemente fundada normativamente esta limitación de la punibilidad, sino que le parece más bien un exceso interpretativo de preceptos reguladores de la participación, especialmente respecto a la imprudencia. FRISCH, W. Op. Cit., pp. 252-255

¹⁹⁶ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 260-263. Hay que tener en cuenta que, a diferencia de JAKOBS, FRISCH plantea que la limitación a la participación nace de la integración sistemática de elementos de juicio materiales, y no por razones expresas de texto

¹⁹⁷ Por ejemplo, no tiene sentido pretender que el dueño de un restaurant resguarde todos los objetos peligrosos al entrar a este una persona agitada y agresiva, pues este podría hacerse de cualquier objeto que porte cualquiera de los comensales

utilización delictiva de terceros de cosas frente a las cuales se está en posición de garante; ii) esta utilización se vincula con el peligro de lesión de bienes jurídicos; iii) este peligro se elimina o reduce cumpliendo los deberes propios de la posición de garante y; iv) no se cumplen tales deberes, para que se verifique la conducta típica.¹⁹⁸

El favorecimiento doloso, por su parte, no conduce a un tratamiento disímil, pues las malas intenciones no pueden fundamentar ni suplir una posición de garante inexistente por consideraciones fenomenológicas, pues estas todavía no alcanzan a desnaturalizar que al tratarse del ámbito de organización propio lo único que está en juego es el cumplimiento o no de un deber de socorro generalizado, no existiendo una creación de riesgo desaprobada en términos objetivos.¹⁹⁹ El límite se encontrará al verificar que las modificaciones (mediante acciones u omisiones) favorecedoras solo estén disponibles para el plan delictivo del tercero mediante una intromisión ilegítima en ámbitos ajenos, pues cuando estas lo asistan sin necesidad de dicha intromisión, sí podremos afirmar que estamos frente a una creación de riesgo desaprobada.²⁰⁰

Respecto a las conductas favorecedoras que amplían el poder de un tercero sin necesidad de que este se entrometa ilegítimamente en ámbitos de organización ajenos, FRISCH se muestra también reticente, fuera de supuestos de posición de garante, a soluciones de punibilidad basadas en la mera posibilidad de comisión de un delito, pues por una parte conducirían a múltiples obstrucciones de libertad de acción para garantizar la protección de bienes jurídicos en contados casos, y, por otra, llevarían a excesos en la discriminación *ex ante* de personas que contextualmente puedan mostrar indicios de comisión de delitos.²⁰¹ De aquí se muestra escéptico de la utilización de diferentes criterios (como el grado de probabilidad, o la existencia de un deber de realizar la conducta favorecedora) para determinar la desaprobación de la creación de riesgo, entendiendo siempre que la respuesta punitiva frente a una conducta debe ser la respuesta adecuada para

¹⁹⁸ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 264-268

¹⁹⁹ Esto más allá de las consideraciones a los tipos de solidaridad generalizados contenidos en la legislación que vimos en capítulos anteriores

²⁰⁰ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 277-283

²⁰¹ Por ejemplo, significarían no vender nunca objetos cortos punzantes a quien tiene cicatrices, o evitar la venta de fármacos por regla general a personas de carácter nervioso

lograr la protección proporcionada de bienes jurídicos y, por tanto, debe dirigirse solo a conductas de especial nocividad social.²⁰²

Concluye que el criterio adecuado es el de la referencia central e inequívocamente delictiva de una conducta, entendido desde un punto de vista objetivo similar al de solidaridad de SCHUMANN, argumentando que “... la referencia de sentido es un dato objetivo, y se da si la acción tiene sentido solo en su propiedad de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno, o al menos aparece como reacción a necesidades delictivamente definidas, satisfaciéndolas. Si la acción lleva así el sello del delito, objetivamente en este sentido, nada cambia en ello la eventual falta de voluntad de favorecer. Y, por otra parte, si falta esa referencia de sentido, como ocurre en particular en multitud de negocios cotidianos, que tienen buen sentido con independencia de las eventuales intenciones delictivas de su destinatario, nada cambia en ello porque esas acciones se lleven a cabo con el objetivo de posibilitar a otro la comisión de un delito...”²⁰³ esto pues la prohibición para el sujeto que realiza esas aportaciones no contribuye a la protección mensurable de bienes jurídicos, ya que las mismas pueden ser obtenidas de otros sujetos, lo que riñe abiertamente con la proporcionalidad de la sanción.

FRISCH acentúa la importancia de la vinculación espacio-temporal de las conductas, como por ejemplo en casos donde la colaboración refuerza la efectividad de ataques que están ocurriendo, aumentando sus posibilidades, estimando que las dificultades de utilizar tal criterio se presentarían más comúnmente en comportamientos fuera de la fase comisiva, en particular en la de actos preparatorios del delito. En estos, resultará de vital importancia estimar si existe otro motivo plausible, diferente a facilitar delitos ajenos, que motive la configuración de alguna parte central o la totalidad de la acción, y si la conducta responde a peticiones o requerimientos específicos, explícitos o no, que aseguren el éxito del plan delictivo, sin olvidar nunca que esta respuesta debe ser, desde una perspectiva puramente normativa y no naturalística, un incremento del riesgo para el bien jurídico, siguiendo la regla general del comportamiento típico en los delitos de resultado. Tal incremento ocurrirá

²⁰² FRISCH, W. Op. Cit., pp. 292-300

²⁰³ FRISCH, W. Op. Cit., p. 305

siempre que el autor no haya podido suplir esa colaboración con la misma efectividad y lesividad²⁰⁴ con el comportamiento no desaprobable y de buena fe de terceros.²⁰⁵

Estas consideraciones adelantan ya la respuesta de FRISCH a las conductas neutrales, en cuanto de ellas es sencillo concluir que los negocios cotidianos de la vida se deben descartar como creaciones de riesgo desaprobadas. No porque sean conductas adecuadas socialmente, pues si bien dicho criterio tiene un núcleo de verdad, es a la vez particularmente difuso, en cuanto no depende de dicha condición su desaprobación al ser imaginables, por una parte, conductas que se manifiesten como tradicionales negocios jurídicos pero que en realidad se configuren con sentido delictivo inequívoco y constituyan un aumento de riesgo no accesible utilizando acciones de buena fe de terceros²⁰⁶ y, por otra, conductas del todo extrañas y poco comunes, pero no desaprobadas²⁰⁷. A pesar de que ambos criterios lleven en buena medida a los mismos resultados, es necesario dar cuenta de que lo importante es el sentido mismo de la conducta, y no su revestimiento como negocio usualmente adecuado, pues, por ejemplo, la compraventa de objetos peligrosos en el comercio no constituye comportamiento típico por nutrirse esta del sentido legítimo de adquirir el dominio del mismo por un precio, y no porque sea habitualmente aceptada socialmente como negocio.²⁰⁸

Al adoptar un enfoque particularmente contextual, FRISCH admite la existencia de casos no abarcados por una solución global, es decir, punibilidad sin referencia inequívoca de sentido delictiva, pero aun determinada por la pugna entre libertad de obrar y protección de bienes jurídicos proporcional, en todas sus facetas. Aquí se basa en los artículos 138 y 323 del Código Penal alemán²⁰⁹ para fundamentar la limitación de la libertad individual bajo valoraciones previas que le entreguen contenido a la pugna planteada²¹⁰ sobre la base de

²⁰⁴ Aplicable a todo orden de cosas. La efectividad adicionada puede consistir en sigilo, rapidez, evitar problemas añadidos, etc. Esto siempre que la colaboración refiera a las posibilidades del injusto mismo, y no consista en satisfacer necesidades periféricas como, por ejemplo, la alimentación adecuada del autor

²⁰⁵ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 309-315

²⁰⁶ Por ejemplo, la prestación de un servicio debidamente remunerado y tributado de fabricación de equipamiento ad-hoc para eludir la seguridad de un establecimiento específico

²⁰⁷ Por ejemplo, tatuar el rostro en descomposición del hijo fallecido de una persona en la espalda de otra, para luego provocar un paro cardíaco en la primera

²⁰⁸ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 316-321

²⁰⁹ Equivalente, como vimos, al 450° del español y el 492° del chileno

²¹⁰ Así, no es posible desatender los criterios de solución proporcional entre libertad y protección de bienes jurídicos expuestos por el legislador, en cuanto llevaría a una contradicción valorativa del ordenamiento. Por

deberes especiales frente al estado de necesidad ajeno, resultando en que deban observarse prohibiciones para el colaborador delictivo en aquellos casos en que está obligado a denunciar o socorrer en su relación al contexto lesivo, fundándose una verdadera posición de garante que lleve a estimar su comportamiento como típico.²¹¹

3.3. La postura de ROBLES PLANAS

Como señalamos, este autor construye sus postulados respecto a las conductas neutrales sobre la base de un entendimiento del fundamento del injusto del autor bastante disímil y novedoso en relación a las posturas dominantes al respecto. Para ROBLES PLANAS es incompatible con el principio de autorresponsabilidad estimar que el vínculo con el injusto ajeno es fuente de punibilidad para los colaboradores. Por esto, se debe encontrar una fuente material legítima que permita atribuir dicha responsabilidad para poder construir una noción fundada de complicidad punible, la cual sería la co-configuración del hecho típico, que ontológicamente pertenece de igual forma a todos los intervinientes, mediante una contribución que opere sobre los límites de riesgo permitido en atención a sus circunstancias objetivas, de forma tal que revista un riesgo típico de continuación delictiva en atención al comportamiento del autor, el cual no se posiciona sistemáticamente como dueño del hecho antijurídico, sino que este es concebido como la unidad base común de desestabilización normativa que une a los intervinientes.²¹²

Comulgando con las ideas de JAKOBS y FRISCH, ROBLES PLANAS estima que es necesario referirse primeramente al problema de los conocimientos especiales con una visión generalizada respecto al tipo objetivo, en cuanto le parece injustificadamente extendida dentro de la doctrina la opinión de que es imposible desaprobar objetivamente un comportamiento sin considerar los elementos subjetivos del interviniente, en cualquiera de sus formas. La necesidad de considerar la realidad desde el punto de vista del interviniente es lo que lleva a estos resultados, sin embargo, esto solo significa que este accede o puede

ejemplo, sería inadmisibles la existencia de un deber de socorro en relación alguien que está siendo brutalmente atacado con la afirmación de que debe ser impune venta de un bate de beisbol a su atacante

²¹¹ FRISCH, W. Op. Cit., pp. 333-341

²¹² ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 172-178. Insistimos en lo interesante de esta nueva propuesta, a la cual no alcanzamos a hacer justicia en estas páginas

acceder a interiorizar circunstancias parciales de la realidad, las que siguen siendo inequívocamente objetivas y cumplen con el criterio de ser conocidas por este. Por eso, razona que no hay lugar para que en el juicio de peligro realizado se introduzca el conocimiento del sujeto, pues esto debe analizarse con ocasión del tipo subjetivo, ya que solo cuando una conducta se manifiesta como desaprobada en sí misma puede luego cuestionarse su atribución subjetiva.²¹³

De estas consideraciones ROBLES PLANAS deriva la idea de que allí donde existen estándares normativos, ya sea emanados de la legislación positiva o de criterios extrajurídicos, como la peligrosidad intrínseca del ámbito en cuestión, el cumplimiento de este estándar hace absolutamente irrelevantes los conocimientos especiales del sujeto, resultando en que estos solo sean considerados cuando este los desatiende para asumir la responsabilidad de la creación de riesgo mediante su propio saber y pericia personal²¹⁴. En cuanto a aquel cuya conducta incide en un injusto posterior realizado por un tercero la solución será similar, debiendo tenerse en consideración los conocimientos especiales solo en aquellos casos en que la conducta del primero se adapte a la de este último sin observar, o no existiendo, estándares normativos correspondientes²¹⁵.

Por ello, ROBLES PLANAS es crítico de la inclusión de criterios referentes al conocimiento concreto del autor en cada caso, más allá del riesgo objetivo de la conducta estimada en sí misma, toda vez que esto lleva a resultados de extensión de punibilidad fundada en el mero saber o poder saber lo que el otro hará. En una crítica explícita a ROXIN, cuya postura veremos más adelante, indica que el indagar en la esfera interna del eventual cómplice para determinar si accedió a favorecer una conducta cuya única finalidad, desde su punto de vista, era cometer un injusto resulta por un lado inestable como perspectiva, toda

²¹³ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 204-207. En las páginas que siguen del citado trabajo, el autor realiza una lúcida y breve exposición del baremo a utilizar para afirmar la tipicidad de una conducta, y siguiendo a JAKOBS argumenta en contra de valorar los conocimientos especiales del interviniente, cuando estos no emanan de un deber normativo (aunque no necesariamente por observancia del rol social del individuo, como en JAKOBS), como vinculantes para determinar la creación de peligro desaprobada. Es, en definitiva, una noción de incremento desaprobado del riesgo radicalmente normativa.

²¹⁴ Piénsese, por ejemplo, en el trabajador de una planta nuclear que se enfrenta a un problema excepcional y decide tomar medidas distintas a las estandarizadas al estimar que estas no previeron la situación en la que se encuentra

²¹⁵ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 212-215

vez que rara vez el actuar futuro de un tercero es reconocible como orientado unívocamente en ese sentido, y por otro insostenible político-criminalmente, por las mismas razones de proporcionalidad que advierte FRISCH, revisadas en páginas anteriores²¹⁶²¹⁷.

Repasando las diferentes soluciones doctrinales, se inclina por aquellas que se fundamentan con el máximo respeto al principio de autorresponsabilidad, señalando que solo aquellas conductas que contengan en sí mismas un riesgo especial de continuación delictiva, por su configuración conectada objetivamente con conductas lesivas más allá de la posible utilización arbitraria del tercero que lleva a cabo el injusto con posterioridad, pueden llevar a afirmar la punibilidad del interviniente²¹⁸. Para este análisis utiliza dos criterios principales: i) la infracción de deberes especiales preexistentes: aquí refiere en particular a la posición jurídica del posible cómplice²¹⁹, insistiendo en la necesidad de su adecuada fundamentación en virtud de la normativa sectorial que gobierna cada ámbito de organización²²⁰ y; ii) la configuración de la conducta como parte del hecho: cuando no existan deberes sectoriales de aseguramiento que determinen la valoración del riesgo, se debe atender al contexto en que se realiza la conexión entre el injusto y el favorecimiento para establecer que configuran un riesgo normativamente desaprobado. Por eso, la ubicuidad o fungibilidad de los bienes y servicios de favorecimiento sirven, aunque no alcanzan por sí solos, para desestimar la punibilidad del aporte, como también antecedentes tales como la proximidad al hecho o que no se realicen las prestaciones de acuerdo a solicitudes ad-hoc al delito del autor. Aun así, ninguno de estos criterios será autosuficiente, pues lo decisivo será, de acuerdo al principio de autorresponsabilidad y a la luz de los indicios contextuales objetivos, que el cómplice adapte o acople objetivamente su conducta al injusto para determinar su punibilidad²²¹.

²¹⁶ Esto es, en resumidas cuentas, lo inadecuado que es perseguir todas estas conductas cuando la regla general es que resulten socialmente útiles y no favorezcan la comisión de delitos

²¹⁷ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 280-284

²¹⁸ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 285-292

²¹⁹ Prefiere ocupar el término 'posición jurídica' a 'posición de garante' para resaltar que la creación de riesgo en ámbitos de control propios de dicha posición no conducirá siempre a la punibilidad del que la ostenta, sino que solo cuando se incumplan deberes particulares especialmente peligrosos

²²⁰ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 292-299

²²¹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 303-318. El autor advierte que estas consideraciones, de impunidad de conductas neutrales como complicidad por regla general, deja a salvo la tipicidad por el injusto de insolidaridad, proponiendo, por razones político-criminales, un tipo agravado en contextos particulares como *lege ferenda*. Esta propuesta resulta especialmente interesante para nuestro ordenamiento en cuanto, como

4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS OBJETIVAS

Dentro de la dogmática, se han expuesto una serie de críticas a la delimitación de la punibilidad de las conductas neutrales sobre la base de teorías objetivas. Estas apuntan tanto a la fundamentación de los criterios utilizados, como a la coherencia interna y externa y las consecuencias prácticas y de política criminal que resultarían de utilizarse en la resolución de distintos casos.

Sobre la idea de solidaridad de SCHUMANN, se ha objetado que el criterio de la solidaridad es más uno de descubrimiento que de fundamentación. Esto refiere a que el mismo logra dar cuenta de aquellos casos que revisten características tales que denotan una desaprobación ineludible de la conducta, pero no se ocupa de argumentar su legitimidad sosteniéndose normativamente en el derecho positivo. Haciendo un paralelo con la fundamentación de la punibilidad de la tentativa aceptada mayoritariamente, SCHUMANN señala que la solidaridad objetiva debe ser penada a título de complicidad por la impresión intolerable de contravención de la vigencia de la norma que causa en la comunidad, pero no emprende la tarea de explicar porque dicha analogía es válida para la complicidad. Para GRECO esto se debe a la imposibilidad de lograr este cometido, en cuanto en un Estado de Derecho la punibilidad no puede estar legitimada por la mera solidaridad con el ilícito ajeno, sea esta subjetiva u objetiva, sino que las restricciones de libertad deben obedecer únicamente a la protección de bienes jurídicos²²².

Desde otra perspectiva, se pueden criticar también los fundamentos tanto en SCHUMANN como en el resto de las teorías objetivas pues, en su concepción funcionalista relativamente radical del injusto, importan un traslado ontológico injustificado del Derecho penal, el cual pasaría de ser una herramienta de protección de bienes jurídicos, cuya pena está legitimada por la culpabilidad de aquel que sabiendo o pudiendo saber que cometía un delito no se abstiene de su conducta, a una herramienta de protección de expectativas

vimos, la infracción de los deberes de solidaridad acarrea penas de una entidad muy inferior a las propias del ordenamiento alemán y español

²²² GRECO, L. Op. Cit. pp. 71-74

normativas (sean estas configuradas sobre la base del rol social, regulación normativa de ámbitos sectoriales o posiciones jurídicas particulares) cuya pena se legitima por la utilidad, desde el punto de vista de la prevención general positiva, de la sanción para la defraudación de dichas expectativas medida en contraposición con la restricción de la libertad que ello implica, deviniendo en una valoración de las conductas por su apego a las normas más que por su potencial lesividad. Esto sería una instrumentalización insostenible del individuo, que bajo este panorama sería visto como forzosamente vinculado a la norma a un punto tal que la valoración de su adecuación socio-normativa pasaría a ser el aspecto principal de enjuiciamiento de su conducta²²³.

Por otra parte, BLANCO CORDERO critica los criterios, generalizados en las teorías objetivas, de ubicuidad y cotidianidad de las prestaciones como límites de punibilidad, pues consistirían en argumentaciones basadas en cursos causales hipotéticos inadmisibles, pues no se requiere para valorar una conducta como complicidad que esta no pueda ser realizada sin el aporte de dicho interviniente, toda vez que si una contribución fue realmente eficaz no es relevante que algún otro aporte lo hubiese sido también. Tal lógica se aplica, por ejemplo, al desestimar la cooperación de aquel ferretero al que se le comunica que se utilizarán los artículos comprados en su negocio para un robo, por no adecuarse especialmente esta venta al plan delictivo del autor (bajo el supuesto de que la venta se realice con normalidad, sin que el ferretero manifieste al eventual autor la utilidad para burlar sistemas de vigilancia de una u otra herramienta, en cuyo caso las conclusiones podrían variar). No se encuentran razones para estimar que la adecuación normativa generalizada de dicha conducta permita concluir que esta prestación, que aumenta considerable e injustificadamente el riesgo de lesión de bienes jurídicos, sin provecho social alguno, deba mantenerse impune.²²⁴

Bajo un punto de vista de política criminal, es innegable que las teorías objetivas tienen una marcada tendencia a la impunidad de las conductas neutrales por regla general, pues estas suelen situarse en un estado del *iter criminis* bastante anterior a la realización del injusto por parte del autor, criterio central para muchos de estos autores. Esto se suma al

²²³ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 204-205

²²⁴ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., Pp.47-49

problema de la inflexibilidad derivada de la desatención a los elementos subjetivos que puedan ser de utilidad en la imputación del injusto, desnaturalizándose de forma insostenible la óptica de análisis del comportamiento humano, el cual es solo susceptible de tener sentido real como unidad interna-externa para las ciencias del Derecho²²⁵.

Aquellos autores que abogan por la distinción entre un tipo objetivo diferenciado para delitos dolosos e imprudentes, por oposición a los que aquí revisamos, ilustran la necesidad de considerar tal diferencia con el ejemplo del francotirador inexperto que dispara a una distancia tal que, aun si fuese un experto, sus posibilidades de acierto serían bajísimas para fundamentar que esta sería manifiestamente una creación de riesgo típica solo en el supuesto en que dispare sosteniendo una representación dolosa del resultado, y no cuando dicho tirador lleve a cabo la misma conducta imprudentemente²²⁶. En este mismo plano se critica la vaguedad, ambigüedad y desatención a la protección de bienes jurídicos en atención a los resultados en distintos supuestos prácticos solucionados utilizando los postulados de estas teorías, llevando a afirmaciones tales como que de seguirse estos criterios muchos de los crímenes ocurridos en el Tercer Reich habrían de quedar impunes y, en un sentido ya menos drástico pero de gran importancia igualmente, también muchos de las conductas lesivas alejadas de los esquemas tradicionales, pero de frecuencia al alza en la actualidad, como delitos tributarios, blanqueo de capitales y delitos medioambientales, también resultarían insoportablemente impunes²²⁷.

²²⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit., pp. 131-133

²²⁶ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 215-216

²²⁷ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 231-234

CAPÍTULO IV: TEORÍAS BASADAS EN CRITERIOS MIXTOS Y ANÁLISIS DE ALGUNA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. TEORÍAS MIXTO-OBJETIVAS

1.1. Las teorías mixtas

Algunos autores se han pronunciado en contra de todos los esbozos de teorías que busquen conciliar los elementos del tipo subjetivo y del objetivo para entregar una solución a la pregunta por la responsabilidad de estas conductas. Se ha dicho que esto atentaría contra una perspectiva sistemática de la teoría del delito, y que devendría en un tratamiento desordenado y casuístico de las diferentes constelaciones de casos, tomando elementos del tipo objetivo o subjetivo dependiendo de los presupuestos fácticos de cada uno, y obstaculizando la comprensión generalizada de los límites inferiores de la complicidad.²²⁸

Nos manifestamos en contra de esta opinión, en cuanto no nos parece apropiado que el afán de sistematizar un tópico del Derecho penal resulte en la limitación de sus herramientas de análisis, de forma tal que no se permita incorporar todos los elementos que sean necesarios para resolver situaciones concretas. Para un Estado democrático es menester que la necesidad de arribar a soluciones mediante fórmulas simples y mecánicas ceda ante la complejidad de la realidad, permitiendo que el resguardo de los principios constitucionales permee el sistema hasta el punto que sea necesario, aun cuando eso signifique llegar a conclusiones diferenciadas en supuestos que se enmarquen dentro de la misma categoría estructural exterior.

Por esto, y como ya habíamos advertido, distinguiremos entre aquellas teorías mixtas que prioricen elementos del tipo objetivo y aquellas que prioricen elementos del tipo subjetivo para el análisis, denominándolas mixto-objetivos y mixto-subjetivos en cada caso, manteniéndose la salvedad hecha en páginas anteriores sobre la dificultad de la clasificación, que ha llevado a autores a diferir en el lugar que le corresponde a cada una de ellas²²⁹, y que

²²⁸ CARO JOHN, J. A. Op. Cit., p. 426

²²⁹ A modo de ejemplo meramente ilustrativo, dentro de tantos existentes en la doctrina, GRECO clasifica a la teoría de FRISCH como mixto-objetiva, mientras que ROCA DE AGAPITO la ubica dentro de las teorías

obliga a considerar a cada una en su propio merito, por no ser particularmente útil ponderar latamente su ubicación en el marco general.

1.2. La adecuación de la conducta

Manifestando su completo rechazo al concepto naturalístico de acción, WELZEL, como vimos en capítulos anteriores, incorpora la adecuación social de la conducta a su teoría de la acción finalista, señalando que “En la función de los tipos de presentar la “muestra” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, se refieren a la vida social, pero por otra parte, son inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se advierte la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del derecho penal: indican las formas de conducta que suponen una infracción grave de los órdenes históricos de la vida social.”²³⁰

A este se la ha criticado, por una parte, que existen contradicciones en el desarrollo de la noción de acción relevante para el derecho penal que construye, al introducir la idea de adecuación social con el propósito de que rijan e informen el concepto como tal, pero dotar de contenido al mismo valiéndose principalmente de la voluntad final en la ejecución como verbo rector para la valoración de la misma²³¹ y por otra, la poca claridad empleada por dicho autor al momento de asignarle un rol a la adecuación social en la teoría del delito, entendiéndola a veces como propia de revisarse en sede de tipicidad misma, y a veces como causal de justificación²³². Esto último resulta congruente, sin embargo, con la concepción finalista de la acción que caracteriza el pensamiento de WELZEL, cuyos detractores han

puramente objetivas. Sostenemos que es manifiestamente espurio construir fundadas críticas a la taxonomía utilizada por diferentes autores, prefiriendo remitirnos a los argumentos de fondo esbozados por estos

²³⁰ WELZEL, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores, pp. 84-88

²³¹ LESCH, H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen XLVIII, pp. 916-917. Para un acercamiento a la perspectiva de WELZEL que no niega necesariamente la contradicción, pero resalta lo inadecuado de criticar a dicho autor desde un punto de vista normativista-funcional, ver SACHER, M. (2005). ¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel? En: *Hans Welzel en el pensamiento de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores

²³² ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 242-243

observado que fracasa en superar el naturalismo que para muchos autores funcionalistas no tiene cabida en el sistema de Derecho penal de un Estado contemporáneo.²³³

A pesar de estas salvedades, el criterio de la adecuación social es clave como punto de partida para muchos autores, desde una perspectiva postfinalista de disvalor de acción con pretensiones de superar a la de disvalor de resultado, para abordar el problema de las conductas neutrales²³⁴. Lo que interesa ahora, por tanto, no es la crítica a WELZEL, pues el mismo advierte que la determinación de los límites de la punibilidad de las conductas en apariencia socialmente adecuadas no es una tarea fácil²³⁵, toda vez que existen conductas socialmente inadecuadas que por su falta de peligrosidad no puede afirmarse su punibilidad²³⁶, sino que la empresa de concretizar el criterio desarrollado por este en herramientas útiles para la teoría del delito.

RUEDA-MARTÍN, por ejemplo, ha explicado que la identidad estructural del mismo radica en la ponderación de intereses que concluye en la permisión, o no, de una conducta al comparar su utilidad social particular con la calificación de sus riesgos como socialmente soportables en atención al ámbito particular en que se desarrolla (deportivo, industrial, etc.). La autora española pretende superar la ponderación funcional-normativa de intereses²³⁷ para dar cabida a concepciones ético-sociales, jurídicas y políticas que sirvan como criterios de exclusión extrasistemáticos de disvalor de resultado, viniendo a corregir y complementar la valoración de la conducta sobre la base de la falta de disvalor de acción que tales criterios

²³³ LESCH, H. Op. Cit. pp. 918-919. Hay que mencionar que para muchos seguidores contemporáneos de WELZEL, esta crítica se debe a una comprensión deficiente de la teoría de la acción final. Al respecto, ver GRACIA, L. (2004). El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp. 6-7 y RUEDA MARTÍN, M. (2001). La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, N° 7

²³⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 141-142

²³⁵ WELZEL, H. *El nuevo sistema...* Op. Cit. p. 87

²³⁶ Piénsese por ejemplo en las lesiones que pudieren ocurrir por accidentes causados dentro de juegos sexuales de *bondage*

²³⁷ Contrastándose lo propuesto por esta autora, aun cuando se llegue a resultados similares en la mayoría de los casos, a la ponderación que realizan funcionalistas como ROBLES PLANAS y JAKOBS, por ejemplo, que, como vimos, al normativizar la utilidad social y los roles sociales, ponderan su utilidad frente a los fines normativos de manera tal que no habría cabida para valoraciones ético-sociales extrasistemáticas, las cuales serían insoportablemente prejurídicas para ellos, pero necesarias para esta corriente del finalismo

permiten verificar en esta²³⁸. Así, utilizando el ejemplo de una intervención quirúrgica que logra el resultado esperado, pero que lleva aparejada una afección necesaria e ineludible de bienes jurídicos explica que “Se niega, pues, la conducta típica de lesiones porque el sentido social de la acción del médico no es lesionar, sino curar y esto se determina a través del contenido de la voluntad del sujeto junto a la adecuación social”.²³⁹

1.3. La adecuación profesional

Siguiendo esta tendencia a dotar al concepto de adecuación social de un contenido suficiente para hacer distinciones precisas de punibilidad como respuesta al problema de las conductas neutras o cotidianas, se elabora el criterio de la adecuación profesional para, esta vez, darle mayor precisión al ámbito de aplicación del mismo. Según dicho criterio, aquella actividad profesional normal, neutra, socialmente aceptada y adecuada a las normas no tiene fundamento alguno que pueda dar lugar a que sea valorada como colaboración punible, aún en aquellos casos en que se inserte sustantivamente en un curso causal delictivo.²⁴⁰

La concretización del criterio de la adecuación social se daría, según HASSEMER, en el marco de cada sector determinado de acuerdo a las normas específicas elaboradas como respuesta al riesgo de cada ámbito, sin importar si las mismas se encuentran plasmadas en la legislación positiva, en reglamentos de cualquier clase o rango, o si incluso se observan de manera informal, siempre y cuando sean reconocidas ampliamente en la práctica social como los lineamientos reguladores del ejercicio profesional del área. Se requiere que estas se manifiesten como contornos normativos que evidencien la clase de conductas consideradas usuales, convenientes, profesionales, normales o, en último caso, inevitables para el desarrollo de la actividad profesional en cuestión.²⁴¹

El fundamento normativo de esta propuesta se encuentra en la relación entre las normas del Derecho penal y las sectoriales propias de cada ámbito, al estimarse que el

²³⁸ RUEDA MARTÍN, M. Op. Cit. pp. 449-457. Para esta autora existe una recíproca dependencia ontológica entre el disvalor de resultado y el disvalor de acción que debe conducir necesariamente a esta solución

²³⁹ RUEDA MARTÍN, M. Op. Cit. p. 459

²⁴⁰ WEIGEND, T. Op. Cit., p. 203

²⁴¹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. p. 98

Derecho penal como marco normativo de desaprobación de comportamientos debe reconocer la función estatal y social de cada actividad profesional, de forma tal que sus normas se interpreten de manera orgánica con las estructuras normativas previas que le otorgan sentido ontológico a la desaprobación punitiva posterior. Las reglas de cada sector, por tanto, concretan y complementan las normas del Derecho penal, deviniendo en que quien actúe de acuerdo a dichas reglas obtenga la presunción de comportarse atípicamente. Esta presunción puede ser quebrantada de dos formas: i) a través de la modificación de las conductas habituales llevadas a cabo dentro de cada sector de forma no adecuada a su marco normativo, favoreciendo el delito y; ii) cuando existe una adaptación de prestaciones a un curso causal delictivo.²⁴² Para valorar estas conductas excepcionales se ha señalado que HASSEMER abre la puerta a eventualmente admitir la posibilidad de distinguir entre dolo directo y eventual como herramienta de verificación de la tipicidad del injusto.²⁴³

1.4. La infracción de la norma de cuidado

Situándose en una perspectiva eminentemente casuística, a su juicio ineludible, para este tipo de supuestos, PUPPE resalta la importancia de las normas de cuidado relativas al tráfico de bienes y servicios que operan dentro de una sociedad particular. Esta autora no pretende dar con un criterio unívoco que permita soluciones generalizadas a amplios grupos de casos, sino que más bien busca identificar elementos útiles, en la práctica comunes a estos supuestos, para tener en consideración en la valoración de las conductas. En ese sentido, identifica la prestación de bienes y servicios de libre circulación como muy excepcionalmente punible, por oposición a la prestación de aquellos cuyo acceso es normativamente limitado, en inobservancia de sus deberes de cuidado, que llevará, por regla general, a conclusiones de complicidad punible cuando favorezcan la comisión de un delito. Las excepciones se verificarán en aquellos casos en que exista una proximidad tal a la ejecución del delito que la prestación, aun cuando no conlleve deberes de cuidado

²⁴² ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 99-101

²⁴³ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 139

particulares, importe un favorecimiento mucho mayor que su obtención por otro medio, ya sea por la proximidad espacial o temporal²⁴⁴, o el contexto en que ocurre el delito.²⁴⁵

Para analizar estas excepciones no habrá lugar a la distinción entre dolo directo y dolo eventual, sino que más bien se deberá atender al estado de ejecución del delito y a las condiciones específicas que posibilitan tal ejecución, pudiendo legítimamente valerse la valoración de los conocimientos especiales que tenía el colaborador en relación a la situación fáctica particular, sin obviar ninguno de los elementos que jugaban un rol en el injusto, para determinar la tipicidad del hecho del cómplice. Así, por ejemplo, si bien no está prohibido informar de las particularidades estructurales de una lujosa mansión dentro de una conversación regular, si lo estará en aquellos casos en que se entregue la información a una persona sobre la cual se sabe su participación habitual en robos de inmuebles.²⁴⁶

1.5. La eficacia de la contribución

WEIGEND, como vimos, al abandonar un intento de definir estos grupos de casos para establecer reglas generales de impunidad derivada de elementos externos comunes, de la forma en que lo hacen los defensores de tesis objetivas puras²⁴⁷, explica que para resolver la imputación a título de cómplice en los supuestos planteados por la doctrina al tratar estas materias debemos recordar los fundamentos del castigo del cómplice, resistiendo las nociones intuitivas *prima facie* de la inocuidad de estas actividades. Así, no es necesario que el comportamiento del colaborador se valore como *conditio sine qua non* del resultado lesivo, pero tampoco basta cualquier mínima influencia en este, puesto que tal comportamiento debe haber posibilitado, favorecido o facilitado efectivamente la producción del hecho principal.²⁴⁸

²⁴⁴ Por ejemplo, en el caso del ferretero que vende una pala justo en el lugar en que se lleva a cabo una violenta riña

²⁴⁵ GRECO, L. Op. Cit. p. 124

²⁴⁶ GRECO, L. Op. Cit. p. 125

²⁴⁷ Pues, como señalamos en capítulos anteriores, considera que dicha empresa es infructífera por lo insustancial de los criterios, y deviene en confusiones para el análisis sistemático de la punibilidad en diferentes supuestos de posible complicidad

²⁴⁸ WEIGEND, T. Op. Cit., pp. 202-208

Por ejemplo, no será imputable a título de cómplice la conducta de aquel que le entrega la llave de una casa para que entre a robar un ladrón si es que este último termina no necesiándola, pues no es punible el planificar una colaboración, sino que esta debe verificarse en el resultado final. De esta manera, WEIGEND señala que cada supuesto se debe resolver a través de los lineamientos que rigen el concepto de complicidad como tal, más que construyendo un concepto de acciones neutras o cotidianas sobre las cuales se establezcan luego reglas generalizadas de impunidad. Para este autor, el criterio principal para delimitar la complicidad es el “efectivo favorecimiento”, doloso, del delito, centrado en una delimitación cuantitativa de la complicidad (toda vez que las contribuciones o influencias mínimas no serían punibles) más que cualitativa.

Como defectos a esta delimitación cuantitativa, el profesor colonés identifica la falta de previsibilidad y vinculación intersubjetiva de sus soluciones. Sin embargo, señala que esto último no es necesariamente una desventaja pues, al renunciar a la pretensión de crear 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. Siguiendo esta idea, WEIGEND le atribuye especial importancia al aumento del riesgo efectivo concreto al bien jurídico creado por el que favorece el hecho²⁴⁹.

1.6. Exclusiva significación como integración en el injusto del autor

Señalando que la elaboración teórica del fundamento del injusto del partícipe que realiza ROBLES PLANAS es a su juicio la más elaborada de dichas propuestas²⁵⁰, MIRÓ-LLINARES sostiene que el tópico de las conductas neutras es de gran interés para comprobar lo pulido y acertado de esta novedosa noción respecto al injusto del cómplice, pues nos ofrece supuestos puntuales para revisar si en estos se verifica la realización de un

²⁴⁹ WEIGEND, T. Op. Cit., pp. 208-213

²⁵⁰ Que, como vimos, consiste en la fundamentación autónoma del injusto del partícipe, basada en el principio de autorresponsabilidad y opuesta a la doctrina mayoritaria, bajo el entendimiento de que todos los intervinientes realizan el hecho típico de la parte especial a través de un proyecto antinormativo conjunto, y su distinción en términos punitivos es solo con ocasión de las reglas de participación de la parte general, que lo sitúan como accesorio al ser solo posible desde el injusto del autor. MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 59-62

proceder antinormativo en cada uno de los intervinientes, valorado mediante la dotación de contenido del vínculo normativo entre autor y partícipe. Plantea, en este contexto, la imposibilidad sistemática de desatender en alguna medida, o en algunos supuestos, los conocimientos del colaborador para valorar su conducta en el marco del plan común, señalando que aun cuando los más radicales defensores de tesis objetivas lo nieguen, todos ellos han admitido la incumbencia de tales conocimientos de una forma u otra.²⁵¹

Esto lo lleva a cuestionarse la extendida utilización de la institución del observador ficticio construido ex post, sobre la base de determinadas concepciones de adecuación, como baremo frente a la conducta de los intervinientes que se origina en los comienzos de la teoría de la imputación objetiva. Menciona que le parece correcta la cada vez más común línea argumental de que solo tomando en consideración a la persona libre y particular, no comparable con un estándar ficticio, puede sostenerse la valoración de un hecho como un injusto penal²⁵², y advierte, en particular, la lucidez de la crítica de KINDHAUSER. Este último explica que “Puesto que el derecho no pone información alguna a disposición del destinatario de la norma en la situación de decisión, no se precisa de observadores objetivos, en tanto éstos no están dotados de los conocimientos fácticos y del saber nomológico del concreto destinatario de la norma”.²⁵³

Esto no deviene en un vuelco al finalismo, en cuanto estos conocimientos se incorporan al juicio objetivo a través del cual se valora la conducta como un injusto desde una perspectiva normativa-social, enriquecida con los datos relevantes del individuo concreto, pero enfocada en conclusiones de disvalor con una aplicación generalizada en atención a esta perspectiva, y no en función de los propósitos particulares subjetivos de los intervinientes.²⁵⁴ Concluye que la sanción al partícipe se funda en la valoración de su colaboración como un comportamiento con sentido único de integrarse en el injusto que era de otro, pero que con dicho comportamiento pasa a pertenecerle también a él. MIRÓ-

²⁵¹ MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 79-83

²⁵² MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 114-120

²⁵³ KINDHAUSER, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, p. 30

²⁵⁴ MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 150-151

LLINARES no desvía la mirada teleológica del injusto definido como tal a través de la calificación objetiva que se le asignen al comportamiento a través las valoraciones normativo-sociales pertinentes, las cuales seguirán siendo la medida en que se le da sentido al comportamiento de un individuo, pues lo relevante para el Derecho penal nunca será si el sujeto actúa o no subjetivamente motivado por formar parte del proyecto delictivo²⁵⁵.

La solución a la valoración de las conductas neutrales será entonces dada a partir de la base de estos criterios objetivos, debiendo dilucidarse si la conducta del sujeto puede valorarse como dotada de un único sentido social de integrarse en el injusto, sin considerar en caso alguno la intención del sujeto de favorecer el delito de otro, sino solo su voluntad de acción entendida como la capacidad de controlar su propio comportamiento. Las consideraciones relativas a la cercanía al injusto no deben verse como de índole temporal, sino que en relación al nivel de definición del injusto como consecución delictiva, para lograr estimar este sentido único social-normativo de integrarse en el mismo, como criterio relativamente restrictivo de delimitación de aquellas conductas que pueden clasificarse como participación delictiva punible pues, al igual que la mayoría de los autores que defienden tesis objetivas para estudiar el tema de las conductas neutrales, MIRÓ-LLINARES sostiene que esta limitación es necesaria para evitar la aplicación de un Derecho penal de la intención.²⁵⁶

2. TEORÍAS MIXTO-SUBJETIVAS

2.1. Grado de tendencia y finalidad objetiva del aporte

Las teorías mixto-subjetivas se caracterizan por dar entrada a la intención o grado de tendencia del colaborador como elemento relevante para la valoración de su conducta. Las teorías que se enmarcan dentro de esta categoría afirman que la peligrosidad de una conducta varía de acuerdo a si esta es realizada con imprudencia, dolo eventual o dolo directo, pues la representación diferida del interviniente que se verifica en dicha conducta en el plano cognoscitivo-volitivo repercute luego materialmente en resultados de mayor intensidad del

²⁵⁵ MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 164-168

²⁵⁶ MIRÓ-LLINARES, F. *Conocimiento e imputación...* Op. Cit. pp. 174-177

peligro concreto para los bienes jurídicos que defiende el Derecho penal²⁵⁷, lo que deviene en la necesidad de incorporar tal distinción a la valoración de todas las conductas potencialmente punibles, sin encontrar razones fundadas para excluir la complicidad dentro de estas.

Esta idea se conjuga con el interés en dilucidar la finalidad objetiva del aporte del potencial cómplice, pues resulta central para estos autores el determinar si la conducta de éste busca cooperar al injusto realizado por el autor para afirmar la imputación del colaborador. Esta tarea resulta notoriamente similar a la que se plantean los seguidores de criterios objetivos los cuales, sin embargo, prescinden de los elementos subjetivos en su análisis, bastándoles con la normativización, con diferentes grados de intensidad, de prácticamente todos los elementos del injusto. Aquí, por otra parte, sí se incluyen elementos que para estos últimos autores resultarían insoportablemente naturalísticos.²⁵⁸

2.1.1. La referencia de sentido delictiva

La idea de referencia de sentido delictiva que defiende MEYER-ARNDT se sustenta, como vimos también en otros planteamientos, en la licitud generalizada de aquellas conductas que mantienen un sentido legal y razonable más allá de la intención delictiva del autor, es decir, que aun cuando este abandone su plan delictivo el comportamiento del colaborador siga teniendo un sentido propio sustancial. Así, vemos como es un criterio muy similar al de FRISCH, el menos radical de los defensores de tesis objetivas, que incorpora conocimientos especiales y grado de tendencia sin que estos últimos elementos permitan por sí mismos afirmar la punibilidad de los comportamientos. Esto es, pueden encontrarse supuestos en que el colaborador sepa de las intenciones delictivas del autor y aun así no se afirme su calidad de cómplice.²⁵⁹

Así, debemos partir del entendimiento de que el límite a la punibilidad del cómplice se encuentra en la verificación de si su conducta es en sí misma típica, al no revestir un sentido social, económico o individual legítimo distinto a colaborar con el injusto del autor.

²⁵⁷ Esta idea se construye a partir de la teoría del dominio del hecho, que entiende que se le permiten menores riesgos a aquel que tiene el control sobre su producción en comparación al interviniente imprudente

²⁵⁸ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 305-307

²⁵⁹ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., pp. 68-69

RANSIEK señala que el hecho de tener la suficiente seguridad de que realmente se cometerá un delito debe entenderse como un presupuesto de la penalidad del cómplice en aquellos casos en que su comportamiento también tenga otros objetivos legales, puesto que de solo contar con la posibilidad o la mera sospecha de la eventual comisión de un delito, no existirá un deber especial (fuera de supuestos de posición de garante) del colaborador para comprobar y asegurar la utilización lícita de su aporte, y por tanto no se generará responsabilidad penal de su actuar. Esta relativa seguridad de la comisión del delito debe provenir de datos contextuales objetivos disponibles para el colaborador, entre los cuales se pueden incluir sus conocimientos especiales cuando transformen la peligrosidad objetiva de la situación, como por ejemplo en el caso de que el cliente le afirme al ferretero que utilizará el desatornillador que está comprando en el robo de una morada. Siguiendo esta línea, para este autor el que participa en la producción de medicamentos que se sabe generan peligrosos e insoportables efectos secundarios es tan cómplice como el que ayuda a un traficante a producir drogas ilícitas.²⁶⁰

Bajo una óptica similar a MEYER-ARDNT, RANSIEK plantea supuestos en que la contribución no es típica a pesar de saber que conlleva un incremento del riesgo en relación al curso causal lesivo que emprende el autor, entre ellos se encuentra: i) relación secundaria del aporte con la lesión al bien jurídico²⁶¹; ii) que la colaboración consista en la devolución de algo que ya estaba en poder del autor, que simplemente recupera; y iii) falta de relación especial entre la colaboración y el delito, en cuanto la primera sirve también a fines legítimos.²⁶²

2.1.2. La tendencia reconocible hacia el hecho

ROXIN encuentra en la referencia de sentido delictiva de MEYER-ARNDT un punto de partida sólido para elaborar sus consideraciones desde la imputación objetiva respecto a

²⁶⁰ RANSIEK, A. (2003). Colaboración neutral en organizaciones formales. En: *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, pp. 339-342

²⁶¹ Por ejemplo, aquel que le entrega un refresco a una persona particularmente deshidratada, el cual le facilita la realización de un extenso y complejo robo

²⁶² RANSIEK, A. Op. Cit. pp. 343-346. Por ejemplo, en el caso del empleado que se esmera en aumentar las ventas de la empresa, aun cuando sabe que el dueño de la misma comete fraudes tributarios para evitar pagar los impuestos que sus utilidades generan

este problema. El aumento del riesgo para el bien jurídico protegido es un requisito esencial, pero no suficiente por sí solo, para determinar la punibilidad del colaborador, toda vez que se requiere que este sea enriquecido con elementos subjetivos y objetivos para ser considerado un injusto imputable al potencial cómplice. Así, le parece central destacar que no es posible calificar conductas abstractas como dotadas, objetivamente, de un único sentido delictivo en prácticamente ningún caso, y critica a aquellos que pretenden que el asunto se solucione ya en el tipo objetivo, solo teniendo en cuenta como elemento de juicio si es que la conducta del colaborador aún tiene sentido de no llevarse a cabo el plan delictivo subsiguiente del autor. ROXIN ejemplifica señalando que la entrega de un arma siempre puede servir también para la legítima defensa, y que incluso el veneno más potente tiene potenciales usos no delictivos.²⁶³

En el plano subjetivo, si bien algunos señalan que ROXIN ha evitado seguir acudiendo a la distinción entre dolo directo y dolo eventual como foco de valoración de la conducta, como originalmente hacía, para evitar las críticas desde una perspectiva normativa a la validez de asignarle tanta importancia a la cualidad del dolo en la imputación²⁶⁴, que veremos en párrafos posteriores, lo cierto es que el autor ha seguido defendiendo la relevancia indispensable de distinguir entre grados de conocimiento y voluntad para llegar a conclusiones de punibilidad mediante una perspectiva que, en lo sustancial, sigue siendo en extremo similar a la que otrora defendía, solo que con distinta nomenclatura. Para ROXIN, si es que el aporte del colaborador es valioso para el autor solo con miras a su plan delictivo, y el colaborador lo sabe, entonces existe una clara referencia de sentido delictiva que permite valorar dicha conducta como complicidad punible, aun cuando sean imaginables otros usos no delictivos realizables por el autor. Aquí entra en juego el aspecto cognoscitivo-volitivo del colaborador, siendo de central importancia la seguridad que tenga este sobre la realización delictiva, puesto que la regla general será arribar a soluciones de punibilidad cuando este actúe con dolo directo, en comportamientos que muestren dicha referencia de sentido

²⁶³ ROXIN, C. (2006). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editora Jurídica Grijley, pp. 129-132

²⁶⁴ GRECO, L. Op. Cit. p. 112. Esta nueva terminología ha llevado a algunos a sostener una nueva inclinación hacia el tratamiento desde una perspectiva objetiva de estas conductas, así lo ve FEIJOO SÁNCHEZ, B. Op. Cit. pp. 385-387, lo que no compartimos por no parecernos que exista una desnaturalización de la teoría a través de estas variaciones

delictiva, y a impunidad cuando se actúe con dolo eventual, ya que en esos casos probablemente nos encontraremos frente a conductas que aparezcan como conductas legales, con un claro sentido lícito para el que las lleva a cabo²⁶⁵.

Desde una perspectiva objetiva, esta referencia de sentido delictiva debe ser fundada en antecedentes concretos de cada caso particular que revelen la probabilidad considerable de utilización delictiva del favorecimiento, y no en nociones abstractas relativas a la adecuación generalizada de la conducta, que permitan aseverar que el mismo no constituye ya una acción cotidiana legítima y socialmente aceptada, sino que un apoyo a la puesta en marcha de un reconocible curso causal lesivo. Aquí entra en juego el principio de confianza, el cual se manifiesta en que, en aquellos casos en que no existan indicios delictuales explícitos, y solo la posibilidad abstracta de que el aporte sea utilizado de esta forma, se excluirá desde ya la concreción del tipo objetivo, y por tanto la punibilidad, puesto que el colaborador puede legítimamente contar con que las conductas sucesivas serán ajustadas a Derecho, constituyendo su favorecimiento un riesgo permitido. Por otra parte, si existen dichos indicios, se podrá concluir que la conducta del colaborador es punible, aun en el supuesto en que este actúe solo con dolo eventual, por ser objetivamente caracterizada como dotada de sentido en referencia a la lesión de un bien jurídico protegido.²⁶⁶

2.2. Distinción entre dolo directo y dolo eventual

Como ya señalamos, LANDA GOROSTIZA explana el problema de las conductas neutrales mediante una nomenclatura utilizada para agrupar teorías que replicamos también por parecernos adecuada. Utiliza este esquema tanto en la exposición, como en la eventual crítica que realiza a las diferentes elaboraciones dogmáticas, advirtiendo que dicha clasificación no pretende obviar diferencias importantes entre teorías contenidas en una misma categoría.

Para este autor, en explícito rechazo a las teorías puramente subjetivas, es esencial reconocer que el contexto objetivo en que se desarrolla el favorecimiento del colaborador

²⁶⁵ ROXIN, C. *La teoría...* Ob. Cit., pp. 133-135

²⁶⁶ ROXIN, C. *La teoría...* Ob. Cit., pp. 137-139

debe ser entendido como potencialmente riesgoso más allá de los elementos internos atribuibles a dicho colaborador a la hora de realizar su aporte. Considera así que las tesis subjetivas suelen tener un fundamento que descansa en la teoría de la acción final, toda vez que le asignan especial valor a cuál es el objetivo que buscaba cada interviniente a la hora de calificar su conducta. Para LANDA GOROSTIZA esto repercute en que se enfrenten a la inabordable tarea de filtrar correctamente las conductas punibles en el tipo subjetivo, mediante una operación que sin ser informada por los elementos contextuales del tipo objetivo resulta del todo estéril para calificar adecuadamente un comportamiento, deviniendo en lagunas tales que la resolución práctica de casos se transforme en pura arbitrariedad para los operadores jurídicos, tendiendo a mezclar de forma inaceptable las valoraciones éticas y morales de estos últimos con los fundamentos normativos a través de los cuales se determina la punibilidad de las conductas.²⁶⁷

Al aludir a las tesis objetivas, explica que los autores que defienden estas posturas tienden a argumentar la exclusión de elementos de análisis que juzgan irrelevantes, en particular, en lo referido a los conocimientos especiales²⁶⁸. Desde ahí, critica la inflexibilidad de rehusarse a enriquecer los criterios de imputación por el temor a convertir el Derecho penal en instrumento de censura moral e ideológica, toda vez que considera que este proceder es necesario para entender el comportamiento humano como una unidad objetivo-subjetiva, y que tal labor no tiene por qué derivar en un reproche de actitudes internas. Examina la posibilidad de que los autores funcionalistas más radicales estén sobre reaccionando al finalismo en tal medida que cometan excesos en la calificación desnaturalizada de impunidad de comportamientos que tienen un sentido ineludiblemente delictivo, pero que el ahínco sistematizador normativo que envuelve sus planteamientos, contruidos desde el rechazo tajante a cualquier intromisión del Estado en el fuero interno de las personas, los lleve a sostener su adecuación a Derecho.²⁶⁹

²⁶⁷ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 225-226

²⁶⁸ Aun cuando el grado en que estos se consideren varíe entre los autores, debiendo matizarse la crítica en cada caso

²⁶⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 228-230

Descartadas ya las teorías puras, LANDA GOROSTIZA, aborda la desatención de las teorías mixto-objetivas al *grado de tendencia* plasmado en las conductas, a pesar de la correcta inclusión de los conocimientos especiales en sus postulados. Esto lleva a resultados en que el tipo, ahora ampliado por incorporar tales conocimientos, se extienda en demasía, presentándose riesgos derivados de no limitar la punibilidad en aquellos casos en que el colaborador tiene un conocimiento puramente eventual. Aquí vemos como este enriquecimiento limitado del tipo puede llevar justamente a las arbitrariedades y excesos de intervención penal que los defensores de las tesis objetivas advertían, aun cuando algunos de estos autores añadan criterios complementarios que resulten en un mejorado filtro de conductas, el cual, sin el grado de tendencia, sigue resultado insuficiente.²⁷⁰

Para este autor distinguir la modalidad de dolo resulta esencial para construir un filtro capaz de sacar a la luz el verdadero sentido de un comportamiento en apariencia inocuo y/o adecuado a un rol profesional. No es esto una insostenible confusión de tipo objetivo y subjetivo, pues el dato del conocimiento sobre la naturaleza segura o eventual de la resolución delictiva ajena es necesario para informar y describir la realidad de forma tal de permitir una adecuada valoración normativa desde el juicio de peligrosidad de la conducta, aun cuando esos mismos elementos sean valorados con posterioridad en el tipo subjetivo, pues “La intención es una auténtica garantía objetiva de eficacia que permite asegurar en mayor medida que la parte del riesgo que depende del sujeto se vaya a materializar: es más fácil - probable- que se produzca un determinado resultado si se persigue”²⁷¹

Con todo, la concurrencia de dolo eventual no lleva a conclusiones necesarias de impunidad, como pretendían OTTO y AMBOS²⁷², y, por otra parte, el dolo directo solo sirve como una pista clave, pero no definitoria de punibilidad. Debemos conjugar estos datos subjetivos con elementos objetivos-normativos informados por las normas penales y el ordenamiento jurídico en su conjunto, tales como: i) la cercanía al hecho; ii) la determinación

²⁷⁰ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 231-234

²⁷¹ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 235

²⁷² Aun cuando se establezca una regla general de impunidad para esta modalidad del dolo, aplicable al grueso de los supuestos prácticos, la cual puede, sin embargo, ser quebrantada verificando la concurrencia de dolo eventual acompañada de los elementos objetivos indicados por este autor que informen un grado de peligrosidad intolerable en la valoración normativa global. LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 239

positiva de impunidad de actos preparatorios tomada por el legislador en relación a ciertos delitos²⁷³; iii) la importancia relativa del bien jurídico y su jerarquía normativa; y, en menor medida, iv) el cumplimiento de la normativa sectorial no penal, el cual en ningún caso podrá sustituir el juicio de peligrosidad realizado bajo parámetros propios del Derecho penal.²⁷⁴

3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS TEORÍAS MIXTAS

Como respuesta a los criterios expuestos por los finalistas contemporáneos, ROCA DE AGAPITO explica que es común la crítica, de carácter general, a la adecuación social de ser un concepto carente de significado propio e impreciso en cuanto a su contenido como herramienta de valoración.²⁷⁵ ROBLES PLANAS refuerza lo planteado señalando que dicho criterio ha sido formulado por WELZEL de forma demasiado vaga para considerarlo como una herramienta que demuestre alguna utilidad a la hora de determinar la relevancia penal del riesgo creado por acciones de colaboración. Al revisar los intentos de RUEDA-MARTIN por precisar el contenido de tal criterio, estima que es claro en la forma en que esta autora aborda algunos supuestos que estos intentos no son más que una aproximación subjetiva a la valoración de conductas de colaboración pues, en los ejemplos del vendedor de armas y el panadero que vende un pan a utilizarse para envenenar a alguien, dicha autora concluye que la manera en que se debe ponderar si dichas conductas resultan socialmente adecuadas o no es mediante el contenido de la voluntad de tales colaboradores. Si por alguna circunstancia estos llegan a tener conocimiento de que se involucrará un bien jurídico distinto al presupuestado, entonces se modifica también la adecuación social de su aporte, por verse alterados los presupuestos que sirven de base para la valoración.²⁷⁶

En cuanto a la adecuación profesional, no convence tampoco la observancia de la normativa sectorial como pretendido escudo frente al juicio de disvalor de acción, por ser tal comportamiento adecuado a la norma. Que un comportamiento particular sea practicado y

²⁷³ Como ocurre con la tentativa de hechos constitutivos de faltas en nuestro derecho, por lo dispuesto en el art. 9º, en relación al art. 7º de nuestro Código

²⁷⁴ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 236-238

²⁷⁵ ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., p. 243

²⁷⁶ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 95-97

observado con regularidad dentro de un ámbito profesional no da lugar a sostener su impunidad penal, ni tampoco la infracción de sus normas a sostener la existencia de complicidad. HASSEMER admite esto y, por consiguiente, alude a la necesidad de constatar indicios concretos objetivos de que la acción sea antijurídica como criterio complementario, sin lograr desarrollar adecuadamente cuales serían estos indicios, concluyéndose la vaguedad e imprecisión del criterio de la adecuación profesional.²⁷⁷ Estas mismas críticas se dirigen a la noción de infracción de norma de cuidado como perspectiva de valoración, que no muestra una consistencia interna en la resolución de los distintos supuestos que permita comprender la manera en que se desarrolla la solución, tendiendo a la arbitrariedad casuística.²⁷⁸

Como crítica al planteamiento cuantitativo de WEIGEND, podemos aludir a lo señalado por ROBLES PLANAS en relación a los criterios de imputación de la complicidad basados en el incremento del riesgo, en cuanto a lo poco satisfactorias de sus soluciones. Para el profesor barcelonés no es legítimo ampliar la punición a situaciones sin un sentido de disvalor jurídico-normativo sobre la base de consideraciones empíricas, siendo el caso de las colaboraciones anteriores a la tentativa donde esto se evidencia con mayor intensidad pues, por ejemplo, aquel que le entrega un arma a otro que planea cometer un delito durante la semana siguiente no crea ningún riesgo jurídicamente desaprobado, a pesar del aumento significativo de dicho riesgo, toda vez que hasta ese momento el injusto solo existía en la cabeza del autor.²⁷⁹ Esto deviene en que el criterio se deba enriquecer, para obtener conclusiones normativamente válidas, con otros criterios adicionales de carácter cualitativo, trasladando la discusión de los límites de la punibilidad a estos últimos, a riesgo de llegar a resultados en extremo dependientes de la discrecionalidad del interprete.²⁸⁰

Se ha observado del planteamiento de MIRÓ-LLINARES lo particularmente restrictivo de la idea de injusto de complicidad con un sentido único de integrarse en el injusto del autor, toda vez que puede llevar a conclusiones de impunidad en casos en que exista un

²⁷⁷ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., pp. 41-42.

²⁷⁸ GRECO, L. Op. Cit. pp. 125-126

²⁷⁹ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 106-107

²⁸⁰ BLANCO CORDERO, I. *Límites...* Op. Cit., p. 99

favorecimiento particularmente doloso, pero a la vez particularmente indefinido²⁸¹. En sentido contrario, también se ha observado que este autor admite la punibilidad de la complicidad imprudente, lo que potencialmente conduciría a soluciones atentatorias contra el principio de accesoriedad y político-criminalmente contradictorias.²⁸²

En cuanto a las teorías mixto-subjetivas, se les ha criticado que la incorporación de múltiples criterios, con aparente falta de claridad en la construcción dogmática de los aspectos de la teoría del delito que resultan o no relevantes en la generalidad de los supuestos, y como estos operan entre ellos, traería como consecuencia una vasta ponderación de distintos elementos que deberán ser considerados en cada caso concreto, sin un hilo conductor a través del cual guiar el análisis para llegar a conclusiones estandarizadas de punibilidad y creación de riesgos desaprobados aplicable a las conductas neutrales. De aquí se desprende la crítica derivada de la naturaleza casuística de las teorías mixto-subjetivas, las cuales atentarían contra la seguridad jurídica en la aplicación concreta del Derecho, y perderían todas las ventajas de las soluciones sistemáticas de una teoría general, tales como simplificación, uniformidad, previsibilidad, entre otras. Aun cuando se esgrima el argumento de que estas soluciones al menos resuelven con precisión los pocos supuestos que abordan, este es un nimio consuelo, toda vez que la cantidad de casos, y sus diferentes circunstancias, que van apareciendo en el quehacer jurídico con mucho supera la utilidad de visiones aplicables a hechos ya acaecidos²⁸³.

También se ha criticado a las tesis mixto-subjetivas por contener defectos metodológicos en su aplicación. Considerando que, en un Estado de Derecho, el Derecho penal depende del hecho típico, entendido como una conducta calificada objetivamente que debe ser completamente realizada, como punto de partida para el análisis, no se podría hacer

²⁸¹ Piénsese, por ejemplo, en el *doxing*, consistente en exponer datos personales, en particular la ubicación, de una persona a sus detractores a través de internet. No sería satisfactorio afirmar la impunidad de aquel que investiga, con la ayuda de herramientas virtuales, la dirección personal y los horarios y actividades habituales de una persona para luego publicarlos en un foro en línea repleto de virulentos detractores de la misma con un historial de conductas ilícitas, resultando en lesiones graves causadas por un tercero que se vale de esa información para atacarla

²⁸² ROCA DE AGAPITO, L. Op. Cit., pp. 300-302. Este autor insta a MIRÓ-LLINARES a desarrollar más claramente esta noción de complicidad imprudente, considerando sus potencialmente enmarañadas consecuencias

²⁸³ GRECO, L. Op. Cit. pp. 110-112, 114, 116-117

depender de la concurrencia y cualidad del dolo la valoración objetiva de tal conducta, toda vez que resulta inadmisibles el resignificar el aspecto objetivo de un comportamiento teniendo en consideración elementos subjetivos, los cuales deben ser verificados necesariamente con posterioridad al aspecto objetivo base de la imputación. Así, los críticos de estas posturas rechazan categóricamente, desde el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, el castigo a las intenciones y conocimientos especiales que no repercutan en manifestaciones exteriorizadas concretas y objetivas de peligrosidad. Esto es, no comparten la idea de que el vínculo objetivo-subjetivo de lugar a alteraciones necesarias de la peligrosidad de la conducta derivadas del grado de tendencia y los conocimientos especiales del sujeto, sino que exigen²⁸⁴ que este aumento de peligrosidad pueda ser demostrado sin recurrir en ningún momento a los elementos internos del interviniente.²⁸⁵

Frente al recurso basado en distinguir entre dolo directo y dolo eventual como uno de los principales criterios de análisis de grupos de supuestos, se ha manifestado, como crítica también aplicable a los criterios puramente subjetivos, que si es que el legislador no se ha preocupado de establecer diferencias relevantes para la punibilidad sobre la base de la concurrencia de uno u otro tipo de dolo, entonces no se encuentran razones para construir una solución con ese énfasis.²⁸⁶ En esa línea, se ha dicho que no puede hacerse depender la calificación de una conducta como comportamiento impune de la existencia de dolo directo, dolo eventual o imprudencia, puesto que si el riesgo permitido encuentra su fundamento en la utilidad social de los comportamientos, lo que determinará el nivel superior de tolerancia será la comprobación de que la conducta, en la forma objetiva que reviste, es estimada como aceptable y necesaria socialmente aun cuando lleve aparejadas consecuencias posiblemente lesivas²⁸⁷.

4. ANÁLISIS DE ALGUNA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA

4.1. Doctrina

²⁸⁴ Por razones que consideran de metodología necesaria, puesto que advierten lo inaceptable y peligroso de dotar de sentido al hecho típico base objetivo mediante el recurso a aspectos volitivos-cognoscitivos del sujeto en un Estado de Derecho respetuoso de garantías constitucionales básicas

²⁸⁵ ROBLES PLANAS, R. *La participación...* Op. Cit. pp. 64-65

²⁸⁶ GRECO, L. Op. Cit. p. 112

²⁸⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, M. Op. Cit., pp. 270-272

Son pocos los autores que se han referido al problema de las conductas neutrales en nuestro país de manera extendida. Esto es congruente con la relativa novedad y especificidad del tema en cuestión²⁸⁸, toda vez que, por una parte, contamos con un círculo reducido de especialistas que publican habitualmente textos de dogmática penal y, por otro, una fuente mucho más amplia de nuevas ideas que permean el ámbito de estudio de dichos autores, siendo cada vez mayor el tratamiento e incorporación de ideas provenientes de la sociología, filosofía y otros campos académicos que luego encuentran un vínculo de interés que resulte en su ponderación en sede de Derecho penal.

Con todo, nos limitaremos a estudiar la opinión de dos autores de bastante influencia y amplio reconocimiento en nuestro país que se han referido someramente al asunto, no pretendiendo en ningún caso que las ideas que expresan sean un reflejo del desarrollo dogmático generalizado entre nosotros, sino que únicamente con el ánimo de revisar las pinceladas que se han comenzado a dar al respecto de la cuestión en nuestro país, pues todavía no se ha generado un dialogo entre los expertos que permita si quiera llegar a conclusiones provisionales respecto a si una u otra opinión se posicionaría como dominante entre ellos.

4.1.1. Comentarios de VAN WEEZEL

VAN WEEZEL ha tratado la cuestión de las acciones neutrales a propósito de los delitos tributarios, lo que es del todo lógico en consideración a que resulta ser un contexto particularmente fértil para la constatación de conductas que a pesar de su apariencia adecuada a Derecho resultan en la afectación de bienes jurídicos protegidos. Repasando las normas pertinentes de nuestro Código Penal, alude a supuestos como el de una secretaria que escribe una declaración de impuestos que, por casualidad, le consta su falsedad o falta de integridad para ahondar en el asunto.²⁸⁹

²⁸⁸ Esto aplica en general para América Latina, encontrándose solo contados trabajos al respecto en la región, principalmente en Perú, Argentina y Brasil.

²⁸⁹ VAN WEEZEL, A. (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 78-79

El profesor de la Universidad Católica evalúa sucintamente las tesis desarrolladas al respecto, citando doctrina y jurisprudencia alemana, con la excepción de ROBLES PLANAS, mostrándose crítico de los criterios subjetivos, por cuanto no le parece satisfactorio como algunos de estos asignan el rol de dilucidar el asunto a la presencia de dolo directo en contraposición a dolo eventual, toda vez que tal distinción carece de tal relevancia explícita en la legislación positiva, resultando poco convincente exigir dolo directo para la sanción del cómplice cuando basta dolo eventual para reprochar al autor²⁹⁰. Por otra parte, realiza también una crítica de carácter político-criminal, al explicar que estos criterios podrían fomentar una peligrosa omnipresencia del Derecho penal, por las mismas razones que han señalado otros autores que ya revisamos. Las soluciones en el plano del tipo objetivo le parecen mucho más convincentes, notando que el razonamiento de JAKOBS, basado en el quebrantamiento de un rol social, es particularmente persuasivo aun cuando, como vimos, no admita soluciones tan esquemáticas como las teorías subjetivas. Excepcionalmente justifica la alusión a los conocimientos especiales, pero solo cuando el ordenamiento los ha valorado como pertinentes a la situación particular, similar a lo expuesto por FRISCH, ROBLES PLANAS y JAKOBS.²⁹¹

Admite, por último, la posible utilización de la causal de justificación del Art. 10 N° 10 y N° 12 del Código Penal, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, señalando, suponemos que por las mismas razones que vimos al tratar el tema en capítulos anteriores, que no es una solución material y procesalmente óptima, “pero que puede resultar viable en una primera etapa”. El hecho de que señale que la utilización de dicha causal pueda ser ¿temporalmente? satisfactoria resulta, a nuestro parecer, bastante confuso, pues no se entiende si con esto acusa la falta de desarrollo dogmático y jurisprudencial del asunto en nuestro país, concluyendo que por lo pronto convendría resolver algunos de estos casos en sede de antijuricidad mientras se vislumbra

²⁹⁰ En contra de esta crítica, en nuestro país, VIVEROS, M. (2013). Sobre los límites de la complicidad. En: *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 673-674, que no encuentra justificación suficiente para sostener esta necesidad de identidad de dolo, más allá de lo intuitiva que parezca

²⁹¹ VAN WEEZEL, A. Op. Cit. pp. 80-85

una respuesta de amplia aceptación en sede de tipicidad²⁹² o, por otro, si es que existe un planteamiento de *lege ferenda* similar al propuesto por ROBLES PLANAS, que permitiría entrever la solución en sede de tipo objetivo desde la legislación positiva al asignar deberes especiales de solidaridad en ciertos ámbitos especiales de peligro, que permitan llegar a soluciones de impunidad a *contrario sensu* cuando dichos deberes no existan. Con todo, no cabe duda de que VAN WEEZEL defiende una tesis objetiva respecto a estos asuntos, compartiendo las conclusiones de los autores funcionalistas aludidos.²⁹³

4.1.2. Postura de NÁQUIRA

NÁQUIRA trata el asunto en el Tomo II de su libro “Derecho Penal Chileno, Parte General” comenzando la exposición con una serie de casos de lo que él llama actuaciones neutras o normales de la vida de relación y exponiendo que estas se caracterizan por ser lícitas desde un punto de vista objetivo, pero con un fantasma de antijuricidad en su aspecto subjetivo, por el eventual conocimiento del colaborador del plan delictivo del autor²⁹⁴, al que asiste, por regla general, de forma indirecta. Luego, realiza una breve exposición de distintas teorías, evitando categorías macro de análisis y refiriéndose a ellas con términos específicos ad-hoc a cada una.²⁹⁵

Comienza con lo planteado por WEIGEND, refiriendo brevemente a su teoría de análisis desde el punto de vista de incremento del riesgo, para continuar con una escueta referencia a aquellos autores que han buscado la solución en causales de justificación relativas al ejercicio legítimo de un derecho, destacando la crítica hecha a estos sobre lo antisistemático de esta solución, que obvia los elementos basales del injusto para pretender

²⁹² Lo que para nosotros no se explica, en cuanto no tiene sentido que mientras se resuelva el asunto en sede de tipicidad debamos simplemente acudir a una causal de justificación solo por la mayor simplicidad aparente que esto supone, toda vez que por una parte es una perspectiva que evidentemente permite llegar a soluciones de impunidad adelantadas y en línea con los límites sancionatorios mayores propios de las tesis objetivas que VAN WEEZEL defiende, y por otra existen una serie de asuntos que resolver respecto a la aplicación de dicha causal, que no permitirían esta instrumentalización apresurada

²⁹³ VAN WEEZEL, A. Op. Cit. p. 85

²⁹⁴ NÁQUIRA, J. (2017). *Derecho penal chileno: parte general, Tomo II*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 320-321. Llama la atención que este autor elabore una conceptualización tan problemática del tema, pues al establecerla con carácter introductorio, previo a la presentación de las posiciones doctrinales al respecto, da la impresión de que sería ampliamente aceptada en doctrina lo que, como vimos, no es así

²⁹⁵ NÁQUIRA, J. Op. Cit. pp. 321-322

justificar una conducta mediante la remisión al cumplimiento de las normas que regulan cada profesión. Esto lo lleva a las soluciones planteadas en el tipo subjetivo, en donde alude a ROXIN y OTTO, los cuales, como vimos, han sostenido la importancia de distinguir entre conductas realizadas con dolo directo y eventual, criterio que no convence a NÁQUIRA, que hace eco de algunas críticas planteadas al criterio de ROXIN, a saber: i) lo poco fundamentado de diferenciar entre tipos de dolo, teniendo en cuenta que en cualquier caso el partícipe doloso siempre reconoce la “inclinación hacia el hecho” del autor; ii) la existencia de un deber de cuidado especial sin fundamento legal para el colaborador que advierte la probabilidad futura de actuación delictiva de un tercero y; iii) la falta de contenido concreto de la noción de “referencia de sentido delictiva”. Por esto, comparte el parecer de los autores que, al defender teorías objetivas, plantean que la constatación de que el colaborador haya sabido o podido saber el aprovechamiento ilícito de su aporte no deslegitima ni prohíbe la realización de un comportamiento objetivamente adecuado.²⁹⁶

Concluye que el problema de las conductas neutrales debe ser tratado en el ámbito del tipo objetivo. Sigue la idea de FRISCH de que, con miras a los fines del Derecho penal, el hecho de que un comportamiento se realice con una determinada intención no deviene en un real efecto protector para los bienes jurídicos amenazados, toda vez que el autor, usualmente, podrá obtener estos favorecimientos de otras fuentes que no adviertan, o no puedan advertir la peligrosidad de su aporte. Por ello, NÁQUIRA se muestra crítico también de las soluciones construidas a partir del finalismo de WELZEL, que para él no logran dar un contenido y alcance a lo que será socialmente adecuado, como sí lo hacen algunos autores funcionalistas como ROBLES PLANAS. Así, también adscribe al razonamiento que sitúa las posiciones de garante como principal fuente de responsabilidad penal del partícipe, resultando en que, en aquellos casos en que estas no se configuren, deberá comprobarse que la conducta del colaborador se realice *a la medida* del plan del autor, tal como vimos al revisar los postulados del autor español recién referido, pues NÁQUIRA le concede razón tanto en estos aspectos, como en la propuesta *lege ferenda* de tipificar nuevos delitos en ámbitos especialmente peligrosos para los bienes protegidos por el Derecho penal.²⁹⁷

²⁹⁶ NÁQUIRA, J. Op. Cit. pp. 322-324

²⁹⁷ NÁQUIRA, J. Op. Cit. pp.325-330

Es interesante notar que si bien NÁQUIRA no cita a VAN WEEZEL en el comentado trabajo, ambos profesores de la Universidad Católica llegan a las mismas soluciones respecto a esta problemática²⁹⁸ que, nos aventuramos a concluir a riesgo de realizar generalizaciones no del todo fundadas, parecieran ser manifiestamente consecuentes con la menor intromisión estatal, de cualquier índole, en las actividades socio-económicas habituales y cotidianas de la sociedad que dicha casa de estudios acostumbra defender como principio generalizado, tanto desde la perspectiva del Derecho penal como del ordenamiento jurídico como tal y las demás ciencias sociales, en particular, la economía.

4.2. Jurisprudencia

Como se ha mencionado en páginas anteriores de este trabajo, la jurisprudencia nacional no ha realizado, que tengamos noticia alguna dentro de los fallos revisados en nuestra investigación, una manifestación explícita de alguna posición particular frente a las conductas neutrales como tópico de análisis. Aun así, creemos que podemos desprender de algunos de estos fallos la predominancia que le han dado, en la práctica, algunas sentencias de nuestros tribunales de justicia a los distintos elementos de la teoría del delito que están involucrados en casos concretos. Así, y de acuerdo a lo señalado anteriormente, no se pretende que la exposición de someros aspectos resolutivos de las sentencias que se analizan a continuación sea esclarecedora de la dirección que tomará el eventual desarrollo, si es que efectivamente lo hubiese, de las conductas neutrales, pues no existen aún precedentes suficientes para vislumbrar algún camino unívoco por el que se dirige la jurisprudencia en la comprensión de estos prolegómenos de la participación delictiva.

²⁹⁸ También se inclina por esta posición, de forma explícita pero no literal, PIÑA ROCHEFORT, igualmente profesor de Derecho penal de la Universidad Católica el cual, al sostener una noción funcionalista radical de los sistemas de imputación, trata los supuestos del vendedor de cuchillos que sabe que su cliente cometerá un asesinato pronto en el tiempo utilizando dicha arma, por que este se lo ha dicho, y del dueño de una ferretería que vende una pala que le consta se utilizará en una riña en curso afuera de su establecimiento. Este autor niega la tipicidad de ambas conductas basándose en la idea de que estos colaboradores simplemente se adecúan a las expectativas legítimas de su rol social, descartando la importancia de la existencia o cualidad del dolo, y de los conocimientos especiales de estos. PIÑA ROCHEFORT, J. I. Op. Cit. pp. 367-368

Realizaremos, de todas maneras, un breve análisis de dos causas que se enmarcan dentro de nuestro objeto de estudio, en las cuales se avistan ciertos razonamientos, más bien intuitivos, que han manifestado los sentenciadores al pronunciarse sobre las mismas, que pueden servir como una base para formarse una idea de cuál es la comprensión de autoría y participación, y los límites de esta última como tópico general de estudio, que se tiene dentro de los Tribunales de nuestro país, y si es que es razonable cuestionar algunos aspectos de esta.

4.2.1. Análisis sentencia T.O.P. abogado en quiebra fraudulenta

El primer análisis jurisprudencial que desarrollaremos será con ocasión de la sentencia de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral de Temuco en causa R.I.T. 026/2015 del 19 de mayo del año 2015. Dicho fallo tuvo como objeto el procedimiento llevado a cabo sobre la base de las acusaciones, fiscales y particulares, a M.V.L., matrona, R.R.K., técnico agrícola, y cónyuge de M.V.L., y C.M.E. abogado y asesor legal de larga data de R.R.K., que buscaban acreditar la participación de los tres, en distintos grados, en el delito de quiebra fraudulenta.

Los hechos que el Tribunal tuvo por acreditados, y que serán referencia fundamental para entender el enfoque del mismo en cuanto al tema de interés de este trabajo, son los siguientes: a) el 7 de junio del año 2001 se declaró la quiebra de R.R.K., siendo establecido como período de sospecha el comprendido entre este último y el 7 de junio del año 2000, y concurriendo acreedores, principalmente bancarios, de créditos ascendientes a más de \$900.000.000 de pesos, caucionados con diferentes garantías reales establecidas principalmente sobre inmuebles; b) en el referido período sospechoso, R.R.K. realizó operaciones sobre su patrimonio consistentes en: i) la formación de una sociedad colectiva civil junto a M.V.L. a la cual se le aportaron varios de los bienes caucionados por un monto total cercano a \$400.000.000 de pesos, señalándose en la escritura de constitución que la entrega material de estos se realizaría en el año 2050, entregándosele a M.V.L. el uso y goce de los mismos hasta esta fecha bajo la figura del censo vitalicio, con determinados cánones anuales. La minuta de dicha escritura fue redactada por C.M.E.; ii) la formación de una segunda sociedad colectiva civil que operó de idéntica manera, y cuya minuta fue redactada

también por C.M.E. Resulta importante notar que, en ambos casos, al ser sociedades colectivas civiles, no era necesario que estas fuesen publicadas; iii) R.R.K. vende sus derechos en ambas sociedades a su hermano por una suma cercana al 1% de su valor real, mediante escritura redactada también por C.M.E.; iv) R.R.K. y M.V.L. concurren a la formación de una sociedad por acciones, a la cual R.R.K. aporta inmuebles objeto de cauciones en nuda propiedad, dejando su uso y goce en manos de las sociedades civiles mencionadas en los puntos “i” y “ii”.; v) se realizan operaciones tendientes a confundir el uso, goce y propiedad sobre los inmuebles caucionados a través de su aportación a sociedades relacionadas, las cuales pertenecen a parientes de R.R.K. y M.V.L., y divisiones del uso y goce de estos bienes con su nuda propiedad, todas mediante más de veinte instrumentos redactados por C.M.E.

Estos hechos, según la acusación del fiscal a cargo, configurarían el delito de quiebra fraudulenta del inciso segundo del artículo 229° del Código Tributario, como también el de falsificación de instrumento público del artículo 193° N° 4, en relación al artículo 194° del Código Penal, por falsedad ideológica en la celebración de los contratos de sociedad. Así, R.R.K. sería autor de dichos delitos, mientras que M.V.L. y C.M.E. cómplices de los mismos.

La defensa de C.M.E., sin lugar a dudas la de principal interés para nuestro estudio, arguyó que la participación de éste en los hechos se restringió exclusivamente al estricto cumplimiento de sus labores profesionales, y que además ejerció dichas labores cuando R.R.K. aún no era declarado en quiebra, por lo que resultaría imposible concluir que colaboró en el ocultamiento de los bienes del fallido. En esa línea, solicitó su total absolución, toda vez que su intervención profesional no es ni puede ser delito de acuerdo al artículo 1° del Código Penal, tomando en consideración que los contratos señalados están expresamente permitidos por el artículo 2415° del Código Civil, y en ningún caso prohibidos, razón por la cual el Notario los autorizó y el Conservador de Bienes Raíces los inscribió. Profundiza explicando que solo los contratantes pueden configurar la figura típica, toda vez que sus asesores legales solo pueden estampar la voluntad de estos en los contratos, y no manifiestan una propia.

Con respecto a la acusación de haber participado en la comisión de un delito de falsificación ideológica al redactar las minutas de los contratos, exploya que la acusación carece de fundamento, en cuanto ese delito solo puede cometerlo quien faltó a la verdad en la confección del documento, esto es, el Notario que lo autorizó o quien hizo en él declaraciones ajenas a la verdad, y tal acción solo podría ser cometida por los firmantes del mismo.

Ventilados todos los asuntos relevantes para el correcto examen de la causa en comento, los jueces del T.O.P. de Temuco resolvieron absolver a C.M.E. en la sentencia, pues consideraron que no se ha probado, más allá de toda duda razonable, que haya participado lesivamente en la confección de las minutas de los contratos suscritos por R.R.K. y M.V.L. al accionar solo dentro de los márgenes de su función de asesor legal, limitándose a plasmar en los instrumentos en cuestión la voluntad de las partes, voluntad respecto de la cual, argumenta el tribunal, el dolo no se presume de acuerdo al artículo 1.459° del Código Civil. Ahondan en el punto señalando que C.M.E. redactó minutas para la confección de escrituras que contenían contratos reconocidos y normados por la ley, y que por su labor el abogado recibió honorarios que constan en boletas exhibidas ante el tribunal, y que no se comprobó que haya recibido beneficios adicionales con posterioridad al perfeccionamiento de los instrumentos celebrados.

Con estas circunstancias en mente, resulta adecuado comenzar con la revisión desde el punto de vista de la antijuricidad, en cuanto, como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, es un elemento de imputación que la mayoría de los autores han convenido debe descartarse sin más como un foco impropio de evaluación de estas conductas²⁹⁹, y por tanto establecer su injerencia en el fallo debiese ser simple. Así, entiendo que si se absolviese a C.M.E por esta vía nos encontraríamos frente a la figura de autoría mediata y actuación lícita del instrumento, debemos analizar si es que el tribunal entendió que C.M.E. fue un

²⁹⁹ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 10, conductas neutras de Miro Linares p.89, WEIGEND, T. Op. Cit., p. 203, entre otros.

instrumento que actuó amparado por una causa de justificación que no excluye la responsabilidad del hombre de atrás³⁰⁰.

La conclusión es que el tribunal no invoca referencia alguna a causales de justificación al valorar la punibilidad de la conducta del redactor de los instrumentos, sino que más bien establece la licitud *per se* de la conducta, esto es, si bien admite que existe un curso causal favorecido por C.M.E., este favorecimiento no es un incremento prohibido del riesgo frente a los bienes jurídicos protegidos por las normas objeto de la acusación fiscal y particular.

A nuestro parecer, y ahora enfocándonos en la utilización de referencias al tipo, tanto objetivo como subjetivo que hace el tribunal, se descartan también en su totalidad la existencia de consideraciones relativas al tipo subjetivo en el fallo, toda vez que no hay mención alguna a elementos como los conocimientos especiales, la imprudencia o dolo³⁰¹, y la clase de este último, ni siquiera con el propósito de descartar su concurrencia, en la valoración del comportamiento de C.M.E. al redactar las minutas que derivaron en la condena de R.R.K. y M.V.L. No queda más que concluir, entonces, que el fallo comparte los postulados de aquellas teorías que argumentan en pos de una solución basada en elementos objetivos, coincidiendo en que ahí donde el individuo lleva a cabo un comportamiento externamente neutral, adecuado, y socialmente aceptado (ya sea debido al rol que este cumple, o a la observación de los límites normativos objetivos que gobiernan su actividad laboral), no hay espacio para dirimir sobre las características personales que informaron dicho comportamiento, pues es del todo irrelevante el grado de conocimiento que pudiese haber tenido sobre las posteriores operaciones de su cliente, o la representación del plan de este último atribuible a C.M.E. Este razonamiento sería indudablemente compartido por ROBLES PLANAS, FRISCH³⁰², JAKOBS y VAN WEEZEL y NÁQUIRA en nuestro país.

³⁰⁰ DONNA, E. (2002). *La autoría y la participación criminal*. 2° ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 54

³⁰¹ Excepto por la absurda referencia a la normativa civil que relativa al dolo, que parece servir más como elemento objetivo de adecuación normativa que como consideración subjetiva

³⁰² Este último con mayores matices, pues es más propenso a admitir la valoración de los conocimientos especiales

Posteriormente al fallo condenatorio, fue interpuesto un recurso de nulidad ante la Excma. Corte Suprema (en adelante, C. S.), sin embargo, este fue desestimado por omisión de aspectos formales en su interposición, lo que deviene en que su examen no revista mayor interés en relación al tema que nos convoca.

Al respecto, críticamente, podemos señalar que, como bien dice LANDA GOROSTIZA, las normas extrapenales si tienen un rol relevante que jugar pues “Se trata en definitiva de analizar la coordinación entre los distintos ámbitos jurídicos con la esfera penal a la hora de valorar si la conducta habitual, cotidiana, desarrollada en el ejercicio de la actividad laboral y con aparente respeto de la regulación sectorial, supone ya un manto legitimador suficiente que debe operar negando la posible relevancia penal de la conducta”³⁰³, frente a lo cual la respuesta, como vimos, debe ser necesariamente negativa. Resalta aquí la inflexibilidad de estas teorías, manifiesta en la sentencia en comento, al negar la valoración de los conocimientos especiales en contribuciones durante fases delictivas preparatorias, aun cuando, como vimos, los indicios objetivos que informen el conocimiento subjetivo del colaborador pueden dar cuenta de una situación de riesgo de distinta cualidad objetiva de aquella en que estos indicios no existen.

No nos parece, por tanto, que sea legítimo sostener la falta de tipicidad verificada en la conducta de C.M.E., toda vez que a través de su comportamiento favoreció notoriamente la lesión a bienes jurídicos protegidos bajo un necesario conocimiento de estar formando parte de un plan delictivo, en atención tanto a los múltiples documentos que redactó como a sus conocimientos especiales como abogado de larga data de los demás intervinientes. Esta conducta, para un Estado de Derecho orientado a la protección de bienes jurídicos frente a comportamientos libres y voluntarios de sus individuos, no debiese poder ser valorada como impune solo por ajustarse a la normativa civil y por el carácter de usuales de las prestaciones realizadas en el ejercicio de la profesión de abogado, elementos que no revisten mayor importancia en el análisis que aquellos propios del Derecho penal, como la contribución sustancial a lesión a los bienes jurídicos y los aspectos subjetivos que informan el injusto penal.

³⁰³ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. p. 14

4.2.2. Análisis sentencia de recurso de casación en el fondo Taxista en microtráfico

En este segundo análisis, comentaremos aspectos relevantes al tema objeto de este trabajo de las conductas valoradas en la causa Rol N° 68.915 del Segundo Juzgado del Crimen de Chillán, que fue llevada a segunda instancia a través de recurso de apelación interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Chillán, y recurrida nuevamente con posterioridad. Nos interesa en especial el fallo del recurso de casación en el fondo, interpuesto por el Fisco de Chile con ocasión de la sentencia de segunda instancia, pronunciado por la Segunda Sala de la C.S., en el cual nos enfocaremos para analizar los criterios utilizados por los sentenciadores a la hora de tratar con este tipo de conductas de colaboración.

En esta causa se buscaba determinar si existía participación delictiva de J.A.L. como autor, y H.M.G. como cómplice, en el delito de tráfico de estupefacientes contemplado en el artículo 5° de la Ley N° 19.366, de acuerdo a los siguientes hechos que se tuvieron por probados: i) H.M.G. transportaba en un taxi que utilizaba regularmente, al desempeñarse como taxista, a personas que transportaban clorhidrato de cocaína; ii) J.A.L. no estaba en dicho vehículo, pero las personas transportadas eran conocidos asociados de él y, durante el trayecto utilizaban términos propios del tráfico ilícito de estupefacientes; iii) H.M.G. transportaba ocasionalmente a dichos sujetos, con ocasión de su oficio, no manifestándose al respecto de las conversaciones que estos llevaban a bordo del taxi, pero estando en conocimiento del plan delictivo que estos desarrollaban, no poniendo obstáculo alguno a la colaboración que realizaba al mismo a través del servicio de transporte que les brindaba.

En el fallo de primera instancia, se condenó a J.A.L. como autor, y H.M.G. como cómplice del delito de tráfico de estupefacientes, frente a lo cual se interpuso un recurso de apelación que, en la segunda instancia incoada, derivó en la revocación de la sentencia de primera instancia, dictándose una de reemplazo en la que se mantuvo la condena de J.A.L. como autor, pero se estimó que la participación de H.M.G. fue de encubridor, condenándose al mismo como tal. El caso en cuestión, más simple que el anterior, no presenta tampoco

consideración alguna relativa a la antijuricidad³⁰⁴, por lo que nos abocamos a revisar las consideraciones relativas al tipo que realiza la C. S.

El Fisco de Chile, a través del recurso interpuesto, argumenta que se comete un error de derecho por parte de la Corte de Apelaciones, en cuanto yerra al calificar la intervención de H.M.G., toda vez que este cooperó en la ejecución del delito por actos anteriores o simultáneos a su realización, por lo que debió tenersele como cómplice en vez de encubridor. Al concederle la razón a esta argumentación, la C.S. tiene en cuenta especialmente el hecho de que H.M.G. traslado en el móvil que conducía como taxista sospechando, al menos, de sus actividades criminales, puesto que ocultó en dicho automóvil elementos para la perpetración del delito, por lo que se puede desprender que auxilió a los autores en la verificación del hecho punible.

Vemos como en el fallo de segunda instancia no se consideró el traslado del autor como conducta punible, por ser el simple y legítimo ejercicio del oficio de taxista, sino que se valoró solamente el acto de ocultar los estupefacientes al calificarse la conducta de H.M.G. como encubrimiento. Al fallar la casación se corrige esta situación³⁰⁵, haciéndose hincapié en el elemento subjetivo del grado de conocimiento atribuible a H.M.G. sobre el plan delictivo del autor, que resultaría, para los sentenciadores, en que la verificación de estos aspectos internos sumada a la realización de actos adaptados a dicho plan, como esconder los papelillos de cocaína transportados, devenga necesariamente en calificar su conducta como complicidad punible. Se advierte, por tanto, el empleo de un criterio mixto de valoración de la conducta del colaborador por parte de los sentenciadores de la C. S., puesto que argumentó que se comprobó un aumento causal del riesgo jurídicamente desaprobado por parte de H.M.G., aun cuando este no haya sido *conditio sine qua* non del resultado, sino que solo una

³⁰⁴ Resultaría improbable que existiesen, pues no se ha desarrollado una noción doctrinaria y jurisprudencial tan difundida de los prolegómenos de la adecuación del oficio de taxista, como sí se ha hecho lo propio con la del abogado

³⁰⁵ Nos parece acertado utilizar la expresión *corregir* para referir, al menos, al resultado de punibilidad, más allá de la argumentación que se utiliza en el fallo del recurso de casación. Esto pues, aun si no se consideraran elementos subjetivos, se debiese llegar a la valoración de la conducta como de cómplice, pues existe una clara y sustancial adecuación objetiva al plan delictivo en el momento en que H.M.G. esconde los referidos estupefacientes, lo que a todas luces escapa del ejercicio de su oficio, y se convierte en una adaptación ad-hoc a las necesidades del autor

influencia sustancial desde la perspectiva del aumento del riesgo y de las posibilidades de éxito del injusto, en la configuración concreta del mismo, de forma tal que sin su aporte el mismo hubiese revestido distintas características, menos gravosas³⁰⁶.

Esta valoración se enriquece con el grado de conocimiento atribuible a H.M.G. el cual, para la C.S., siguiendo un razonamiento similar a ROXIN, contiene una fundada sospecha del sentido delictivo del comportamiento del autor, que se veía favorecido por su aporte, estimado a través del juicio realizado valiéndose de elementos concretos que permiten atribuir tal grado de conocimiento, y complementando lo señalado en cuanto al tipo objetivo. Rescatamos lo planteado por este último autor, pues el mismo ha desarrollado, dentro de su obra relativa a la complicidad, el análisis del supuesto en que un taxista lleva a un pasajero que pretende llevar a cabo un plan delictivo, señalando que el comportamiento de tal conductor es punible por solo tener sentido y utilidad para dicho pasajero en la medida en que le sea útil para la realización de su plan, y el taxista está al tanto de aquello. Las conclusiones serían distintas en el caso en que, por ejemplo, se le suministre pan y carne a un burdel, el cual tendría un significado diferente a promover la prostitución³⁰⁷. Nos parece así, correcto el análisis realizado por nuestra C. S., la cual incorpora todos los elementos del delito para la revisión del caso concreto.

³⁰⁶ TAVARES LOBATO, J. Op. Cit. pp. 81-83

³⁰⁷ TAVARES LOBATO, J. Op. Cit. pp. 83-87. Este último ejemplo evidentemente alude al derecho alemán, toda vez que la regulación respecto a la prostitución es diferente en nuestro país

TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIONES FINALES

Como ya señalamos anteriormente, en este trabajo nos adherimos al fundamento del injusto elaborado desde el ataque accesorio al bien jurídico, el cual representa una postura intermedia entre aquella construcción dogmática que busca un vínculo directo con el injusto del autor para fundamentar el del cómplice, que no nos resulta satisfactoria en virtud de los principios constitucionales que informan el Derecho penal, y aquella que señala la completa autonomía del fundamento del injusto del cómplice, la cual nos parece hace un uso artificiosos de las instituciones que regulan la participación con el afán de sistematizar la teoría del delito para volverla impermeable a consideraciones extra normativas.

Estamos de acuerdo con LANDA GOROSTIZA en que el alejamiento estructural en relación al disvalor de resultado de la lesión o puesta en peligro de los actos de colaboración de las conductas neutrales, que por regla general consisten en favorecimientos en la fase preparatoria o en la fase inmediatamente posterior al comienzo de los actos ejecutivos, obliga a exigir un contexto delictivo que haga que el comportamiento del colaborador ya sea entendido como perteneciente a un curso causal delictivo, como fundamento normativo que conjugue el tener una consideración sustancial del hecho del autor, pero una fundamentación relativamente autónoma del injusto del partícipe.³⁰⁸

Frente a las críticas a las teorías mixto-subjetivas realizadas por los funcionalistas radicales bajo la premisa de que las mismas no tendrían una solidez estructural suficiente para permitir una valoración de conductas objetiva, que dé cuenta de que tipo de comportamientos son en sí mismos prohibidos y permitidos para una sociedad determinada, sin que se requiera una transgresión inaceptable al fuero interno de aquellos que los llevan a cabo para afirmar desde ya su peligrosidad objetiva, como pretenden dichos autores, sostenemos que este afán de propender a elaborar instituciones de Derecho penal con un grado de precisión estructural de tal entidad no debe ser un fin autónomo de nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que: i) no nos parece que lleve a una mayor consideración del ser humano como un fin en sí mismo, libre para tomar decisiones que sean juzgadas solo

³⁰⁸ LANDA GOROSTIZA, J.M. Op. Cit. pp. 222-224

por cómo afectan materialmente al resto, y no por el contenido de su psiquis, sus pasiones y pulsiones internas, y sus apreciaciones morales³⁰⁹ y; ii) no compartimos tampoco que esa sea la misión del Derecho penal, pues no creemos que este deba contener y dar cuenta de todos los límites normativos posibles *prima facie* del comportamiento social, mediante una armonía sistemática que trascienda las perspectivas de política criminal que tuvo en cuenta el legislador al momento de establecer normas de conducta.

No nos parece posible desterrar los valores de la sociedad ahí donde estos no se manifiestan como estructuras funcionales normativas, pues el emprender esta tarea con un afán clarificador que permita el desenvolvimiento libre del individuo en sociedad, desterrado como tal del Derecho penal para que este no lo limite más allá de lo que su estructura lo vincula con los roles que dicho individuo cumple con algún grado o no de habitualidad, deviene en la ausencia de sentido de los cimientos tales estructuras, las cuales no pueden ser dotadas de significado solo por las relaciones comunicativas existentes entre ellas, ciegas a los valores de referencia que les dan origen y, por tanto, más oscuras aún que las construcciones abiertas a consideraciones teleológicas que pretendían superar.³¹⁰

Es loable propender a la libertad del ser humano bajo el entendimiento de que al exponer el abanico de conductas permitidas y prohibidas *prima facie*, derivada de su configuración lícita objetiva, se le informa a este de tal manera que el ejercicio de su voluntad podrá enfrentar las potencialmente graves consecuencias punitivas de sus decisiones con la dignidad de poder haberlas previsto y asumido. Lamentablemente el costo de tal panorama es inviable para la adecuada integración teleológica de todas aquellas valoraciones que deben encontrar cabida en nuestro ordenamiento jurídico para atender a una justa convivencia social, más allá de la gran relevancia axiológica de la libertad como principio central del

³⁰⁹ Aquí destacamos la crítica al funcionalismo radical dirigida a su búsqueda implícita por establecer como fin del Derecho penal la autoconservación del sistema y la legitimación de la norma jurídica a costo de cualquier otro bien o interés social. En contra de esta crítica, justificando este proceder como necesario, desde LUHMAN y JAKOBS, ARRIETA BURGOS, E., y DUQUE PEDROZA, A. (2018). Una crítica a la crítica en contra del funcionalismo penal sistémico. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* de la Universidad Pontificia Bolivariana, N° 48

³¹⁰ Al respecto, véase ARIAS EIBE, M. J. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29 para una crítica más desarrollada al respecto

ordenamiento jurídico. Estamos de acuerdo con KINDHAUSER en que “... en una sociedad democrática, las normas descansan también y precisamente, en prestaciones intersubjetivas de entendimiento comunicativo para la coordinación justa de intereses, siendo con ello expresión de la autonomía política de los sujetos individuales de derecho”.³¹¹

Por estas razones, nos parece que la postura de LANDA GOROSTIZA, situada dentro de las teorías mixto-subjetivas, es la más depurada de las elaboraciones dogmáticas referidas a este tema. Ello por abordar críticamente las posturas que reconducen la valoración de la conducta al potencial conocimiento de la utilización delictiva del autor, mediante una injustificada presunción de peligrosidad, desprovista del grado de peligrosidad material real y concreto como garantía de lesividad, presupuesto necesario para legitimar la intervención penal como herramienta al servicio de la exclusiva protección de bienes jurídicos frente a peligros particularmente intensos. Como vimos, esto no constituye un vuelco hacia un derecho penal de la intención o de la actitud interna pues, como explica MAÑALICH, al referirse a la tentativa inidónea, pero manifestando conclusiones a nuestro parecer aplicables también al límite mínimo de punibilidad en la complicidad: “La naturaleza subjetiva de la falta personal descansa en el hecho de que tal falta se constituye sobre la base de algún conjunto de estados cognitivos, consistentes en actitudes proposicionales atribuibles al agente. Pero esto no significa que el nivel de descripción relevante del objeto (intencional) de esos mismos estados cognitivos haya de ser fijado por el agente mismo. Es la respectiva regla de imputación la que define cuál de las descripciones verdaderas del contenido representacional del conjunto de creencias del agente es privilegiadamente seleccionada para fundamentar la eventual atribución de responsabilidad jurídico-penal.”³¹²

En otro orden de cosas, y recordando lo expresado en páginas anterior, para autores como AMBOS estas diferencias existentes en la doctrina respecto a la ubicación sistemática de la cuestión dentro del tipo no devienen en soluciones de punibilidad distinta en la mayoría

³¹¹ KINDHAUSER, U. (2011). La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Buenos Aires: Euros Editores, p. 87. De particular interés es este texto en lo concerniente al desglose del fundamento material de la culpabilidad, desde una perspectiva crítica, que subyace a las tendencias de mayor aceptación contemporánea en doctrina

³¹² MAÑALICH RAFFO, J. P. (2017). La tentativa de delito como hecho punible: una aproximación analítica. En: *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, N° 2, p. 488

de los supuestos, por lo que la toma de posición frente a las mismas sería un problema más dogmático que práctico para el Derecho penal. Señala que los pocos casos prácticos en que la misma conducta podría ser calificada de impune por un sector y punible por otro refieren a aquellos en que el eventual cómplice tiene un conocimiento efectivo o casi efectivo de la intención delictiva del autor.³¹³

Aun si aceptásemos en parte esta conclusión, no nos parece un asunto de poca relevancia, en cuanto muchos de estos supuestos ocurren en el marco de lo que algunos llaman la nueva cuestión criminal, de relevancia estadística en aumento, y con implicancias severas para el futuro de nuestra sociedad. “La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es seguramente la criminalidad del poder. Un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades”³¹⁴ Pensemos en asuntos tales como operaciones empresariales de gran envergadura para obtener recursos naturales, las cuales, de manera relativamente regular a lo largo de nuestra historia, han considerado los potenciales daños medioambientales y personales que se generan para obtener estos réditos como consecuencias necesarias que todos debemos soportar si es que queremos alcanzar cierto porcentaje de crecimiento económico, caracterizado como completamente necesario para nuestro porvenir, pero altamente elusivo al mismo tiempo, por aquellos que lo plantean como objeto central de la gestión estatal.

Consideremos, en esa misma línea, las prácticas empresariales y profesionales propias de altas esferas de poder, en donde también es habitual que se burle el espíritu de la legislación sectorial específica debido a, por una parte, los notorios y manifiestos vínculos existentes entre personas que ocupan altos cargos dentro de importantes empresas, y aquellas que hacen lo propio dentro del aparato estatal, resultando en una regulación y fiscalización más laxa que la que podría esperarse de operar estas instituciones con un espíritu más democrático y satisfactorio para todos los individuos, y por otra, la asunción internalizada de las sanciones económicas que puedan resultar ocasionalmente de estas prácticas, aun cuando

³¹³ AMBOS, K. Op. Cit. p. 139

³¹⁴ FERRAJOLI, L. (2008). Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Volumen 58, N° 250, p. 20

tales sanciones se establezcan en atención al bienestar de todos aquellos que se ven afectados por este tóxico contexto.³¹⁵

En buena medida, existe un temor fundado desde una perspectiva político-criminal frente a argumentar la necesidad de aplicar penas restrictivas de libertad a personas que se comportan de un modo que resulta con generalidad adecuado dentro de una sociedad particular, pues es cierto que no existe la misma desatención por la norma y el ordenamiento jurídico en el comportamiento de, por ejemplo, una persona con rasgos agresivos que comete violentos homicidios con la del abogado que elabora documentos imprecisos con objetivos económicos defraudatorios que él ni siquiera aprovecha directamente. Ello, a nuestro parecer, más que una razón para inclinarse por las teorías objetivas de punibilidad restrictiva en estos supuestos, que no nos parecen las adecuadas por la falta de incorporación de todos los elementos del delito, puede ser una oportunidad para revisar con mayor atención la *dritte Spur* o *Tercera Vía*, propuesta por ROXIN, que cuestiona los castigos restrictivos de libertad como eje principal y foco central de los sistemas de Derecho penal contemporáneos³¹⁶.

El contenido de estos postulados, relativos a sanciones alternativas a penas de cárcel, excede con mucho el espacio que le podemos conceder en este trabajo, por lo que por ahora nos conformaremos con señalar que el sesgo intuitivo que deviene en el rechazo a disvalorar comportamientos enmarcados en el desempeño de actividades cotidianas, que forman parte de un sistema legitimado ampliamente, puede ser moderado mediante consecuencias alternativas al delito, que mantengan los elementos propios del sistema penal, y que resulten en que muchas de las eventuales condenas imputables a este tipo de complicidad resulten en, por ejemplo, trabajos en hospitales, asilos, reparaciones económicas, donaciones de mayor cuantía, reestructuraciones empresariales y servicios comunitarios de todo tipo.³¹⁷ Este punto de vista nos parece mucho más correcto que el que se sustenta en la negación de que

³¹⁵ Pues, dependiendo de la disposición al riesgo de los operadores empresariales, el cálculo económico podría resultar en que la relativa improbabilidad de la aplicación de sanciones ceda ante las grandes utilidades obtenidas por la actividad potencialmente lesiva

³¹⁶ GALAIN PALERMO, P. (2005). ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. En: *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, N° 3, pp. 184-189

³¹⁷ GALAIN PALERMO, P. Op. Cit., pp. 210-212

conductas que ilegítimamente amenazan a los bienes jurídicos que protege nuestra Constitución Política sean debidamente perseguidas en sede penal, por la impresión de asombro e inseguridad que causaría tal punición a una sociedad que está acostumbrada a que el sistema condene solo a aquellos que cumplen con un perfil específico de delincuente, o de individuo ajeno a nuestras pretendidamente virtuosas costumbres sociales.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMBOS, K. (2007). *Estudios de derecho penal y procesal penal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
2. AMBOS, K. (2008). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutras. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2° época, N° 8
3. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2000). *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Editorial Marcial Pons
4. ARIAS EIBE, M. J. (2006). Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical. En: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 29
5. AROCENA, G. “et al” (2013). *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal*. Buenos Aires, Hammurabi
6. ARRIETA BURGOS, E., y DUQUE PEDROZA, A. (2018). Una crítica a la crítica en contra del funcionalismo penal sistémico. En: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana*, N° 48
7. BASCUR, G. (2015). Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno. En: *Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile*, N° 23
8. BLANCO CORDERO, I. (1997). Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen L
9. BLANCO CORDERO, I. (2001). *Límites a la participación delictiva: las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Granada: Editorial Comares
10. BUSTOS RAMÍREZ, J. (1995). *El delito culposo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
11. CARO JOHN, J. A. “et al”. (2005). *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto

12. COUSO SALAS, J. (2018). Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema. En: *Revista Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, Año 24, N°1
13. COUSO SALAS, J.; HERNANDEZ BASUALTO, H. (2011). Código Penal Comentado: Parte General. Doctrina y Jurisprudencia, Santiago: Abeledo Perrot Legal Publishing Chile
14. CRAMTON, R. (1985). Ethical dilemmas facing today's lawyer. Publicado en línea por *Cornell Law Faculty's Publications*. [https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1026/?utm_source=scholarship.law.cornell.edu%2Ffacpub%2F1026&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages]
15. CURY URZÚA, E. (1992). *Derecho penal parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
16. DÍAZ Y GARCÍA, M. (2008) Autoría y Participación. En: *Revista de Estudios de la Justicia* de la Universidad de Chile, N° 10
17. DONNA, E. (2002). *La autoría y la participación criminal*. 2° ed. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores
18. FEIJOO SÁNCHEZ, B. (1999). *Imputación objetiva en derecho penal*. Lima: Editorial Jurídica Grijley
19. FERRAJOLI, L. (2008). Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. En: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Volumen 58, N° 250
20. FLETCHER, G. P. (2000) *Rethinking criminal law*. Boston: Oxford University Press
21. FRISCH, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons
22. GALAIN PALERMO, P. (2005). ¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. En: *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de la Rioja*, N° 3
23. GRACIA, L. (2004). El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*

24. GRAMÁTICA BOSCH, G. (2009). *Conductas neutrales: Estado de la cuestión*. Publicado en línea por el Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico [<http://ciidpe.com.ar/area1/conductas%20neutrales.gramatica.pdf>]
25. GRECO, L. (2017). *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*. Buenos Aires: Hammurabi
26. HIRSCH, H. (2005). Acerca de la crítica al finalismo. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LVIII
27. HORVITZ LENNON, M. I. (2007). Autoría y participación en el delito imprudente. En: *Revista de Estudios de la Justicia* de la Universidad de Chile, N° 10
28. JAKOBS, G. (1996). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc
29. JAKOBS, G. (2009). Dolus Malus. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4
30. JAKOBS, G., y STRUENSEE, E. (1998). *Problemas capitales del derecho penal moderno*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi
31. KINDHAUSER, U. (2008). El tipo subjetivo en la construcción del delito. En: *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4
32. KINDHAUSER, U. (2011). Infracción de deber y autoría: una crítica a la teoría del dominio del hecho. En: *Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile*, N° 14
33. KINDHAUSER, U. (2011). La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad. En: *Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Buenos Aires: Euros Editores
34. LABATUT GLENA, G. (1990). *Derecho Penal Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
35. LANDA GOROSTIZA, J.M. (2002). *La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana*. Granada: Editorial Comares S.L.

36. LESCH, H. (1995). Intervención delictiva e imputación objetiva. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen XLVIII
37. LÓPEZ PEREGRÍN, M. (1997). *La complicidad en el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch
38. LUZÓN PEÑA, D. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte general I*. Madrid: Editorial Universitas
39. MAÑALICH RAFFO, J. P. (2017). La tentativa de delito como hecho punible: una aproximación analítica. En: *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, N° 2
40. MATUS ACUÑA, J. P. (2008). Porque citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos. En: *Revista Política Criminal de la Universidad de Talca*, volumen 3, N° 5
41. MIRÓ LLINARES, F. (2009). *Conocimiento e imputación en la participación delictiva: Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*. Barcelona: Atelier
42. MIRÓ LLINARES, F. (2011). Intervención en actividades económicas ilícitas y conductas ¿neutrales? En: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* N° 1
43. NÁQUIRA, J. (2017). *Derecho penal chileno: parte general, Tomo II*. Santiago: Thomson Reuters
44. PALMA HERRERA, J. M. (2000). *Los delitos de blanqueo de capitales*. Madrid: Editoriales de derecho reunidas
45. PIÑA ROCHEFORT, J.I. (2005). *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Barcelona: J.M. Bosch
46. PUPPE, I. (1980). El resultado y su explicación causal en Derecho penal. En: *ZStW* 92
47. RAGUÉS I VALLÉS, R. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo. En: *Revista de Estudios de la Justicia* de la Universidad de Chile, N° 4
48. RANSIEK, A. “et al”. (2003). *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*. Lima: Editorial Jurídica Grijley

49. REYES VÉLIZ, J. (2010). *Manual de imputación objetiva*. Santiago: Editorial Metropolitana
50. ROBLES PLANAS, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid: Marcial Pons
51. ROBLES PLANAS, R. (2007). *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier
52. ROCA DE AGAPITO, L. (2013). *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch
53. ROXIN, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi
54. ROXIN, C. (2006). *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Editorial Jurídica Grijley
55. ROXIN, C. “et al” (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas
56. RUEDA MARTÍN, M. (2001). La adecuación social y el delito de detenciones ilegales. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2º Época, N° 7
57. RUSCONI, M. (2008). Límites de la participación punible: las llamadas conductas neutrales en el Derecho penal. En: *Nueva doctrina penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto
58. SACHER, M. (2005). ¿Rasgos normativos en la teoría de la adecuación social de Welzel? En: *Hans Welzel en el pensamiento de la modernidad*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores
59. SZCZARANSKI VARGAS, F. (2014). El rol de la retribución en una teoría de la pena como institución regulativa. En: *Revista Ius et Praxis* de la Universidad de Talca, Año 21, N°1
60. TAVARES LOBATO, J. (2016). *Teoría general de la participación criminal y acciones neutrales*. Lisboa: Juruá Editorial

61. TISNADO SOLÍS, L. (2018). *Fundamentos normativos de la intervención delictiva y responsabilidad penal*. Santiago: Editorial Hammurabi
62. VACCHELLI, E. (2015). La crisis de la accesoriedad limitada. En: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 14, N° 2
63. VAN WEEZEL, A. (2007). *Delitos tributarios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
64. VIVEROS, M. (2013). Sobre los límites de la complicidad. En: *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Santiago: Thomson Reuters
65. WEIGEND, T. (2002). Los límites de la complicidad punible. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2° época, N°10.
66. WELZEL, H. (1951). *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial Depalma
67. WELZEL, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. Buenos Aires: Euros Editores