

# **Prof. Dr. Ricardo Robles Planas**

Catedrático acreditado de Derecho penal  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Socio de la FICP

## **~Conductas neutrales\*~**

### **I.**

Las formas de participación en el delito han sufrido en los últimos años una importante revisión a la luz de un destacado grupo de casos: el constituido por las denominadas “conductas neutrales”<sup>1</sup>. En efecto, hasta hace un par de décadas, la doctrina concebía las formas de participación en el delito de manera causal-psicologicista. Así, se predicaba la responsabilidad penal a título de participación por el simple hecho de prestar un favorecimiento causal y consciente a un hecho delictivo ajeno. Según este punto de vista, si la conducta de un sujeto contribuye a que el autor cometa el delito y aquél conoce esta circunstancia, entonces realiza una conducta de participación. Este entendimiento extensivo de la participación ha sido prácticamente abandonado, pues supone una limitación a la libertad general de acción imposible de justificar desde el punto de vista de la actual configuración de las relaciones sociales. En efecto, aplicada coherentemente lleva a castigar cualquier conducta lícita en la que se llega a tener como probable que puede favorecer la actividad delictiva de un tercero. Por este motivo, la doctrina actual sostiene que determinadas conductas que implican un riesgo de favorecimiento de un tercero no constituyen participación en el delito. Sin embargo, como se verá a continuación, no existe acuerdo todavía sobre cómo deben articularse tales restricciones.

Bajo el término “conductas neutrales”<sup>2</sup> se aborda el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, a saber, aquellos en los que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o

---

\* Ponencia presentada en la 3.<sup>a</sup> sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito, Univ. de Barcelona, 29-30 mayo 2015.

<sup>1</sup> Esta discusión irrumpe modernamente de la mano de JAKOBS y tiene su máximo apogeo a finales de la década de los 90 y a comienzo de este siglo. Se trata de una de las discusiones más intensas que ha habido en las últimas décadas en el seno de la teoría de la atribución de responsabilidad.

<sup>2</sup> Esta denominación me sigue pareciendo más acertada que la de “conductas neutras”, pues, en realidad, no estamos ante conductas “neutras” para el Derecho penal, sino ante conductas relevantes, sólo que el reproche no es el de la autoría o la participación en el delito, sino por la infracción de deberes de solidaridad (vid. *infra* en el texto). En efecto, en estos casos el sujeto se mantiene “neutral”. No se pone de parte del delincuente, ni tampoco de la víctima y lo que se le reprocha al sujeto es precisamente haberse mantenido “neutral”, esto es, no haberse decantado por la víctima.

posición social o profesional. Para el correcto tratamiento de estos supuestos la doctrina absolutamente dominante es partidaria de restringir su punibilidad en el nivel de la tipicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo del partícipe.

En las “perspectivas subjetivas” la distinción entre participación punible y la atipicidad depende, sobre todo, del grado de conocimiento que quien ejecuta la acción de cooperación tiene sobre la comisión futura del delito por parte del que resulta favorecido. En este sentido, se distingue entre acciones llevadas a cabo con *dolo directo* o y las efectuadas con *dolo eventual*. Las primeras darían lugar siempre a participación punible, las segundas en cambio la excluirían. Se trata, como puede comprobarse de una versión modificada –restringida- del clásico principio de confianza. Pese a lo extendido de esta posición, el recurso al dolo eventual como factor de delimitación merece, por lo menos, dos objeciones. Por un lado, en los casos de conocimiento seguro de la comisión futura del delito se afirma la responsabilidad penal pese a que la conducta se mueva objetivamente en el plano de la neutralidad. Esto es, el mero conocimiento convierte en penalmente relevante una aportación que en sí no lo era. Por otro lado, implica trazar una diferencia entre las formas de dolo que nuestro Ordenamiento jurídico desconoce por completo. No parece consistente el mensaje de que el deber de abstenerse de favorecer desaparezca en casos de duda, sospecha o probabilidad y en cambio, no suceda lo mismo cuando haya un conocimiento seguro o prácticamente seguro. Y ello porque, si no existe el deber de informarse ante la situación, tampoco podrá admitirse su relevancia cuando la información se posea por el sujeto. En términos del principio de confianza: de lo que se trata no es de si el sujeto que sabe algo puede o no confiar, sino de si el sujeto tiene o no el deber de tener en cuenta ese saber. Esto es, de si formaba parte de su círculo de deberes (posición de garante) el adquirir y activar el conocimiento. Por ello, presupuesto operativo del principio de confianza es la posición de garante.

Como puede observarse el problema dogmático de fondo está en la relevancia de lo subjetivo para la determinación de lo objetivo y más concretamente en el denominado problema de los “conocimientos especiales”. Las tesis objetivistas (que en este punto hablan de una “prohibición de regreso”) no les otorgan ningún valor fundamentador de la responsabilidad y ello resulta ampliamente convincente. En efecto, para imputar responsabilidad por la organización no se trata de lo que el sujeto

efectivamente sabía, sino de aquello que tenía que saber en la posición jurídica en la que obraba. Un saber superior, no debido, no puede gravarle. El deber de respetar a los demás (*neminem laedere*) implica sólo emplear aquellos conocimientos y capacidades que son necesarias y suficientes de forma estandarizada para mantener una situación libre de riesgos. Tener en cuenta todos los conocimientos va mucho más allá que esa obligación general de respeto. Como recientemente ha afirmado PAWLIK con razón: “el mero hecho de que uno posea recursos no otorga al otro un título jurídico para el empleo de tales recursos a su favor”. Lo contrario implicaría afirmar que todos deben hacer todo lo que puedan para proteger bienes jurídicos. Esto es, implicaría recurrir a un argumento utilitarista. Esta visión hace mucho tiempo que se abandonó en la dogmática del estado de necesidad, donde los límites al deber de solidaridad (pasiva) no coinciden con los límites de las posibilidades fácticas del sujeto afectado de beneficiar al necesitado, sino que se erige un baremo normativo delimitador. Por tanto, del hecho de que uno *pueda* maximizar el mundo de los bienes jurídicos no se sigue que también *deba* hacerlo.

Sí creo, en cambio, que seguramente es necesario seguir discutiendo acerca de lo que es un conocimiento especial y lo que no; aquello que debe ser tenido en cuenta para la situación y lo que es irrelevante a los efectos de la imputación del resultado. De hecho creo que hay que afinar más de lo que hasta ahora se hecho y en este sentido son de nuevo sugerentes algunas ideas recientes del propio JAKOBS. De entrada la distinción no puede estar, como en algunas ocasiones se ha afirmado, en que el conocimiento se posea por casualidad o no. Creo que puede partirse del conocimiento que puede esperarse que tenga una persona cuidadosa en la posición del autor. A este conocimiento también habría que añadir aquellos conocimientos que se adquieren casualmente por la situación concreta en la que obra el sujeto y por tanto se incorporan a la base de enjuiciamiento de la conducta del autor en esa situación. El conocimiento adquirido casualmente forma parte del conocimiento general y por tanto es relevante. Ejemplo: el conductor de un camión detecta antes de ponerlo en marcha en un día de lluvia que hay un mendigo durmiendo bajo el camión. El conductor tiene el deber de garantizar que de su ámbito de organización no surjan peligros para los demás, de forma que si adquiere conocimiento casualmente de esa peligrosidad debe tener en cuenta ese conocimiento.

Más bien por conocimientos especiales hay que entender solamente aquellos que no son esperables en modo alguno que se posean y por tanto, derivan de una capacidad

o conocimiento personal del sujeto que son por completos ajenos a la situación. Ello es lo que sucede en el conocido y discutido caso del camarero estudiante de biología que sirve una ensalada con setas venenosas. De nuevo en este punto hay que tener especialmente en cuenta la estandarización. Allí donde hay posiciones jurídicas o roles altamente estandarizados, también los conocimientos vinculados a esos roles estarán estandarizados, de modo que será más sencillo identificar los conocimientos que nada tienen que ver con el desempeño de ese rol y, por tanto, que no son esperables. Tal es el caso de las denominadas prestaciones cotidianas como la venta de bienes o productos en sí permitidos que son utilizados por otro para cometer un delito. En suma, son conocimientos relevantes aquellos que son esperables que se posean y se activen en relación con los riesgos que como garante se deben gestionar. Nada más, pero tampoco nada menos.

## II.

La delimitación entre una conducta “socialmente adecuada” y una delictiva es, en realidad, una cuestión que afecta a la delimitación de esferas de acción o de responsabilidad en cuanto esferas de libertad. En última instancia, lo que debe ponerse de manifiesto es qué contextos son aquellos que delimitan las esferas de actuación de los ciudadanos en forma de especiales deberes de abstención (negativos). Los contextos propios de los casos de conductas neutrales (profesionales, estándares, comerciales, etc.) no modifican negativamente la posición del potencial favorecedor frente a los terceros, sino que, en todo caso, se mueven en el marco de una relación positiva, eventualmente intensificada, entre aquel y la víctima. Esto último no da lugar a la sanción de la conducta en forma de participación (si el favorecimiento llega a producirse), sino, en su caso, como omisión pura (art. 195 CP: omisión del deber de socorro; y art. 450 CP: omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos).

Teniendo en cuenta lo anterior, lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica. A tal efecto, entra en escena el instrumento de la “teoría de la imputación objetiva” con el fin de deslindar aquellas conductas que crean un riesgo desaprobado de intervención en el delito de aquellas otras que se mueven en el ámbito del riesgo permitido (neutralidad). Este, como se viene diciendo, es el punto de vista más adecuado. Así, puede concluirse que deberá negarse la participación en el delito,

siempre que no existiendo posiciones jurídicas específicas (también denominadas posiciones de garantía) para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos, no se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido. En especial habrá que atender a datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción en cada contexto.

En los casos de prestaciones profesionales se trata de conductas que no contienen, en sí mismas, un riesgo especial de continuación delictiva, esto es, no pueden entenderse como conductas que se adapten al hecho que va a ser cometido, sino que se agotan en el estándar normativo que define el contexto en el que se verifican. El profesional que se mueve estrictamente en el marco de su actividad laboral se comporta estructuralmente como un omitente, que simplemente deja o no impide que el autor le sustraiga el instrumento necesario para cometer el delito. Tan sólo cuando pueda afirmarse la infracción de un deber específico (las aludidas posiciones de garantía) o bien cuando su conducta deje de moverse en el ámbito de lo estrictamente profesional y pase a ser parte integrante del hecho mediante una adaptación específica al mismo podrá hablarse de intervención penalmente relevante.

Ello no sucede por regla general, pues por un lado, los profesionales no son garantes de evitar que la realización de conductas delictivas de sus clientes o de terceros. Y por otro, la prestación profesional se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es suficiente para constituir participación punible, por muy útil que ello le resulte al autor. Por este motivo, el tratamiento adecuado de las aportaciones efectuadas en el marco de actividades profesionales se mueve al margen de la complicidad en el delito (aunque no, en su caso, de la responsabilidad por no impedir la comisión de ciertos hechos delictivos, cuando ello está expresamente tipificado como delito independiente). Estas actividades caracterizadas por la prestación de utilidad al autor del delito mediante procedimientos disponibles de modo general para cualquiera, bienes ubicuos, servicios estándar, medios socialmente adecuados o reconocidos por el Ordenamiento jurídico no poseen objetivamente ni la relevancia ni la especificidad necesarias para convertir el hecho antijurídico del autor en hecho propio de quien las realiza. La aplicación delictiva de la prestación es, pues, exclusiva autorresponsabilidad del autor.

Como se ha afirmado, la intervención punible en el delito comienza allí donde es posible fundamentar en el interviniente un deber de evitar que su prestación pase a formar parte de un proyecto delictivo ajeno. Tal deber no surge de los conocimientos que pueda tener el agente, sino que es previo: del mero conocer no surgen deberes, sino que éstos deben existir con anterioridad y tener como contenido, precisamente, el abstenerse de realizar aportaciones cuando se conoce o se debe prever que facilitarán un delito. Tales deberes se suelen estandarizar en forma de posiciones de garantía que ciertos agentes asumen en las relaciones sociales. El contenido de esas posiciones de garantía es el de evitar que un tercero utilice o derive la prestación hacia lo delictivo. Por ejemplo, en materia de blanqueo de capitales existen importantes obligaciones tendentes a la comprobación de la licitud del origen de los activos dirigidas a distintos operadores del sector económico (entidades de crédito, notarios, etc.). Más allá de estos supuestos, sólo existirá intervención punible cuando la conducta pierda los contornos del estándar en cuestión: el propietario de un restaurante no responde por la estafa que en él se comete, agasajando a la víctima, pero sí si baja las cortinas para evitar que la policía reconozca a los estafadores. Lo contornos del estándar se pierden tan pronto el sujeto realiza una aportación específica al hecho, adaptando su conducta a las necesidades del autor o teniendo en cuenta sus especificidades, cuando ello no es lo propio del rol o estándar desde el que se lleva a cabo la prestación. Por ello, quien asesora objetivamente sobre las posibilidades de pagar menos al fisco, no participa en el eventual delito contra la Hacienda Pública, pero quien diseña una compleja y personalizada operación societaria con ese fin, no puede apelar a que es ajeno al fraude.

### III.

La jurisprudencia española, al igual que la de otros países europeos, ha acogido la institución de las conductas neutrales. En este sentido, la STS 34/2007 afirma:

«La teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto “neutral” puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un incremento del riesgo, etc.».

Y la STS 199/2012 se aparta claramente de las posturas subjetivistas en los siguientes términos:

«Con carácter general hemos de convenir en que la imputación de responsabilidad penal a un primer sujeto por los actos que otro segundo ejecuta en el ámbito de su autorresponsabilidad exige que, respecto del comportamiento del primero, pueda predicarse algo más que la mera condición de favorecedores del adoptado por el autor del delito. Incluso si el primero es consciente de esa eventualidad de favorecimiento. De otra suerte se extralimitaría el ámbito de mínima intervención del Derecho penal. Y ello porque actos neutrales, de los que tal favorecimiento puede predicarse sin esfuerzo, vendrían a ser sancionados de manera no justificada con intolerables restricciones de la libertad de actuación de los ciudadanos».

A partir de ahí es destacable como el Tribunal Supremo, utilizando esta construcción dogmática, ha llegado a la absolución en supuestos como el de un gestor administrativo por una insolvencia punible causada por los responsables de la empresa pese a conocer la inexistencia de causa en los reconocimientos de deudas e intervenir en diversas gestiones encaminadas a la despatrimonialización (STS 1300/2009). O en el de un Director General de área de un Ayuntamiento que emite distintos informes-propuestas para que el alcalde levante reparos de la intervención de fondos al pago de facturas por obras realizadas sin ajustarse a un procedimiento de adjudicación, amparándose las obras en un contrato de mantenimiento que no podía incluirlas, motivando así una resolución injusta (STS 597/2014).

También las Audiencia Provinciales se han hecho eco de lo anterior y han absuelto haciendo expresa alusión a la teoría de las conductas neutrales, por ejemplo, a quien facilita el vehículo y acompaña durante la conducción a una persona que carecía de la licencia para conducir (SAP de Madrid, Sección 7, núm. 44/2015 de 22 enero); a quien vende terrenos rústicos a un estafador que después los vende a su vez a un particular afirmando poseer la licencia para construir (SAP de Alicante, Sección 2ª, núm. 239/2013 de 2 mayo); a quien realiza unos giros a Brasil a petición de un traficante de drogas a quien el primero le debía dinero por el traspaso de un negocio (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 329/2011 de 20 junio); o a quien acompaña a un traficante de drogas al aeropuerto y factura a su propio nombre las maletas, además de realizar gestiones para comprar los billetes de avión (SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 319/2009 de 13 abril).