

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



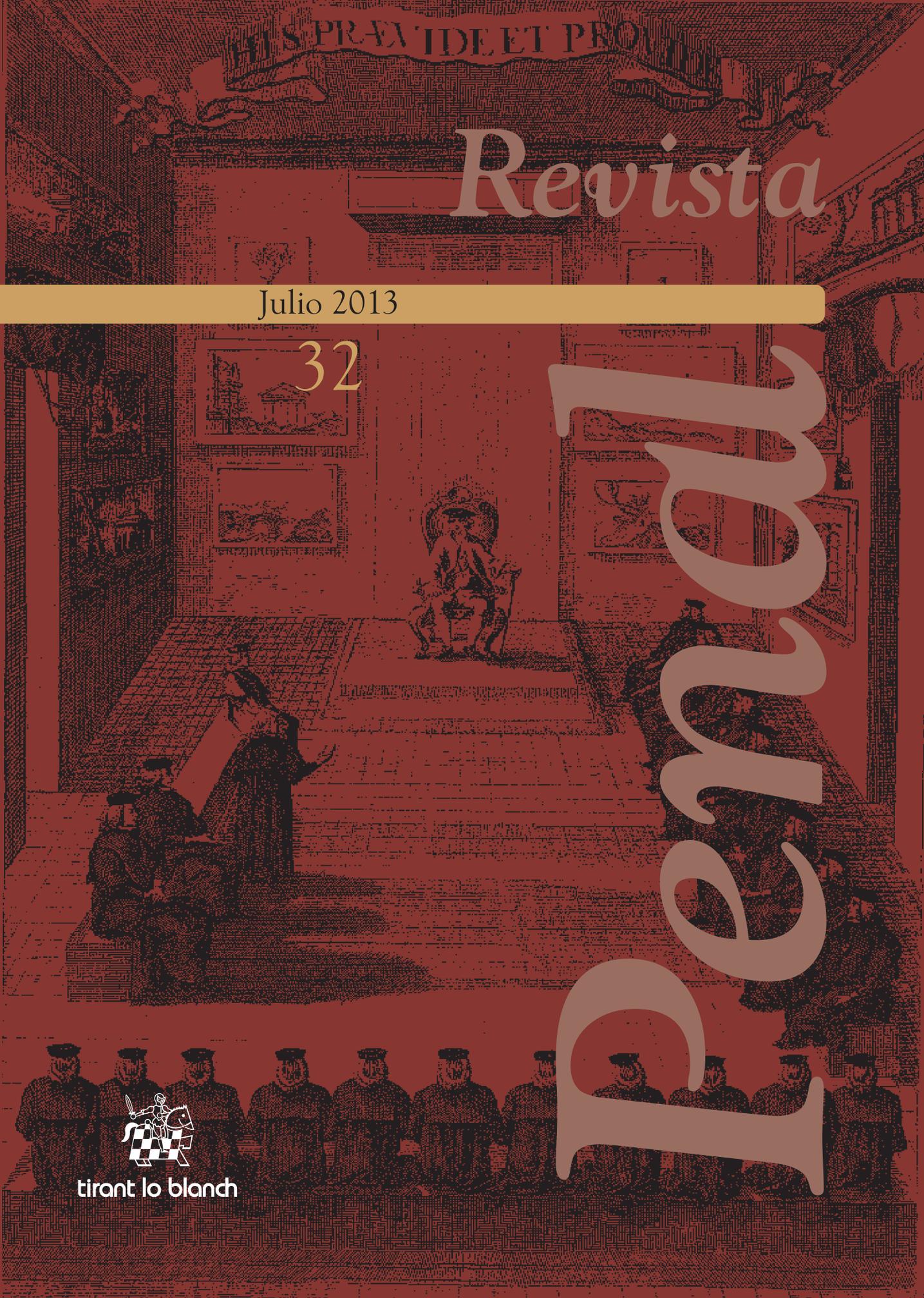
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



Revista Penal

Número 32

Sumario

Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* 250

Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) 283

Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	Joachim Vogel. Univ. München
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva (comentario a la SAP Barcelona, Sección 2ª, 728/2002, de 25 de Julio)

María José Cuenca García

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autor: María José Cuenca García

Adscripción institucional: Profesora Lectora de Derecho Penal Universidad Autónoma de Barcelona

Sumario: I. Consideraciones previas. II. Breve referencia a los criterios de imputación objetiva y a la teoría del favorecimiento. 1. La tesis subjetiva. 2. La tesis objetiva. III. El criterio fijado en la SAP Barcelona (sección 2ª), 728/2002, de 25 de julio. 1. La aportación al hecho antijurídico del autor. 2 notas sobre la discusión doctrinal. IV. Conclusiones a la luz de la STS 2403/2001, de 19 de diciembre

Abstract: Analysis of the necessary cooperation from the objective imputation criteria in the first sentence of a Provincial Court which addresses it dogmatically in our country, distinguishing between so-called neutral acts and contributions with penal relevance to the author's criminal delict.

Key Words: Participation, needed cooperation, objective imputation, neutral acts, favouring

Resumen: Análisis de la cooperación necesaria desde los criterios de imputación objetiva en la primera Sentencia de una Audiencia Provincial que lo aborda dogmáticamente en nuestro país, diferenciando entre los denominados actos neutrales y las aportaciones con relevancia penal al hecho antijurídico del autor.

Palabras clave: Participación, cooperación necesaria, imputación objetiva, actos neutros, favorecimiento

Recepción del artículo: 01-04-2013

Evaluación favorable: 20-04-2013

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Sentencia objeto de análisis ha sido, igualmente, motivo de otros comentarios de cariz distinto al que a

continuación se va a exponer, lo que fundamenta una aportación distinta a las ya realizadas hasta ahora¹.

Se trata de un asunto (Caso Bankpyme) que en su momento tuvo una amplia repercusión mediática dado

1 MAGALDI PATERNOSTRO, M.J., "Autoría y participación en los delitos económicos" (¿Puede constituir participación penalmente relevante la realización de una actividad cotidiana en el tráfico jurídico-económico?: Una cuestión para el debate)", en *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, n.º 61, págs. 273 y ss., en especial, págs. 290 y ss. Igualmente, NAVARRO MASSIP, J., "Las denominadas conductas neutrales: supuestos de intervenciones atípicas", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5/2010, (Comentario), 2010, págs. 1 y ss.

que en la causa se imputó y condenó a parte de la cúpula directiva de la citada entidad bancaria; en todo caso, a nivel dogmático, la relevancia de la resolución es que se trató de la primera Sentencia dictada por una Au-

diencia Provincial donde se analizaba la cooperación necesaria desde la perspectiva de la imputación objetiva². Criterio entonces pionero en nuestro país dado que hasta entonces únicamente existía una Sentencia

2 "HECHOS PROBADOS. PRIMERO. Los acusados D. Fidel, Vicepresidente del Consejo de Administración, Consejero Delegado y Presidente de la Comisión Ejecutiva del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA entidad creada en el año 1978, D. Luis Pablo, Vicepresidente de la entidad y Secretario de su Comisión Ejecutiva, y D. Evaristo, Presidente del Consejo de Administración del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA y miembro de su comisión ejecutiva, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, actuando en el ejercicio de sus respectivos cargos y bajo un designio común, acordaron la creación de un sistema de captación de dinero de clientes a través de la constitución de sendos Fondos de Inversión Colectiva, uno de ellos en activos del mercado monetario y otro en valores mobiliarios.

A fin de llevar a la práctica el acuerdo adoptado, se otorgó en Barcelona escritura pública de fecha 24 de enero de 1986, inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona el 3 de febrero de 1986, por la que el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA como Depositario, representado en dicho acto por D. Fidel, y Bankpyme, SA Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, como Sociedad Gestora (la cual estaba participada al 100% por el Banco), representada en dicho acto por el acusado D. Juan Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, y por D. Romeo, constituyeron un Fondo de Inversión en activos del mercado monetario denominado "Multidivino Fondo de Inversión en Activos del Mercado Monetario, en siglas Multidivino FIAMM", teniendo por objeto exclusivo, según el art. 2.º de sus Estatutos, la adquisición, tenencia, disfrute, administración en general y enajenación de activos financieros a corto plazo del mercado monetario, para compensar por una adecuada composición de activos los riesgos y tipos de rendimiento.

Dicho Fondo de Inversión, conforme a sus Estatutos, sería gestionado por Bankpyme, SA Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, actuando como Depositario el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA, siendo su duración ilimitada y su patrimonio en el día de su constitución de 1500.000.000 de ptas. dividido en participaciones de iguales características, sin valor nominal, que conferirían a sus titulares un derecho de propiedad alícuota sobre el mismo, ajustado a los términos que lo regulen legal y contractualmente.

Así mismo, atendidas sus disposiciones estatutarias (art. 6.º), las participaciones en que se dividiría el Patrimonio del Fondo estarían representadas por certificados nominativos sin valor nominal que podrían documentar una o varias participaciones. En los certificados constaría un número de orden, el número de participaciones que comprende, la denominación del Fondo, Sociedad Gestora y Depositario y sus respectivos domicilios, la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución del Fondo y los datos relativos a su inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro Administrativo. Cualquier participe y en cualquier momento, tendría derecho a obtener de la Sociedad Gestora certificado nominativo de sus participaciones en el Fondo, bien referido a cada una de las que sea titular, bien agrupando varias o todas ellas a su voluntad, manteniéndose la decisión de representar las participaciones por certificados de carácter nominativo sin valor nominal que podrían documentar una o varias participaciones en la reforma de los Estatutos operada por Escritura Pública de 6 de abril de 1992.

A fin de dar formalmente cumplimiento a lo dispuesto en el art. 12 del *Real Decreto 1346/85, de 17 de julio*, conforme al cual "los modelos de certificados, resguardos y estados deberán ser autorizados por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda", los responsables de la Gestora y del Depositario remitieron en fecha 18 de febrero de 1986 a la indicada Dirección General del Tesoro los modelos de certificados de participación así como de los resguardos provisionales de participación y de estados de posición, conforme a los cuales, en todos ellos, se haría constar la identificación nominativa de los titulares de las participaciones, habiendo sido autorizados los citados modelos por la precitada Dirección General mediante resolución de 27 de febrero de 1986.

Por otra parte, mediante escritura pública de 22 de enero de 1987 otorgada en Barcelona e inscrita en el Registro Mercantil de dicha localidad en fecha 18 de febrero de 1987, el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA como Depositario, representado en dicho acto por D. Fidel, y Bankpyme, SA Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva como Sociedad Gestora, representada en dicho acto por D. Alberto, constituyeron un Fondo de Inversión Mobiliaria denominado "Multivalor I, Fondo de Inversión Mobiliaria, en siglas Multivalor FIM".

Al igual que sucedía con el Fondo Multidivino FIAMM, "Multivalor I, Fondo de Inversión Mobiliaria, en siglas Multivalor FIM" sería gestionado por Bankpyme, SA Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, actuando como Depositario el Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, SA Dicho Fondo, conforme a sus Estatutos, se dividiría en participaciones de iguales características, sin valor nominal, que conferirían a sus titulares un derecho de propiedad sobre el mismo, ajustado a los términos que lo regulasen legal y reglamentariamente, siendo su patrimonio, como mínimo, de 500.000.000 de ptas., debiendo estar las participaciones en que se dividía el citado patrimonio del Fondo representadas por certificados nominativos sin valor nominal que podrían documentar una o varias participaciones. En los certificados habría de constar el número de orden, número de participaciones que comprendía, denominación del Fondo, Sociedad Gestora y Depositario, así como sus respectivos domicilios, fecha de otorgamiento de la escritura de constitución del Fondo y los datos relativos a su inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro Administrativo, debiendo la Sociedad Gestora hacer entrega a los partícipes de un extracto acreditativo de sus participaciones, teniendo cualquier partícipe, en cualquier momento, derecho a obtener de aquélla, certificado de sus participaciones en el Fondo, bien referido a cada una de las que sea titular, bien agrupando varias o todas a su voluntad.

En relación con el mencionado Fondo Multivalor FIM, los responsables de la Sociedad Gestora y del Depositario remitieron en fecha 18 de mayo de 1987 a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda los modelos de certificados de participación así como de los resguardos provisionales de participación y de estados de posición, conforme a los cuales en todos ellos se haría constar la identificación nominativa de los titulares de las participaciones, siendo autorizados dichos modelos por la indicada Dirección General mediante resolución de 26 de mayo de 1987.

del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2001 que, asimismo, adoptaba criterios de imputación objetiva

para dilucidar la participación delictiva. A pesar de que, como veremos seguidamente, no podamos com-

SEGUNDO. No obstante lo anteriormente expuesto, los acusados D. Fidel, D. Luis Pablo y D. Evaristo, habían tomado la decisión de materializar un funcionamiento de los Fondos de Inversión al margen de lo acordado en sus respectivos Reglamentos y, consiguientemente, de la autorización otorgada por la Administración, todo ello con el fin de captar un mayor número de clientes por la vía de poner a disposición de los mismos un mecanismo de inversión que les facilitase no declarar dichas inversiones a la Hacienda Pública, para lo cual, al suscribirse participaciones, en vez de entregarse al inversor un certificado a su nombre en el que además constase el número de aquéllas que comprendía, la denominación del Fondo, de la Sociedad Gestora y del Depositario con sus respectivos domicilios, la fecha de la escritura de constitución del Fondo y los datos relativos a su inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro Administrativo tal como disponía su Reglamento, se abría una cuenta representándose las participaciones mediante anotaciones en ella, configurándose al mismo tiempo una ficha de apertura que contenía el número de cuenta del inversor y la firma de éste, dejando a su iniciativa el que se consignasen o no sus datos de identidad, haciéndole saber que si quería podía no reflejarse nombre alguno o hacer figurar uno ficticio, cosa que ocurrió con diversos partícipes, dándose a todos ellos —independientemente de que hubiesen optado por consignar sus reales datos, otros ficticios o no hacer figurar nombre alguno— como único resguardo de participación en el Fondo, un impreso relativo al ingreso en caja del dinero de su inversión.

En el devenir del funcionamiento de los Fondos no se remitió a los partícipes el estado de su posición en los mismos dentro del período previsto para cada uno de ellos en el Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, a saber, no superior a tres meses para el FIM y un mes para el FIAMM, como tampoco el estado de su posición al final de cada ejercicio, que resultaba preceptivo a tenor del art. 12 de la indicada norma reglamentaria.

Así mismo, pese a la solicitud cursada por el Depositario y la Gestora para que la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda autorizase para ambos Fondos de Inversión los modelos de “certificado de participación”, “resguardo provisional de participación” y “estado de posición” que se presentaron al efecto, modelos en los que expresamente se consignaba un apartado en el que debían figurar las señas de identidad del partícipe en lógica consonancia con la forma de representación nominativa de las participaciones que se había acordado en los respectivos Reglamentos de uno y otro Fondo, obtenida la autorización demandada, dichos modelos nunca llegaron a emitirse y entregarse a los inversores.

Ante la inminente entrada en vigor en fecha 29 de enero de 1989 de la *Ley 24/1988, de 28 de julio*, del Mercado de Valores, cuya Disposición Adicional Sexta Ap. 11 A) daba nueva redacción al art. 20.1 de la *Ley de Instituciones de Inversión Colectiva*, pasando a exigirse preceptivamente el carácter nominativo de las participaciones, se adoptó por los acusados Sres. Fidel, Luis Pablo y Evaristo, en Comisión ejecutiva, el acuerdo de transformar las participaciones en títulos al portador numerados que representaban una parte alcuota del dinero invertido en el mercado en dicha fecha, haciéndose firmar al partícipe una hoja de recibo en la que figuraba precisamente la fecha de 28 de enero de 1989, día inmediatamente anterior por tanto a la vigencia de la LMV.

Como consecuencia de dicha transformación, además de que al partícipe que quería reembolsar su participación tan sólo se le exigía la presentación del título sin demandarle identificación alguna, se fue creando un mercado secundario de partícipes absolutamente incontrolado tanto a causa de la transmisión de títulos al portador de un partícipe a terceros al margen de la Gestora y del Depositario del Fondo, como a causa de que en ocasiones, cuando se reembolsaba el importe de títulos al portador que se presentaban a tal fin, lejos de procederse a su cancelación poniéndoles el sello de “cobrado”, se recolocaban por el banco y la gestora a nuevos partícipes, sin que consiguientemente quedase constancia en uno y otro caso de la identidad de los nuevos poseedores de las participaciones, llegando a darse varios casos en que a personas que habían reembolsado sus participaciones, le seguían figurando en sus cuentas.

De igual modo, no se informó en tiempo y forma a la Administración Tributaria sobre las suscripciones y reembolsos de participaciones materializadas en los Fondos de Inversión FIAMM y FIM durante 1988. Con fecha 10 de julio de 1991 la Hacienda Pública requirió a la Sociedad Gestora información sobre las operaciones de suscripción y reembolso en el Fondo Multidinerero correspondientes a los ejercicios de 1986 a 1990 (folio 1843, Tomo VII), habiéndolo hecho previamente en fecha 3 de octubre de 1990 respecto del Fondo Multivalor (folio 1846, Tomo VII), interesándose concretamente que Bankpyme, SA informara sobre: a) clase de operación (suscripción o reembolso, número de participaciones suscritas o reembolsadas, importe de la operación y fecha en que se formalizó), y b) identificación del partícipe (nombre y apellidos o razón social, domicilio, número de identificación fiscal), requerimientos a los que contestó la Gestora diciendo que con referencia al Fondo Multidinerero, en fechas 20 de febrero de 1990 y 20 de marzo de 1991 había suministrado en soporte magnético la información obligada por el modelo 198, mientras que con referencia al Fondo Multivalor lo había hecho en fecha 20 de febrero de 1990. Al margen de no haberse suministrado ninguna información relativa a los ejercicios de 1986 y 1987, en relación con el ejercicio de 1988 Bankpyme, SA sólo suministró la información correspondiente al modelo 198 en fecha 29 de octubre de 1993, cuando el plazo de presentación finalizaba el 20 de febrero de 1989, información que además resultó incompleta ya que comparándola con los datos suministrados posteriormente a requerimiento de la Ilma Sra. Magistrada-Juez de Instrucción en el presente procedimiento, resulta que de los 13.476 registros de los diskettes relativos a titulares de cuentas en Multidinerero y Multivalor entregados al órgano jurisdiccional, aparte de que 3876 carecían de NIF y otros 307 lo tenían incorrecto, lo que imposibilitaba cruzarlos con los datos de la Administración tributaria, se informó a ésta, a través del modelo 198, únicamente respecto de las operaciones de suscripción o reembolso de 5135 titulares, omitiéndose cualquier información respecto de los 4158 restantes, sin que, por su parte, el BPME, en su condición de Depositario y en el ejercicio de la función de vigilancia que legalmente tenía encomendada, realizase comunicación alguna a la Dirección General del Tesoro ante los incumplimientos detallados.

partir una parte del fallo condenatorio de la resolución, lo cierto es que ésta marca un hito en la jurisprudencia por la elaboración dogmática de sus Fundamentos de Derecho y por, en suma, adoptar una novedosa construcción dogmática.

Como anticipábamos, la sentencia objeto de análisis, en el momento de dirimir la responsabilidad de los directivos de la entidad (Fidel, Luis Pablo y Evaristo) e imputarles su participación en los hechos y con ello la cooperación necesaria en un delito contra la Hacienda Pública, utiliza una novedosa interpretación doctrinal que consiste en diferenciar lo que el Tribunal califica como “conductas neutras impunes”³ y, por otro lado, las denominadas “aportaciones punibles a un hecho del autor”⁴, utilizando —para concretar ésta última— los criterios de la imputación objetiva. Concluyendo, en síntesis, que las aportaciones de los directivos son punibles, motivo por el que les condena en concepto de cooperadores necesarios por un delito continuado contra la Hacienda Pública.

Pues bien, sin dejar de valorar la importante aportación que se desprende de los Fundamentos de Derecho Decimosexto y siguientes de la SAP Barcelona, de 25 de julio 2002, donde el Tribunal asume el referido criterio doctrinal, en lo que sigue y utilizando esa misma línea de argumentación hemos de anticipar que nos surgen importantes dudas sobre que la participación en los hechos que se atribuye a los acusados sea punible y, por lo tanto, merecedora de reproche penal. Así, vamos a tratar de desvirtuar la imputación realizada por el Tribunal y con ello concluir que el comportamiento de los directivos podría ser, a nuestro juicio, atípico. Veamos el porqué.

La Sentencia afirma en su Fundamento de Derecho Decimosexto que en los últimos diez años “se ha producido una reelaboración conceptual de las categorías que integran el sistema penal que ha incidido especial-

mente en la tipicidad”⁵, ya que si antes el tipo se concebía desde un punto de vista puramente descriptivo, en la actualidad, y por influencia de una interpretación teleológica del mismo, para determinar la tipicidad se hace necesario que la conducta sea peligrosa o lesiva para un bien jurídico; bien jurídico que no es otra cosa que el objeto de protección de la norma en la que se pretende subsumir la conducta.

Se añade, además, que una evolución paralela a la experimentada en la tipicidad cabe igualmente referirla en la teoría de la participación, lo cual en el caso de la cooperación necesaria es aún más evidente en tanto que se trata de conductas autónomas dependientes de la conducta del autor y, por lo tanto, vienen presidida por el principio de accesoriedad en la participación.

En este ámbito, el de la participación y en particular en el de la cooperación necesaria cabe subrayar —como igualmente pone de manifiesto la Sentencia— que uno de los criterios inicialmente preponderantes en la doctrina y en la jurisprudencia fue el de entender a la causalidad como requisito necesario para determinar la contribución a la realización de un hecho delictivo por su autor. Sin embargo, en la actualidad, parece incontrovertida y pacífica la tesis que sostiene que si bien la causalidad es un requisito necesario, no es suficiente para afirmar la aportación a un hecho ajeno. Es por ello que, al igual que para cualquier otra forma de participación, en la complicidad —en este caso necesaria— y desde los criterios de imputación objetiva que seguidamente se analizarán, lo que se pretende no es otra cosa que averiguar las aportaciones que producen la realización del tipo, lógicamente, de participación. Hasta el punto de poder afirmar que quien actúa de forma no causal para el resultado no lleva a cabo ninguna cooperación típica, ni siquiera en las hipótesis de solidarización con el hecho⁶.

A la vista del funcionamiento efectivo de los Fondos de Inversión en la forma expuesta, se favoreció el que, a la hora de presentar sus declaraciones tributarias, numerosos partícipes —entre ellos los que se detallarán en los siguientes apartados de este relato fáctico— ocultasen a la Hacienda Pública sus inversiones en los mismos, habiéndose presentado desde que se incoó el procedimiento penal hasta el día 31 de mayo de 1994, declaraciones complementarias por 1386 inversores y por un montante total de 7813.061.045 millones de ptas...”

3 ROBLES PLANAS, R., “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos”, en *¿Libertad económica o fraudes punibles?* (SILVA SÁNCHEZ, J.M.), Madrid, 2003, págs. 17-66; ROCA AGAPITO, L., “La complicidad punible por medio de acciones cotidianas” (recensión de la obra de HANS KUKLICH: *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, en *RDPC*, 3.ª época, n.º 1, 2009, págs. 433-451.

4 Vid. FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial”, *InDret*, Mayo de 2009, págs. 41 y ss. Igualmente, ROBLES PLANAS, “Riesgos penales del asesoramiento jurídico”, en *Diario La Ley*, 18 de septiembre de 2008, págs. 1 y ss.

5 GARCÍA ALBERO, R., “Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales”, en *Cuadernos Digitales de Formación*, 36-2009, págs. 157 y ss., Vid., nota a pie de página n.º 1.

6 GARCÍA ALBERO, R., “Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales”, ob. cit., pág. 163; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Barcelona, 2003, págs. 101 y ss.

Lo anterior no es una conclusión precipitada, sino que la misma se encuentra recogida en una STS 2403/2001, de 19 de diciembre 2001. Pronunciamiento en el que, como más adelante veremos, se utilizan por el TS criterios de imputación objetiva para dirimir la existencia de una cooperación punible en el que, entre otras cuestiones, se resuelve —en cuanto al cooperador—, que ni el mero conocimiento del plan del delito, ni la simple solidaridad pasiva con sus autores constituye una cooperación idónea para imputar objetivamente la participación, salvo en los casos en que el sujeto sea garante de la no comisión del delito⁷. Con tales afirmaciones, y como decimos partiendo desde los criterios de la imputación objetiva⁸, el Tribunal Supremo está asumiendo una determinada opción doctrinal en el seno de las propias teorías de la imputación objetiva para determinar la existencia de una cooperación punible. Opción interpretativa, al igual que otras en el mismo cauce de la imputación objetiva, que nos llevará a la conclusión de que la participación de los directivos de la entidad en los hechos que se les imputa es atípica.

Así, y con carácter general, podemos afirmar que los autores que defienden los criterios de la imputación objetiva y con ello su traslado a la autoría y a la participación⁹, entienden que para hacer responsable a un sujeto como cómplice de un delito, será necesario que el resultado que se pretende imputar —cooperación a la ejecución— suponga la realización en un hecho principal antijurídico de un riesgo relevante creado por él, es decir, implica un riesgo de favorecer la comisión de un delito por el autor.

Se trata, en sentido contrario, de dirimir si determinadas acciones son neutrales, esto es, si se trata de contribuciones en el marco de una denominada actividad laboral y de si, por lo tanto, en ellas existe algún tipo de responsabilidad directa en las infracciones cometidas por terceros y si, además, éstas quedan al margen de su capacidad de decisión¹⁰. En suma, se trata de acciones

que se excluyen de lo que podrían ser las contribuciones al hecho antijurídico del autor. Serían, por ejemplo, las que la doctrina denomina “actuaciones normales”, “neutrales”, “diarias” o “cotidianas”. Acciones que carecen de sentido delictivo ya que quien las lleva a cabo no tiene como objeto el favorecimiento del delito ajeno, a pesar de que— se dice— pueden ser un efecto secundario de su propia acción.

La Sentencia que comentamos nos trae a colación distintos ejemplos, ya propuestos, entre otros, por JAKOBS¹¹, como son: a) los de la venta de un destornillador del ferretero al cliente de quien conoce la intención de servirse de él para cometer un robo, b) el de la venta de panecillos por el panadero a sabiendas de que el cliente pretende envenenarlos y servirlos a su mujer, y, c) el traslado del taxista al asesino al lugar donde va a cometer el delito, etc. Constelación de casos a los que la propia Sentencia se refiere como irrelevantes para el Derecho penal, en tanto que se desarrollan en el ámbito profesional de esos sujetos, además de tratarse de acciones socialmente útiles, cotidianas y en principio inofensivas, a pesar de que “pueden ser incorporadas por el autor a su plan delictivo y que ello puede ser conocido y aceptado por aquellos”.

Evidentemente, y como sigue razonando la Sentencia, de lo que se trata es de hallar los límites que nos permitan distinguir entre comportamientos neutros y habituales de las aportaciones “reconducibles” a los actos de participación punibles. Para ello, la Sentencia fija los criterios para diferenciar lo que a su juicio serían contribuciones neutrales de las contribuciones punibles¹². Y hasta aquí estaríamos básicamente de acuerdo con lo hasta ahora afirmado por el Tribunal. Sin embargo, las discrepancias se plantean a continuación, cuando llevado, sin lugar a dudas, por el propósito de ofrecer una perspectiva general del tratamiento doctrinal dispensado en esta materia, nos plantea una serie de ejemplos adoptados por la jurisprudencia “de

7 Sobre la solidaridad con el injusto ajeno, vid., especialmente, SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, págs. 44 y ss.

8 ROBLES PLANAS, R., “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos”, ob. cit., pág. 18.

9 Al respecto, vid., entre otros, JAKOBS, G., “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso’ y ‘principio de confianza’”, en *Estudios de Derecho penal* (Traducción al castellano y estudio preliminar de PEÑARANDA RAMOS, E, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. y CANCIO MELIÁ, M.), Madrid, 1997, págs. 209 y ss.

10 BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Granada, 2001, págs. 33, 35; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, ob. cit., págs. 31, 35, 46.

11 JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, 1995, parágrafo 24, nm. 17. Igualmente, vid., GARCÍA ALBERO, R., “Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales”, ob. cit., pág. 165.

12 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal ¿existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal*, Granada, 1999, págs. 48 y ss.

países que nos son cercanos jurídicamente”. Esfuerzo que tiene que ser tenido en consideración pero que, a nuestro entender, parte de premisas equívocas por dos razones distintas. En primer lugar, los ejemplos propuestos de jurisprudencia alemana, suiza, inglesa y norteamericana, utilizan argumentos que en algún caso son contradictorios entre ellos mismos, ya que fijan los criterios delimitadores tanto en el tipo subjetivo como en el objetivo, con lo cual en función de dónde se ubiquen el resultado es lógicamente distinto¹³.

No olvidemos, por otro lado, que la regulación positiva de los respectivos Códigos penales de esos países, si bien en algún caso son muy próximos a lo previsto en el Código penal español, entendemos discutible la relevancia de los ejemplos propuestos de la jurisprudencia inglesa y norteamericana, ya que tienen como marco una cultura jurídica (*Common law*) completamente distinta a la nuestra¹⁴.

II. BREVE REFERENCIA A LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA TEORÍA DEL FAVORECIMIENTO.

La Sentencia objeto de análisis adopta un concepto restrictivo de autor; opción doctrinal que si bien no es la única puede que sea la más acertada, y que en estos momentos se desprende de la interpretación de los artículos 28 y 29 del Código. En cualquier caso, lo indiscutible es —de acuerdo con el Tribunal— que los preceptos que regulan la participación constituyen una causa de extensión de la pena, ya que el partícipe (con su contribución al hecho típico y antijurídico del autor) menoscaba de modo indirecto el bien jurídico protegido en la norma. Se dice, además, que el partícipe, con su colaboración al hecho del autor, “favorece, aumenta e incrementa el riesgo de lesión del bien jurídico protegido”, es lo que la doctrina —añade— ha denominado un “ataque accesorio al bien jurídico”¹⁵. Permítasenos añadir, siguiendo a ROXIN, que de tal configuración de la participación se derivan tres consecuencias distintas que, además, son admitidas de forma pacífica por la doctrina y por la jurisprudencia. En primer lugar, que

únicamente cabe la participación punible en el hecho típico y antijurídico del autor —accesoriedad limitada—. En segundo lugar, que el injusto de la participación se deriva del hecho principal y, por último, que la participación es secundaria frente a la autoría¹⁶.

Por ello, en el marco de la tipicidad, es donde debe valorarse —en virtud de la teoría del favorecimiento, con criterios de imputación objetiva—, si “concorre o no un ataque al bien jurídico protegido por parte del partícipe a través del autor”. Valoración que la sentencia lleva a cabo atendiendo a tres criterios distintos:

1. La aportación al hecho delictivo del autor (por parte del partícipe).
2. Que se trate de una contribución causal.
3. Que la aportación haya sido peligrosa para el bien jurídico, lo cual debe de manifestarse en el resultado.

Con respecto a lo anterior debemos de manifestar, igualmente, nuestro acuerdo con el Tribunal. Sin embargo, y como veremos seguidamente, la doctrina alemana, la española que se ha ocupado de estas cuestiones y el propio Tribunal Supremo quien, como hemos referido con anterioridad, se ha pronunciado al respecto la mencionada STS 2403/2001, 19 de diciembre, utiliza distintos criterios a los empleados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona.

En este mismo orden de consideraciones, es preciso enfatizar que la complicidad (en sentido genérico) se encuentra sometida a controversias en referencia a la delimitación de su límite mínimo con respecto a conductas neutrales que se caracterizarían por ser habituales en los ámbitos laborales ordinarios¹⁷, y —en determinados casos— es necesario perfilar los límites hasta los que alcanza el tipo de la complicidad. Para ello vamos a esbozar *algunas* de las contribuciones más significativas fijadas por la doctrina alemana y española para estudiar seguidamente cuál es el límite que se dispone en la Sentencia que es objeto de este análisis, así como la línea interpretativa fijada a este efecto por el propio Tribunal Supremo. Consideraciones que nos llevarán a concluir, tal y como hemos anticipado

13 Sobre esta misma constelación de casos, vid., BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ob.cit., págs. 31 y ss., 112 y ss., y 136 y ss.

14 GARCÍA ALBERO, R., “Sobre los límites de la punibilidad en la conducta del partícipe. Una reflexión sobre la teoría de los actos neutrales”, ob. cit., pág. 181

15 Así, expresamente, ROXIN, C., *Leipziger Kommentar. Grosskommentar*, parágrafo 26, nm. 7, Berlin - New York, 1993.

16 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal ¿existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal*, ob. cit., págs. 55 y ss.

17 BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ob. cit., págs. 33, 35.

reiteradamente, en la atipicidad de los hechos que se imputan a los acusados.

1. Teoría subjetiva

Las teorías subjetivas —con un incuestionable matiz finalista en la concepción del injusto— interpretaban los actos neutrales como un problema de tipo subjetivo, hasta el punto de derivar hacia el dolo los conocimientos especiales del sujeto. Tesis que indudablemente han encontrado —aún hoy— un eco indiscutible en la jurisprudencia alemana, tal y como pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona al traer a colación una resolución del Tribunal Supremo Alemán de 20 de septiembre de 1999 (5StR729/98). Se trata, en todo caso, de la postura tradicional de la jurisprudencia alemana que, progresivamente, ha ido reconduciendo sus criterios a ámbitos más próximos al tipo objetivo siguiendo, por otro lado, algunas de las propuestas de ROXIN¹⁸.

Las críticas más sugerentes o las dudas que ponen en tela de juicio esta concepción subjetiva de la complicidad, están directamente vinculadas con una consolidación de lo que sería un derecho penal de actitud interna (*Gesinnungsstrafrecht*), dado que se configura el injusto sobre el dolo como elemento central de toda la construcción y ello, necesariamente, tiene como resultado un componente de inseguridad fuera de toda duda, en cuanto que es el intérprete quien puede concluir en un exceso de intervención punitiva, como en un defecto contrario —y clamoroso— de no intervención.

2. Teoría objetiva.

Ésta, a nuestro entender, es la interpretación sostenida inicialmente por la Audiencia de Barcelona en su Sentencia, ya no sólo porque en ella se hace referencia indirecta a asumir tal opción (así queda de manifiesto en el momento de analizar la jurisprudencia de los países de “nuestro área de cultura jurídica”), aunque más adelante la matiza y parece asumir la línea perfilada en nuestro país por BLANCO CORDERO¹⁹, en tanto

que de asumir las tesis objetivas en sentido estricto ello le hubiera llevado a resolver en un sentido distinto al realizado.

En síntesis, las tesis objetivas puras pretenden normativizar los conceptos y añadir al tipo objetivo elementos de la imputación objetiva. Probablemente las aportaciones más significativas en esta dirección sean las realizadas por JAKOBS en Alemania y, parcialmente, asumidas en España por FEIJÓO SÁNCHEZ²⁰. Así, JAKOBS, ante la duda de la neutralidad de una aportación sitúa en el tipo objetivo el núcleo de la discusión, hasta el punto de sostener que el dolo de favorecimiento no es lo relevante sino que debe decidirse con anterioridad (desde un punto de vista objetivo), el sentido delictivo de la conducta de complicidad. Por otro lado, niega cualquier relevancia a los denominados “conocimientos especiales”, esto es, si el presunto favorecedor (cómplice) tuviera un “conocimiento seguro” de la resolución delictiva del principal, ello no sería relevante²¹.

III. EL CRITERIO FIJADO EN LA SAP BARCELONA (Sección 2ª), DE 23 DE JULIO DE 2002

A nuestro juicio, la línea interpretativa de la que parte el Tribunal podría identificarse con una opción **mixto-objetiva**, en la línea de la propuesta de BLANCO CORDERO.

Así, y en síntesis, en la Sentencia se reconoce relevancia a los conocimientos especiales del agente y se clasifican los casos según se efectúe la prestación con conocimiento seguro o eventual de la resolución delictiva ajena. La Sentencia añade, por otro lado, criterios complementarios e incorpora el criterio de la cercanía al hecho principal, según se encuentre el delito en fase ejecutoria o preparatoria. Y, por último, emite un, llamémosle así, *juicio de peligrosidad* en el ámbito de la imputación objetiva que vinculan de manera dependiente a la intención²².

Criterios que, como decíamos, pueden identificarse sin demasiadas dificultades en la resolución que anali-

18 Vid., ampliamente, ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, ob. cit., págs. 56 y ss.

19 BLANCO CORDERO, I., *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, ob. cit., págs. 31 y ss.

20 FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal ¿existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal*, ob. cit., págs. 59 y ss.

21 JAKOBS, G., “Imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídico-penales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso’ y ‘principio de confianza’”, ob. cit., págs. 209 y ss. Vid. Al respecto, SCHUMAN, H., *Strafrechtliches Handlungsunsercht uns das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, ob. cit., págs. 50, 56, 57.

22 SCHUMAN, H., ob. cit., págs. 44 y ss.

zamos y que, a nuestro entender, lejos de ser pacíficos en la propia doctrina, ya sea alemana o española, se apartan de los sostenidos por el Tribunal Supremo en su Sentencia 2403/2001, 19 de diciembre.

Sin embargo, en el Apartado 5.º) del Fundamento de Derecho Décimo Octavo, la AP Barcelona afirma lo siguiente:

“Así las cosas y partiendo de la teoría del favorecimiento, cabe predicar que hecha excepción de la forma de participación punible cristalizada en la inducción (que requiere un doble dolo=dolo de hacer nacer en el autor la decisión de que cometa el delito y dolo de que el concreto delito perseguido se cometa por el autor), es factible jurídicamente la cooperación necesaria o la simple complicidad punible a título de dolo eventual: basta que el partícipe conozca que la acción constituye objetivamente una contribución peligrosa para el bien jurídico y aun así la lleve a cabo para que, cumplidos los requisitos objetivos antes enunciados, responda penalmente por la misma, lo que, por otra parte, es aceptado por la generalidad de la doctrina” (subrayado añadido).

En el párrafo reproducido se recogen afirmaciones, a nuestro juicio, más que discutibles, ya no sólo referidas a que el simple hecho de que el presunto partícipe conozca que su acción contribuye o implica una peligrosidad para el bien jurídico y aún así la lleve a cabo, supone la exigencia de responsabilidad a título de dolo eventual; y en directa relación con lo anterior: que la complicidad a título de dolo eventual es un presupuesto aceptado por la mayoría de la doctrina.

Lo cual no se compadece con lo sostenido anteriormente por el TS en su reiteradamente citada STS 2403/2001, de 19 de diciembre. Así, en su Fundamento de Derecho Primero, último párrafo del epígrafe 3), expresamente se dice lo siguiente:

“En todo caso la doctrina mayoritaria excluye el mero conocimiento del plan del delito o que la simple solidaridad pasiva con los autores pueda ser una cooperación idónea para imputar objetivamente la participación, salvo en los casos en los que el sujeto sea garante o no de la comisión del delito, en cuyo caso la participación se basará en el art. 11 CP. Fuera de estos casos de comisión por omisión, se señala que, de lo contrario, se convertirían en los intentos de colaboración en cooperación efectiva, que ‘el dolo del partícipe requiere conocimiento de la causalidad y no sólo solidaridad y que quienes propugnarán como suficiente para la participación el mero conocimiento del dolo del autor, deberían admitir la punibilidad del agente provocador” (subrayado añadido).

Evidentemente no puede pasar desapercibido el criterio antagónico sostenido por el Tribunal Supremo con respecto a la tesis defendida por la sentencia que se comenta. Así, el TS sostiene que el simple conocimiento del plan del delito o la solidaridad pasiva con el autor no es un criterio suficiente para atribuir o para imputar objetivamente la participación, como tampoco lo es el que la cooperación necesaria se pueda atribuir a título de dolo eventual. Conocimiento del plan del delito que, todo sea dicho, en ningún caso ha quedado acreditado en los hechos probados.

A nuestro entender, el párrafo de esta Sentencia del Tribunal Supremo desvirtúa una de las tesis centrales de la resolución que se analiza y con ello una de los elementos del fallo en el que se fundamenta la condena de los acusados. Sin embargo, y en lo que sigue, vamos a analizar los criterios fijados por el Tribunal para con ello llegar a la misma conclusión que se avanzaba al inicio, y que no es otra que la atipicidad del comportamiento de los directivos de la entidad bancaria.

1. La aportación al hecho antijurídico del autor

En este caso podríamos detenernos exhaustivamente en todos aquellos elementos que configuran este requisito²³. Sin embargo, nos parece más oportuno, indudablemente por su relevancia, centrar el debate y hacer hincapié en una de las cuestiones, a nuestro juicio, más discutibles de la Sentencia y que en buena medida ha sido uno de los elementos esenciales para que el pronunciamiento haya sido en el sentido realizado. Se trata, obviamente, de la relacionada con el dolo eventual y, por lo tanto, de la siguiente afirmación hecha por el Tribunal:

“...es factible jurídicamente la cooperación necesaria o la simple complicidad punible a título de dolo eventual”.

Conviene recordar que la sentencia parece asumir una determinada orientación mixto-objetiva en el sentido de la expresamente propuesta por BLANCO CORDERO, en España, y en Alemania, entre otros, por RANSIEK²⁴.

En este sentido, y resumiendo tales opciones doctrinales que, insistimos, son las que parece que ha asumido el Tribunal, de ellas se desprende ciertamente una diferenciación según las clases de dolo, atendiendo a que quien favorece tenga un conocimiento seguro (estaríamos en el plano del dolo directo) o, en su defecto,

23 Por todos, vid., ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, ob. cit., págs. 71-75.

24 RANSIEK, *Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht-Der Dresdner Bank Fall und andere Beispiele*, wistra, 1997, págs. 41-47.

un conocimiento relativo (éste sería el caso que el Tribunal expresamente contempla y, por lo tanto, la participación sería punible a título de dolo eventual) acerca de si el autor del hecho está decidido a llevar a cabo el ilícito. Obsérvese, en línea de principio que tal hipótesis —la del dolo eventual— implica un innegable juicio de peligrosidad en el nivel de la imputación objetiva que es dependiente de la intención.

Pues bien, lo acabado de resumir brevemente no es un criterio pacífico de la doctrina científica, ni creemos —como más adelante veremos— que pueda deducirse de la doctrina del Tribunal Supremo.

Vaya por adelantado que entendemos que el criterio anteriormente expuesto posibilita un alto riesgo de inseguridad jurídica cuando no de arbitrariedad, al no diferenciar materialmente un supuesto doloso del otro y, en suma, llevar a resultados ciertamente punitivos a las actividades cotidianas. Así, permítasenos citar unos ejemplos a este respecto que fueron propuestos en su momento por PUPPE²⁵:

“...el acreedor pocas veces tiene una razón para revelar al deudor el secreto de que quiere emplear el dinero para la adquisición de una copiadora de color con la finalidad de fabricar un talonario de cheques. El comprador de una caja de bombones pocas veces tiene una razón para contarle al pastelero que quiere envenenar a su esposa con esos bombones. El comprador de un cuchillo de mesa pocas veces tiene una razón para decirle al vendedor a quien quiere apuñalar con el mismo”.

Acto seguido conviene preguntarse acerca de si un pretendido conocimiento eventual —en el caso de que lo hubiera— por parte de los vendedores de tales objetos (de los productos financieros en nuestro caso) sería suficiente para articular su imputación a título de cooperación necesaria en los delitos correspondientes. Pero, vayamos más lejos, los defraudadores tributarios ¿tendrían éstos algún motivo para comunicar a los presuntos cooperadores necesarios (los directivos de la entidad bancaria) que, efectivamente, iban a no cumplir con sus obligaciones fiscales? Se trata de una cuestión que en ningún momento se acredita en la Sentencia. Pero, es más, imaginemos por un momento que los directivos de la entidad pudieran tener algún indicio a título de conocimiento eventual de que, ciertamente, se iban a eludir las obligaciones tributarias correspondientes.

Esta última consideración nos conduce una vez más al nudo gordiano de la cuestión: la fundamentación de un título de imputación en base a la existencia de un pretendido conocimiento eventual. Veamos qué es lo que dice la doctrina al respecto.

2. Notas sobre la discusión doctrinal.

Como hemos señalado con anterioridad, la Sentencia adopta una determinada opción doctrinal que no es, evidentemente, ni la única ni tampoco es unánime e incluso desde perspectivas próximas a la enunciada se llega a consecuencias absolutamente distintas.

Así, uno de los autores que ha estudiado con detenimiento esta cuestión es HASSEMER, para quien las acciones que se llevan a cabo en el seno de una actividad profesional y que pueden ser utilizadas por otro para llevar a cabo un delito han de quedar fuera del injusto penal. El argumento esencial que le lleva a concluir tal exclusión del injusto, no es otro que la adecuación profesional²⁶. En el momento de concretar su análisis, HASSEMER, atiende a un caso particular que presenta importantes coincidencias con los hechos que motivaron la instrucción de esta causa. Se trata de determinadas aportaciones en el sector bancario y la posible complicidad de quien las presta en sendos delitos contra la Hacienda Pública. Así, lo primero que hace es averiguar de qué forma se construye normativamente el ámbito de las que, podríamos denominar, acciones profesionales y acto seguido se cuestiona la compatibilidad de estas acciones profesionales habituales en el normal ejercicio o desarrollo de la actividad bancaria con las reglas establecidas en las normas penales.

Lo esencial de la aportación de HASSEMER es que exige que para que concurren indicios suficientes de una infracción penal en este ámbito (no se olvide que nos referimos a determinadas aportaciones profesionales en el ámbito bancario y su posible complicidad en un delito contra la Hacienda Pública), deben concurrir necesariamente dos factores (esto es, no alternativamente sino ambos), por una parte la infracción de las reglas que perfilan las acciones bancarias para alcanzar con ello fines contrarios al Derecho penal, es decir, para materializar un injusto y, por otro lado, la intención o el propósito de quien participa en esas acciones de delinquir.

25 PUPPE, I., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 1995, Parágrafo 13, nm. 155.

26 HASSEMER, W., *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Teil I)*, wistra, 1995, págs. 41 y ss. Igualmente, *Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Teil 2)* wistra, 1995, págs. 81, 86, 87 y ss.

Efectivamente, como se desprende de lo anterior, para fundamentar la cooperación no es suficiente una actuación que implique la infracción de las normas que regula el sector, en este caso, bancario. Es necesario, además, que el sujeto pretenda con su actuación un determinado fin criminal. Con ello, y como corolario de lo anterior, se puede concluir que HASSEMER limita la cooperación a los supuestos en los que existe dolo directo en el cooperador y mantiene como un comportamiento atípico la actuación presidida por el dolo eventual.

Otro de los autores que se manifiestan abiertamente en el mismo sentido, es decir, en cuestionar la admisibilidad de la cooperación a título de dolo eventual, es ROXIN²⁷. A su entender, se trata de una hipótesis que ha de ser rechazada en virtud del “principio de confianza”. Por ello, cuando se excluye la imputación atendiendo al riesgo permitido —articulado alrededor del principio de confianza—, no se cuestiona la existencia de dolo. Si así fuera no sería posible, añade, vender cuchillos, fósforos, encendedores, alcohol de quemar o martillos. En estos casos, llega a negar la cooperación porque no es suficiente un “aspecto sospechoso” que se fundamente en la impresión subjetiva del quien realiza la aportación para fundamentar la tendencia reconocible al hecho. Es decir, en la mayoría de las acciones diarias no se podrá acreditar un conocimiento seguro acerca de cuál es el plan del autor, de si existe o no resolución delictiva, ya que sólo se cuenta con la posibilidad de que pueda utilizar la contribución, el objeto o el servicio prestado para delinquir. Cuando esto es así, continúa, y en virtud del principio de confianza, es éste el que debe prevalecer en el sentido de que no se instrumentalizará la aportación con propósito delictivo, con lo cual excluye expresamente la cooperación con dolo eventual en base al principio de confianza. Principio del que también parte STRATENWERTH para negar, igualmente, la cooperación con dolo eventual, y en virtud del cual cabe esperar que el sujeto al que se le presta la contribución no va actuar de forma contraria a Derecho²⁸.

Como se desprende de lo expuesto en las líneas precedentes, existe un importante sector de la doctrina alemana que rechaza la punibilidad de la cooperación dolosa a título de dolo eventual. Es más, tal línea interpretativa es la hasta ahora sostenida por el Bundesge-

richtshof, quien parece acoger en sus resoluciones el núcleo de la propuesta de ROXIN. Opción interpretativa que no sólo se recoge en la sentencia del BGH de 20 de septiembre de 1999, que expresamente afirma lo siguiente: “Si quien presta la contribución no conoce cómo la va a utilizar el autor principal, aunque considere como posible que su aportación sea empleada para cometer un delito, su conducta, normalmente, no será calificada como complicidad”; sino que tal línea jurisprudencial se confirma en el conocido caso del “Dresdner-Bank”, aunque ahora es el Tribunal Constitucional Alemán quien así se pronuncia en su Sentencia de 23.03.1994 (vid., Wistra 1994, págs. 221 y ss.).

En síntesis, en este último caso, el supuesto era el del director de una sucursal que autorizaba la transferencia de fondos desde la cuenta de un cliente a otra cuenta en un banco filial extranjero mediante un producto financiero llamado Cuenta CpD, que se caracterizaba por la posibilidad de admitir ingresos anónimos, no constando quien realizó el abono. Posteriormente el cliente defrauda a la Hacienda Pública al no declarar el dinero previamente depositado en su cuenta anónima. Pues bien, a este respecto, el Tribunal Constitucional Alemán concluye que las contribuciones, en general y sean de la clase que sean, se puede orientar hacia proyectos criminales. No obstante, la responsabilidad será de quien utiliza la contribución prestada, en tanto que en el momento de llevarse ésta a cabo, objetivamente, ésta admitía una orientación legal.

La doctrina española que se ha ocupado expresamente de esta cuestión, y en función de su adscripción dogmática, plantea igualmente interpretaciones distintas. Un ejemplo de ello es el trabajo de BLANCO CORDERO que, como hemos dicho, es la aportación que el Tribunal ha hecho prevalecer en la Sentencia que se recurre. Sin embargo, también otros autores mantienen líneas de interpretación distinta y que compartimos. Es el caso de LANDA GOROSTIZA, quien expresamente manifiesta:

“El conocimiento inseguro, esto es, la sospecha de posible utilización delictiva nos da noticia de un contexto no delictivo en el que la prestación se puede desenvolver libremente sin quedar ya contaminada por la presencia inminente de un delito principal. No es que el tipo subjetivo determine la atipicidad sino que el dato del conocimiento eventual —que también condiciona la modalidad del dolo— nos ayuda a despejar las posibles dudas de que el

27 ROXIN, C., *Leipziger Kommentar*, ob. cit., Parágrafo 27, nm. 21.

28 STRATENWERTH, G., *Parte General I*, Madrid, 1982, nm. 1161.

29 LANDA GOROSTIZA, J.-M., *La complicidad delictiva en la actividad laboral cotidiana*, Granada, 2002, pág. 228.

*riesgo es demasiado genérico e infundado: en terminología más técnica falta la posible imputación objetiva por ausencia de idoneidad de favorecimiento*²⁹.

Efectivamente, la conclusión a la que llega este último autor le lleva a concluir la no punibilidad de tales supuestos —la cooperación delictiva a título de dolo eventual— porque el riesgo de que la contribución sea utilizado con propósito delictivo es demasiado genérico e infundado, es más, si se utiliza el concepto de “sospecha” para, en sentido contrario, tratar de fundamentar la imputación, tal hipótesis es errónea desde su propia formulación, en tanto que la simple sospecha lo único que puede acreditar es un contexto no delictivo inicial.

IV. CONCLUSIONES A LA LUZ DE LA STS 2403/2001, 19 DE DICIEMBRE.

Hemos referido ya que, salvo error por nuestra parte, el único pronunciamiento del Tribunal Supremo previo a la Sentencia de la AP Barcelona, 25 de julio, que ha adoptado los criterios de imputación objetiva para resolver los problemas que se plantean en el ámbito de la cooperación necesaria y, en particular, para dilucidar la existencia de causalidad en la aportación del partícipe con respecto al hecho antijurídico del autor, es la de 19 de diciembre de 2001. En particular resultan especialmente relevantes unos párrafos del Fundamento de Derecho Primero, apartado 3:

*“En este sentido la doctrina más moderna considera que una aportación es idónea para fundamentar la imputación objetiva de una acción de cooperación o de complicidad si dicha aportación, física o psíquica, ha tenido en el hecho del autor un efecto que necesariamente haya sido probado en el proceso. Tal efecto será de apreciar cuando la acción del partícipe haya **posibilitado** la realización del delito, haya **intensificado** el daño causado o cuando haya **facilitado** su comisión mediante la eliminación de obstáculos que hubieran impedido o dificultado la acción del autor”.*

Consideración, acerca de la existencia de una aportación que permita enmarcarla en el seno de la cooperación necesaria, en la que existe una referencia implícita a que ésta ha de llevarse a cabo fuera de los límites del riesgo permitido, ya que de lo contrario se trataría de una aportación neutral, habitual o cotidiana y, por lo tanto, irrelevante. ¿Cómo es posible delimitar el contorno de esa aportación acerca de si es neutra o, por el contrario, excede de los límites del riesgo permiti-

do? Al analizar las aportaciones doctrinales sobre esta cuestión hemos puesto de relieve cómo la calificación de una conducta como un acto neutral o cotidiano y, por lo tanto, impune, dependía de la existencia, en particular, de dolo eventual (tal es el presupuesto del que parte la Sentencia objeto de este comentario).

Así, hemos llegado a la conclusión de que si quien no conoce el fin delictivo pero se lo plantea como posible no cabe responsabilidad por complicidad a título de dolo eventual, lo cual se basaba en el principio de confianza, en tanto que se puede confiar que el autor no va a realizar un acto doloso si no existen datos perceptibles que nos conduzcan a desvirtuar tal presunción (ROXIN, Tribunal Supremo Alemán y Tribunal Constitucional Alemán). Igualmente, llegábamos a la misma conclusión, aunque con argumentos distintos, si optábamos por las tesis de HASSEMER, JAKOBS o, en la doctrina española, por las de LANDA GOROSTIZA.

Desde luego, el problema reside en delimitar el ámbito de las aportaciones que incrementan el riesgo, esto es, que exceden del riesgo permitido y que, a pesar de ello, son “socialmente útiles”. En cualquier caso, si aceptáramos el presupuesto de que las aportaciones en las que no existe certeza de la existencia de un plan delictivo pueden ser castigadas como punibles se convertiría a quienes las realizan en garantes de la legalidad, obligándoles con ello a verificar las intenciones de cada cliente antes de realizar cualquier intercambio, lo que conlleva convertir a los usuarios en potenciales delincuentes y que, por ejemplo, no pudieran comprar destornilladores sin convencer al vendedor de la bondad de sus intenciones.

Pero, es más, y en este caso utilizando los mismos argumentos que emplea el Tribunal Supremo, ¿acaso se acreditó en la Sentencia de la AP Barcelona que la aportación realizada por los directivos de la entidad tuvo un efecto determinante en la comisión de un delito contra la Hacienda Pública y tal extremo ha sido recogido en los Hechos Probados? No se olvide, por otro lado, que no todas las personas que suscribieron los productos financieros cometieron tal delito.

Además de lo anterior, entendemos que lo acabado de referir viene corroborado por esa misma Sentencia del Tribunal Supremo, en cuyo párrafo siguiente de ese mismo Fundamento de Derecho Primero, Apartado 3, dice lo siguiente:

“En todo caso la doctrina mayoritaria excluye el mero conocimiento del plan del delito o que una simple solida-

ridad pasiva con los autores pueda ser una cooperación idónea para imputar objetivamente la participación, salvo en los casos en los que el sujeto sea garante de la no comisión del delito, en cuyo caso su participación se basará en el art. 11 CP”, (subrayado añadido).

Admitamos por un momento, y únicamente en el plano de la hipótesis, que los directivos de la entidad tuvieron conocimiento del plan delictivo que se les atribuye al resto de los acusados pero, es que el fundamento de la participación no puede descansar sólo en la solidarización con el hecho ajeno³⁰. De lo contrario, ello supondría renunciar a una relación de causalidad entre la aportación del partícipe y el resultado ejecutado por el autor. Es más, ni siquiera se podría plantear la existencia de una complicidad psí-

quica ya que esta no es posible fundamentarla en la simpatía o en la solidaridad pasiva con el autor, sino en la colaboración causal al resultado típico y ello no puede ocurrir de otra manera que no sea mediante un refuerzo del plan del autor para realizar un hecho antijurídico.

Como anticipábamos, al inicio una vez analizados los argumentos empleados en la Sentencia de la AP Barcelona que le llevan a concluir la existencia de responsabilidad en los acusados por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública a título de cooperadores necesarios, entendemos que los mismos carecen de fundamento y que, por lo tanto, la conducta o el comportamiento que se les atribuye a los directivos de la entidad bancaria carecía de relevancia penal.