

Las conductas neutrales de intervención en el delito y el delito de tráfico de drogas

Las conductas neutrales se conocen también con el nombre de conductas «cotidianas», «ordinarias», «diarias», «corrientes», «regulares» o «no extraordinarias» (1) . Las conductas neutrales, también llamadas conductas cotidianas, conductas social y/o profesionalmente adecuadas, son, según ROBLES PLANAS, por un lado conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (elemento objetivo), pero en las que existe el conocimiento (elemento subjetivo) por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo (2) . Según LÓPEZ PEREGRÍN, se entiende el acto cotidiano como intervención en un intercambio de bienes o servicios en principio legal y habitual, pero que simultáneamente puede incrementar las posibilidades de comisión de un delito. Se trata de conductas que constituyen para el sujeto acciones cotidianas e inofensivas, desarrolladas la mayoría de las veces en el marco de su trabajo, pero que una vez incorporadas por el autor a su plan delictivo, en la medida en que pueden elevar el riesgo para el bien jurídico y resultar causales para el resultado principal, pueden fundamentar responsabilidad penal (3) . Según la STS 823/2012, de 30 de octubre, los actos neutrales son actos realizados ordinariamente en el marco de actuaciones legales, pero que luego pueden ser derivados al campo delictivo; no son actos típicos de ningún delito.

El estudio de la relevancia penal de las conductas neutrales de causación indirecta del resultado obliga a determinar en qué medida estamos ante conductas de participación en el delito; se trataría de determinar los caracteres mínimos que debe revestir una conducta neutral para dar lugar a la complicidad punible (4) . Las acciones neutrales suponen una cooperación al delito de otro, aunque se desenvuelven en el marco de la normalidad diaria, quedando formalmente abarcadas por los tipos de la cooperación necesaria o de la complicidad (5) . Si bien, según el tenor literal de los tipos de cooperación en delito ajeno actualmente vigentes [arts. 28 b) y 29 CP, todas estas conductas podrían resultar ya relevantes para el derecho penal, es necesario determinar si se ha cooperado o no de forma penalmente desaprobada (6) .

Plantean el problema de la delimitación entre lo que es socialmente adecuado y lo que debe interpretarse como favorecimiento al delito (7) . En opinión de ROCA DE AGAPITO, el listón

tendrá que estar lo suficientemente elevado como para que el castigo de las conductas cotidianas no pueda suponer, en la práctica, una paralización de importantes sectores de la vida social, pero, a la vez, tendrá que ser lo suficientemente bajo como para que no quede en papel mojado la función protectora de bienes jurídicos que debe desempeñar el derecho penal (8) .

Dentro de las acciones neutrales se ubican, según WOHLERS, los casos de venta, en sí permitida, de objetos que en el fondo podrían ser empleados delictivamente y también los casos en que la colaboración al delito tiene lugar mediante la prestación de un servicio con apariencia externamente inofensiva (9) . Y así, entiendo que sería un ejemplo de conducta neutral, la del taxista que en el desarrollo de su actividad profesional traslada en su taxi a los que llevan droga para traficar con ella, o en mi opinión, también la empresa de transporte de mercancías que en el desarrollo de su actividad empresarial es utilizada ocasionalmente, por un tercero, para transportar droga oculta en la mercancía. Ejemplos de estas conductas neutrales son, según ROBLES PLANAS, indicar a alguien dónde puede comprar droga o no impedir que se venda droga en una pensión (10) . MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN ponen como ejemplos de conductas neutrales en el delito de tráfico de drogas indicar la dirección donde se vende la droga y vender un barco para transportar droga. Estas conductas, en su opinión, pueden ser incluidas como formas de autoría directa en el art 368 CP, dada la configuración del tipo legal, lo cual, en su opinión, puede resultar excesivo (11) .

Se trata de conductas que, por un lado, se presentan como inocuas o intercambiables, lo que fundamenta su

«apariencia de legalidad», pero, por otro lado, en la existencia del conocimiento de la posterior utilización delictiva también se argumenta su «apariencia de antijuridicidad», por lo que el núcleo del problema, según ROBLES PLANAS, reside en la oposición entre lo externo y lo interno de la conducta (12) .

Según WEIGEND, la discusión sobre las posibles excepciones al castigo de las contribuciones mediante acciones neutrales, refleja la existencia de una necesidad político-criminal de limitar el ámbito de la complicidad punible a aquellas acciones que facilitan la ejecución del delito de forma extraordinaria, excediendo de lo que es habitual dentro del marco de los contactos sociales (13) .

Con el fin de limitar la punibilidad de la complicidad en los supuestos de conductas neutrales se ha atendido a limitaciones de carácter subjetivo y objetivo (14) . Según la STS 823/2012, de 30 de octubre la opinión mayoritaria se inclina por un criterio objetivo para diferenciar los actos neutrales de los que no lo son.

En líneas generales, para las teorías subjetivas, la relevancia típica de la contribución

dependerá esencialmente del dolo del partícipe, de suerte que si hay voluntad de favorecimiento del hecho principal, éste contamina la aportación accesoria situándola dentro del ámbito de prohibición de la norma (15) . Para las teorías que intentan buscar limitaciones de carácter subjetivo es el conocimiento del colaborador lo que determina el carácter jurídicamente desaprobado de la acción cotidiana (16) .

Desde la perspectiva subjetiva se ha excluido la punibilidad de las acciones neutrales en el ámbito de la tipicidad, al considerar que dichas acciones neutrales, en la mayoría de los casos, realizan el tipo objetivo, pero no el subjetivo, puesto que no está presente el dolo (17). También se ha tratado de establecer limitaciones a la punibilidad de las conductas neutrales atendiendo a las distintas clases de dolo. De esta manera, las contribuciones objetivamente neutrales deben castigarse como complicidad cuando son de valor para el autor y se realizan con dolo directo; en cambio, si el que realiza esa conducta neutral actúa sólo con dolo eventual (porque sólo percibe el riesgo de aparición del delito) su conducta debe quedar en principio impune en base al principio de confianza (18) , pues al partícipe le está permitido confiar en que otros no cometerán hechos punibles y que su contribución será empleada legalmente, siempre que esta suposición no sea desvirtuada por una reconocible propensión al hecho del tercero (19) .

En opinión de MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, las conductas neutrales, si se realizan de forma dolosa, es decir, sabiendo el uso delictivo que va a hacer de esa ayuda la persona favorecida y, al menos, asumiendo dicho uso, pueden constituir complicidad o cooperación necesaria, punibles, por tanto, como formas de participación en el delito (20) .

También se ha dicho que en los casos de dolo directo habría que distinguir si el aporte al hecho tiene un *significado delictivo*, es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe, en cuyo caso, entraría en consideración la complicidad punible, o bien, si el aporte tiene sentido con independencia del hecho principal, es decir, cuando tiene un *significado legal*, en cuyo caso, se excluye la punición (21) .

Para LANDA GOROSTIZA, las teorías puramente subjetivas abren en exceso la puerta a los problemas de arbitrariedad judicial al hacer depender, casi en exclusiva, la calificación penal de la prueba del lado subjetivo (22) , con la consiguiente dificultad probatoria de los elementos subjetivos (23) . Frente a las teorías subjetivas, sostiene ROBLES PLANAS que el derecho penal del Estado de Derecho es un derecho penal del hecho, en el que no puede hacerse depender la calificación objetiva de una conducta de si se ejecuta con dolo o no (24) . Desde una perspectiva político-criminal, se ha dicho que las teorías puramente subjetivas pueden dar lugar a declarar como complicidad punible un sector insoportablemente extenso de conductas, con la consiguiente restricción de la libertad de acción en sociedad, como fundamento de un Estado Social y Democrático de Derecho (25) .

Los defensores de las teorías objetivas puras renuncian, dentro de la tipicidad, a otorgar relevancia a filtros subjetivos. Reivindican un primer escalón de relevancia típica en el nivel objetivo pues el tipo de complicidad no puede depender sólo de que el sujeto actúe con dolo. En segundo lugar, a la hora de determinar cuándo se está ante una contribución objetivamente favorecedora se niega, por lo general, toda eficacia a datos subjetivos y, en particular, al dato del conocimiento sobre la intención de un tercero de llevar a cabo un hecho delictivo principal (26) .

Las dificultades que presenta el atender a limitaciones de carácter objetivo se encuentran en determinar bajo qué condiciones una conducta incrementa inadecuadamente, o de forma no tolerable, las posibilidades de realizar el hecho principal (27) . Para LANDA GOROSTIZA, las teorías objetivas puras van demasiado lejos al convertir los criterios de imputación objetiva en instrumentos inflexibles, rígidos y, en definitiva, inidóneos para captar adecuadamente el sentido de los comportamientos neutros en el marco laboral (28) . Se ha criticado también que, desde las teorías objetivas, sólo excepcionalmente se admite la intervención penal en el campo de las conductas neutras de intervención en el delito (29) .

Dentro de estas teorías que atienden a criterios objetivos están la teoría de la adecuación social/profesional (30) , la teoría de la solidaridad con el injusto ajeno (31) , la teoría de la relación delictiva de sentido y la teoría de la imputación objetiva.

Según la formulación original de la teoría de la adecuación social las acciones que se mueven dentro del orden ético-social establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del injusto (32) . Se trata de actividades que entrañan riesgos para bienes jurídicos ajenos, pero que por su utilidad para la sociedad en su conjunto, se consideran lícitas (33) . La

teoría de la adecuación profesional, desarrollo de la teoría de la adecuación social, ha entendido que lo que es profesionalmente adecuado, no puede estar a la vez penalmente prohibido, y a la inversa; se produciría una limitación del injusto penal fruto de la adecuación profesional (34) .

Se ha distinguido así, entre conductas profesionales y conductas neutrales desarrolladas en el ámbito privado, privilegiando las primeras sobre las segundas. Así, se ha dicho que en el campo de las acciones neutrales profesionales no se debe castigar al que presta ayuda reconociendo sólo el peligro de utilización de su acción con fines delictivos, pero sin conocerlo positivamente. En cambio, con respecto a las acciones cotidianas de carácter privado se ha considerado suficiente que el colaborador crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el delito (35) . Ello ha llevado a criticar de esta teoría que conlleva una diferencia de trato punitivo en las dos clases de dolo (directo y eventual), con lo que se rompe la unidad en las sanciones penales entre las distintas formas de dolo; se entiende que cabe cooperación tanto con dolo directo como con dolo eventual, pues los arts. 28 b) y 29 CP no prevén ninguna limitación por razón de la clase de dolo (36) .

En opinión de ROBLES PLANAS, es dudoso si es posible aplicar la teoría de la adecuación profesional a todos los casos problemáticos de cooperación mediante conductas neutrales, y en particular en aquellos casos en que no existe un consenso normativo; así, es el caso de la actividad profesional del taxista en que se puede plantear la existencia o no de un consenso normativo sobre si su actividad profesional abarca el acompañar a delincuentes hasta el lugar del hecho (37). Y en los casos de tráfico de drogas, ¿podría considerarse profesionalmente adecuada la actividad del taxista que traslada a quienes portan droga con el fin de traficar con ella y por tanto considerar su conducta impune?, ¿o más bien estaríamos ante un supuesto de complicidad? Este supuesto encuentra difícil solución desde la teoría de la adecuación profesional.

En cuanto al criterio de la adecuación social como límite a la punibilidad de las acciones cotidianas, la línea que separa lo socialmente adecuado y lo inadecuado es muy difusa, con el peligro que ello entraña para el principio de legalidad (38) .

La teoría de la solidaridad con el injusto ajeno defiende la existencia de una solidaridad del cómplice con el injusto del autor principal (39). El que contribuye a la ejecución de un delito sólo deberá ser castigado como cómplice cuando se solidarice con el hecho del autor, esto es, cuando ostensiblemente se coloque del lado de la antijuridicidad (40) . El fundamento de la punibilidad de la participación reside, para esta teoría, en el desvalor de acción que conmociona la paz jurídica (41) .

Entre los criterios que sirven para determinar si el cómplice se solidariza con el injusto ajeno

está el criterio de la proximidad al hecho, según el cual es suficiente con que la contribución al hecho se preste temporalmente tras el comienzo del estadio de la tentativa, y además, es necesario que se ayude al hecho ajeno en el sentido de que se realice el núcleo de su injusto. Otro criterio es que la acción de ayuda transcurra en el marco de la rutina diaria profesional, de manera que quien ejerce su profesión no es cooperador porque falta normalmente el deseo de favorecer un hecho ajeno. Junto a ello se ha de valorar si el sujeto tiene conocimiento, al menos causal, del hecho principal y si su decisión está motivada por tal conocimiento (42) .

Frente a esta teoría se ha criticado que implica admitir que el cómplice, mediante su comportamiento, aporta ciertos elementos del ánimo, lo que crea el peligro de un derecho penal de ánimo que hay que rechazar (43) , así como que no ofrece ningún criterio de delimitación práctico para los casos dudosos (44) .

Desde la teoría de la relación de sentido delictiva se ha afirmado la posibilidad de una colaboración penalmente relevante sólo cuando una determinada acción, bajo las circunstancias dadas, tiene, por sí sola, el sentido de contribuir a la comisión de un delito, es decir, el cómplice no puede hacer valer ningún interés legítimo propio en la realización de su contribución porque la misma deduce su sentido objetivo exclusivamente del plan delictivo del autor (45) . Entre los criterios utilizados para averiguar la existencia de esta relación delictiva de sentido están el del incremento de las posibilidades de éxito (46) , así como también la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice, que éste actúe a petición expresa del autor o que exista, por su parte, una especial posición de deber (47) .

La teoría de la imputación objetiva destaca la peligrosidad como momento objetivo nuclear del desvalor de acción, y presenta, según LANDA GOROSTIZA, un perfil objetivo-final al servicio de un derecho penal preventivo y orientado a la protección garantista de bienes jurídicos (48) .

La imputación objetiva es, para ROBLES PLANAS, el mecanismo mediante el que se interpreta el significado que tiene un acontecimiento para la vigencia de la norma, pues no cualquier conducta anti-normativa es suficiente para constituir un injusto penal; sólo aquellos comportamientos que transmitan un inequívoco contenido de ataque a la norma en cuestión, podrán ser calificados como antijurídicos (49) . No toda conducta peligrosa puede conllevar la imputación objetiva del resultado, sino que es necesario que éste sea la materialización de un riesgo jurídicamente desaprobado. No basta con la peligrosidad objetiva de la conducta, sino que además debe tratarse

de un riesgo no permitido; el concepto de riesgo permitido es, así, el punto nuclear de la moderna teoría de la imputación objetiva, lo que tiene su reflejo en el ámbito de las acciones cotidianas (50) .

Según BLANCO CORDERO, para determinar si la conducta crea un peligro desaprobado se ha de atender a dos criterios: la previsibilidad objetiva del resultado y que la conducta supere el riesgo permitido. De acuerdo con el criterio del riesgo permitido, es la sociedad la que asume el riesgo que supone la realización de acciones neutrales que pueden ser utilizadas por otros para la comisión de un delito. Para valorar si un comportamiento excede de lo permitido es necesario proceder a la valoración de las circunstancias que concurren en el caso concreto con base fundamentalmente en dos criterios: el cumplimiento de las normas jurídicas o sociales propias del ámbito en el que se desarrolla la conducta, y el recurso al criterio del hombre medio ubicado en la situación del autor, los conocimientos que debe tener cualquier persona que actúe en una actividad. Junto a estos conocimientos se han de tener en cuenta, para este autor, los llamados conocimientos especiales, es decir, los conocimientos propios del concreto sujeto que desarrolla la conducta (51) .

Para LÓPEZ PEREGRÍN, el criterio central de la definición del riesgo permitido debe ser la existencia o ausencia de una finalidad autónoma en la aportación desde la óptica del cómplice. Para LÓPEZ PEREGRÍN, las acciones que pueden ser calificadas, desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación, como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo (52) .

En opinión de ROBLES PLANAS, en el ámbito de las conductas neutrales se debe analizar si se da o no la creación de un riesgo penalmente relevante de participación en el delito. Al partícipe sólo se le puede castigar cuando cree un riesgo especialmente apto o idóneo para que el delito sea cometido por otro, lo que ocurrirá, por una parte, cuando se infrinjan deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone precisamente para evitar que determinada clase de aportaciones sean tomadas por otro para cometer un delito, o bien cuando no existiendo tales deberes especiales, se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido (53) .

Para ROBLES PLANAS, la búsqueda de los criterios que han de delimitar las conductas desaprobadas ha de atender a la lesividad social. La razón especial que conduce a afirmar que el hecho también se imputa a la propia conducta del interviniente, que también le pertenece, es que su conducta contenga un *riesgo especial de continuación delictiva*, es decir, que la realización de la misma, contiene, por su configuración, la posibilidad intrínseca de que va a ser llevada hasta lo delictivo. Y las condiciones para la presencia de un *riesgo*

especial de continuación delictiva van a depender del contexto en el que se verifique la conducta, y así, en su opinión, cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, más difícil resultará hallar una razón convincente para fundamentar la punibilidad del partícipe (54) .

Para ROBLES PLANAS, indicar a alguien dónde puede adquirir droga no es aún intervenir en un delito, y sin embargo, acompañar hasta el punto de venta de droga determinado (en connivencia con el vendedor), constituye una conducta de complicidad en el delito de tráfico de drogas. Igualmente sería complicidad en el delito de tráfico de drogas, prestar la habitación de un hotel para que se realicen intercambios de droga. Si bien entiende que una habitación de hotel es un bien al que puede acceder cualquier persona, puede que en un contexto determinado (por ejemplo, cuando la fotografía del traficante se difunde en la prensa) suponga una adaptación a las necesidades específicas del autor (55) . ¿Y entonces qué sucede cuando quien transportando droga que va a destinar al consumo de terceros, solicita al taxista que le lleve hasta el lugar de destino donde le esperan los compradores? Siguiendo la concepción de ROBLES PLANAS, la prestación del taxista es ubicua, fácilmente intercambiable, y por tanto se podría entender impune. Pero ¿Y si el cliente indica al taxista que en el camino deb evitar la presencia de la policía? En este contexto concreto, es claro que al traficante le sería más difícil encontrar un taxista dispuesto a realizar la prestación, por lo que, a mi entender, la conducta debería calificarse de complicidad en el delito de tráfico de drogas, sin perjuicio de que dada la configuración de este tipo legal pueda ser calificada de autoría.

En la práctica GIMBERNAT ORDEIG, desde la teoría de los bienes escasos, llega a soluciones similares en los casos aquí propuestos. Para este autor, el partícipe que, con conciencia de la finalidad del viaje, traslada en automóvil al delincuente al lugar del delito, no es cooperador necesario, sino cómplice, pues si se ocultan las intenciones delictivas es fácil encontrar taxis u otros medios de transporte que lleven al delincuente. El supuesto de facilitar una habitación para que se lleve a cabo un delito constituye, en su opinión, la mayoría de las veces, un supuesto de cooperación necesaria pero, sin embargo, son imaginables situaciones en que la facilitación de una habitación sea sólo un supuesto de complicidad, porque el problema del lugar donde cometer el delito no ofrezca dificultades en el caso concreto (56) .

Según ROBLES PLANAS, en casos como el del mensajero que hace entrega de un paquete bomba por encargo de un cliente o el transporte por el camionero de bienes de contrabando, siempre que no existan otros datos que permitan interpretar tal acción como una adaptación específica al hecho posterior, el mero dato de la mensajería o el transporte,

no son aún suficientes para afirmar que entre el mensajero o transportista y el hecho «posterior» existe una relación normativa para la imputación a título de intervención en el delito (57) . Lo mismo cabría aplicar, a mi entender, cuando el mensajero lo que entrega por encargo del cliente es droga y el camionero transporta droga. Téngase en cuenta, no obstante, que los delitos de tráfico de drogas son delitos de consumación anticipada con lo que el mero dato del transporte o la entrega, supondrían ya la consumación del delito, y la conducta sería calificada en ambos casos de autoría.

Según ROBLES PLANAS, la presencia de deberes especiales fundamenta, en principio, una posición de garante; el incumplimiento de tales deberes puede conducir a la imputación del resultado por las conductas de sujetos que posteriormente deriven las consecuencias hacia lo delictivo. Como regla general, se afirma, así, que los funcionarios de policía son garantes de la evitación de los delitos de que tengan conocimiento, de forma que, si un agente de la autoridad tiene noticia de la efectiva comisión de un delito y omite impedirlo, se estima que debe responder como cooperador en el mismo, dado que con su inactividad ha favorecido la comisión de ese delito. Sin embargo, en su opinión, no es posible afirmar, con carácter general, la existencia de una posición de garantía por parte de los funcionarios de policía, sino que deben darse determinados requisitos para poder afirmar la imputación por intervención en el delito no evitado: en primer lugar, deberá comprobarse si, en el caso concreto, la conducta del funcionario de policía que no impide la comisión del delito supone *un efectivo favorecimiento* del mismo, lo que sucederá tan sólo cuando de la situación concreta se derive que la actuación del agente de la policía habría impedido aquella conducta lesiva y, además, aquél había asumido específicamente, su control; en segundo lugar, es preciso reducir tal posición de garantía a la evitación de aquellos peligros respecto de los que existe la expectativa social de que serán institucionalmente evitados (vida, integridad física, libertad y patrimonio), pues al margen de estos bienes jurídicos sólo podrá afirmarse la existencia de un delito de omisión del deber de perseguir delitos por parte de los funcionarios públicos (58) . Aplicado ello a la conducta de los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad que favorecen la comisión del delito de tráfico de drogas, omitiendo el deber de perseguir delitos (por ejemplo, al no realizar actuación alguna ante un tráfico de drogas del que tienen conocimiento o que se realiza en el lugar en que dicho agente está ejerciendo funciones de vigilancia), los dos requisitos exigidos por ROBLES PLANAS, es fácil que concurren en este ámbito: y así, en primer lugar, será fácil deducir su posición de garante, ya que normalmente la omisión de actuar habrá favorecido, en el caso concreto, la comisión del delito

que se habría podido evitar con su actuación, y en segundo lugar, en mi opinión, existe una expectativa social de que esta clase de delitos van a ser evitados.

Otras teorías son: la teoría de la prohibición de regreso, la del favorecimiento, y la teoría de la infracción de deber. En virtud de la teoría de la prohibición de regreso en su sentido tradicional, si cursos causales de acciones no dolosas son aprovechados por una acción dolosa para provocar directamente el resultado, está prohibido regresar o remontarse más atrás de la acción dolosa para buscar causas no dolosas (59) . El criterio de la prohibición de regreso decide en función de si el que presta ayuda puede desvincularse o no de las consecuencias de su aportación, lo cual es posible cuando su comportamiento también tiene sentido sin la acción de quien comete el hecho (60) .

La aplicación de la teoría de la prohibición de regreso al campo de las acciones neutrales se debe a JAKOBS (61) . En opinión de JAKOBS, la libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno. No todas las consecuencias causadas son consecuencias imputables, sino sólo aquellas cuya producción debe tener en cuenta el sujeto que actúa en el rol en el que se encuentre. En los casos en que el reparto de trabajo se produce de tal manera que una persona aporta una determinada prestación a otra, se debe ocupar sólo de cumplir con los requisitos de esa prestación, y no es asunto suyo su posterior utilización delictiva. En cambio, cuando el reparto de trabajo produce una *vinculación*, los intervinientes no sólo han de responder de sus prestaciones, sino también del ulterior desarrollo de los acontecimientos; y el interviniente queda vinculado con quien actúa después si (y en la medida que) su contribución no sólo haya causado la conducta, sino también ostente el significado objetivo de hacerla posible. Ello, en su opinión, puede suceder de dos formas: en primer lugar, cuando el interviniente determina los datos de su contribución en función del posterior desarrollo delictivo; en segundo lugar, cuando el partícipe presta una contribución que está prohibida per se por razón de su peligrosidad, al menos abstracta. Además, para JAKOBS, una contribución prestada durante la ejecución prácticamente nunca podrá ser distanciada del contexto delictivo, mientras que idéntica prestación, llevada a cabo con anterioridad, puede considerarse una prestación neutral (62) .

WEIGEND defiende el criterio del efectivo favorecimiento. En su opinión, la necesidad político-criminal de reducir el ámbito de lo punible se puede satisfacer con la ayuda de un criterio de carácter cuantitativo como es el del

«efectivo favorecimiento», de acuerdo con el cual hay complicidad cuando la conducta del cómplice se orienta al favorecimiento de un hecho delictivo y efectivamente se muestra como una contribución de tal carácter. Este criterio permite, según WEIGEND, que cuanto

más se pretenda descriminalizar las contribuciones inocuas, se pueda exigir una mayor medida de favorecimiento o eficiencia a la contribución para castigarla, y presenta la ventaja de reconducir la discusión sobre los límites de la complicitad punible al plano del fundamento de su pena, la indirecta, pero eficaz, puesta en peligro de bienes jurídicos (63) . Para BLANCO CORDERO, el criterio de la eficacia favorecedora de la contribución, adolece de inseguridad, pues no permite fijar con suficiente garantía los límites entre la complicitad punible y la impune (64) .

De acuerdo la teoría de la infracción de deber, no es suficiente para la imputación con cualquier peligro causado por el autor, sino que es preciso que concurra un peligro contrario a deber. Sólo cuando el autor o el partícipe infringen las reglas de la libre convivencia con los demás concurre una lesión del bien jurídico (65) .

Las teorías mixtas parten de un anclaje del problema de la neutralidad en el tipo objetivo, pero admiten diversos niveles de relevancia para lo que vendrían a ser datos o criterios subjetivos (66) . Para las teorías mixtas en general, los conocimientos especiales, particularmente el de la resolución delictiva ajena, deben integrarse en el juicio de peligrosidad de la conducta del partícipe (67) .

Dentro de las teorías mixtas LANDA GOROSTIZA ha distinguido entre teorías mixto-objetivas y teorías mixto-subjetivas. Las teorías mixto-objetivas admiten datos subjetivos en los criterios de imputación objetiva pero sin llegar a distinguir según la concurrencia de dolo directo o eventual. Lo que llama teorías mixto-subjetivas además de admitir datos subjetivos en el tipo objetivo, asumen diferencias de imputación según se trate de partícipes con dolo directo o eventual respecto del contexto o resolución delictiva ajena. Comparte las tesis mixto-subjetivas, en la medida en que avanzan desde los conocimientos especiales de resolución delictiva ajena como primer dato clave, hacia la configuración de los criterios de imputación objetiva según la modalidad de dolo concurrente. Si el dolo es directo la línea político-criminal es de clara intervención sugiriendo una regla general de relevancia típica de la contribución; si el dolo es eventual la intervención penal se convierte en excepción, sin que ello suponga dejar sin castigo de forma generalizada toda conducta con dolo eventual, menos aún si se tiene en cuenta que este tipo de comportamientos son los más habituales en la práctica en los casos de comportamientos neutrales (68) .

Las teorías mixtas-subjetivas, que ROCA DE AGAPITO, denomina teorías diferenciadoras en el plano subjetivo, han sido criticadas por reconocer consecuencias distintas entre las distintas clases de dolo, cuando el derecho penal español no reconoce tal limitación con carácter general, salvo los preceptos de la parte especial que sólo contemplan actuaciones con dolo directo. En su opinión, si el juicio de peligrosidad de la conducta no sólo depende de los conocimientos especiales (y capacidades especiales) que tenga el autor, sino también de la intención con la que actúe, habría que afirmar la peligrosidad objetiva en aquellas acciones dolosas que favorezcan o posibiliten, aunque sea mínimamente, las posibilidades de comisión del delito. No cabría decir que el incremento del riesgo no es relevante porque se trate de un objeto o de un servicio que se puede obtener en cualquier parte (69) .

También WEIGEND se muestra contrario a las posturas que intentan diferenciar la complicidad punible y las contribuciones impunes a partir de las distintas formas de dolo. En su opinión, no hay un argumento sólido que justifique que sólo aquél que actúa con dolo eventual puede confiar (principio de confianza) en que el autor no lleve a cabo la ejecución del delito, mientras que en los supuestos donde la comisión del hecho principal se presenta más segura el principio de confianza no debe considerarse. Además, en su opinión, admitir esta importancia de los elementos subjetivos para decidir la tolerancia social de una acción que objetivamente contribuye a la realización de un delito,

nos llevaría a un derecho penal de la intención (70) .

Para ROCA DE AGAPITO, la crítica del diferente trato punitivo que se da a las dos clases de dolo se podría hacer si, como hacen las teorías puramente subjetivas, sólo el dolo directo otorgase a la conducta cotidiana un contenido de sentido delictivo, excluyendo del ámbito de lo punible el dolo eventual; pero en las que él denomina teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo, el dolo eventual puede dar lugar también a la punibilidad de la conducta, aunque en menor medida, pues la carga argumental de la imputación deberá ser mayor (71) .

Según LANDA GOROSTIZA, el posible reproche de desproporción en la intervención penal a las tesis mixto- subjetivas tendría, de ser cierto, una proyección muy limitada a los casos de dolo directo pues las tesis mixto- subjetivas rechazan una regla general de castigo en casos de dolo eventual. La presunción o indicio general de «sentido delictivo» en comportamientos con conocimiento seguro de resolución delictiva ajena se invierte, para las tesis mixto- subjetivas, si dicho conocimiento es eventual, lo que permite neutralizar el riesgo de arbitrariedad y exceso en la intervención. Las tesis mixtas abren un mayor espacio de intervención punitiva frente a las tesis objetivas puras y dentro de las primeras lo que denomina tesis mixto- subjetivas son más restrictivas evitando una excesiva apertura del tipo (72) .

El ámbito de punibilidad de la participación no se puede decidir, según ROCA DE AGAPITO, teniendo en cuenta simplemente el conocimiento de que se va a cometer un delito, o dicho de otro modo, no cualquier contribución causal dolosa a la comisión de un delito tiene que dar lugar a una participación punible. El favorecimiento tiene que ser la materialización de un riesgo no permitido, y en esta decisión valorativa, no sólo influyen aspectos objetivos o externos, sino también subjetivos o internos (73) .

Para ROBLES PLANAS, el criterio relativo a la no punibilidad como principio general de las conductas que, pese a acabar favoreciendo un delito ajeno, no están desaprobadas por no configurar un riesgo especial no se ve modificado por el hecho de que tal favorecimiento sea conocido o cognoscible por el sujeto que lo presta. Si se quiere ser respetuoso con el principio de autorresponsabilidad debe llegarse a la conclusión de que nadie tiene el deber, por regla general, de tener en cuenta lo que otro, en tanto sujeto también auto-responsable, haga con la propia conducta de uno (74) .

Según la jurisprudencia los actos neutrales son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Son conductas causales desde un punto de vista natural, pero que, en tanto que pueden estar amparadas en su adecuación social, pueden no suponer un peligro o un aumento de peligro jurídicamente desaprobado para el bien

jurídico, y, en esa medida, no resultar típicas. Una acción que no representa peligro alguno de realización del tipo carece de relevancia penal; el fundamento de esta tesis es la protección del ámbito general de libertad que la Constitución garantiza. Para estimar la relevancia penal de una conducta, el TS hace referencia a las diversas teorías o criterios utilizados para establecer las condiciones objetivas en las que un acto neutral puede constituir una acción de participación: teoría del favorecimiento, relación de sentido delictiva, adecuación profesional, incremento del riesgo y adaptación al plan delictivo del autor. La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación encuentra su base, según el TS, en aspectos objetivos y subjetivos. Los objetivos son la conducta del sujeto, no sólo aisladamente considerada, sino también en el marco en el que se desarrolla, es decir, si tiene lugar o no en el marco de la conducta de un tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Los aspectos subjetivos se refieren al conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco, esto es, al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero (75) .

La STS 184/2010, de 8 de marzo, absuelve a uno de los acusados del delito contra la salud pública, al entender que tan sólo puede reprochársele el conocimiento de la travesía por mal del velero, e incluso que podía saber que la embarcación transportaba cocaína. Para el TS tal conocimiento forma parte de los llamados actos neutrales. No se trata de que este acusado tenga conocimiento de las actividades delictivas de su padre, sino de la participación delictiva en las mismas, la cual no se puede deducir inequívocamente del conjunto probatorio. Según la STS 823/2012, de 30 de octubre, son actos neutrales los que conducen inequívocamente a la consecución de un delito, es decir, se atiende a la relevancia penal que merezca el acto por aparecer claramente favorecedor o tendente a la realización de un delito y la construcción de un sumergible no puede ser calificado como acto neutral pues no es una actividad socialmente adecuada para ningún fin lícito, y sí lo es para el tráfico de drogas.

