

“Encubrimiento adelantado” como complicidad mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión

Sumario

-

El autor analiza el problema del castigo de ciertas formas de complicidad conocidas como “encubrimiento adelantado”, realizadas mediante formas de conducta cotidianas o típicas de la profesión. En su opinión, parece poco convincente que un comportamiento —realizado después del hecho— no merezca ser castigado como encubrimiento, mientras que la promesa de la misma conducta efectuada antes del acto constituya “encubrimiento adelantado”. Por eso, propone trasladar las reflexiones sobre el castigo o impunidad de ciertos grupos de casos de encubrimiento a las correspondientes situaciones de complicidad e intenta precisar mejor los límites de la punibilidad de la complicidad, que son cada vez más controvertidos en los casos de comportamientos “cotidianos”, “neutrales”, “socialmente adecuados”, “típicos de la profesión” o “específicos de la profesión”.

Abstract

-

The author analyses the problem of punishing certain forms of accessory participation known as 'advance concealment', performed through daily conduct or characteristic of a given profession. The author claims it is unconvincing to state that a behaviour - performed after the criminal act - does not deserve to be punished as concealment and state, at the same time, that the promise of the same conduct before the act constitutes 'advance concealment'. To solve this problem, the author proposes an analogy between the impunity of concealment scenarios and similar cases considered as accessory participation. He then tries to delineate the limits of the possibility of punishing through the lense of accessory participation, which is increasingly controversial in cases of 'everyday behaviour', 'neutral behaviour', 'socially appropriate behaviour', or behaviour which is 'typical of a profession' or 'specific to the profession'.

Abstract

-

Der Verfasser erörtert die Frage nach dem Strafgrund bestimmter als „vorgeleistete Strafvereitelung“ bekannter Konstellationen der Beihilfe, die durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen geleistet wird. Er behauptet, es erscheine wenig überzeugend, ein nach der Tat verwirklichtes Verhalten nicht für strafwürdig gemäß § 258 StGB und dasselbe Verhalten vor der Tat jedoch als eine strafwürdige Beihilfe durch „vorgeleistete Strafvereitelung“ zu halten. Zur Lösung dieses Widerspruchs schlägt er vor, die Überlegungen zur Strafbarkeit bzw. Strafflosigkeit bestimmter Konstellationen der Strafvereitelung auf die entsprechenden Situationen der Beihilfe zu übertragen, und versucht, die Grenzen der in Fällen „alltäglicher“, „neutraler“, „sozialadäquater“, „berufstypischer“ oder „berufsspezifischer“ Verhaltensweisen zunehmend umstrittenen strafbaren Teilnahme weiter zu präzisieren.

Title: 'Advance concealment' as accessory participation through 'everyday' behaviour or behaviour which is 'specific to the profession'

Titel: „Vorgeleistete Strafvereitelung“ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe

-

Palabras clave: encubrimiento, complicidad, comportamientos cotidianos, comportamientos neutrales

Keywords: *concealment, accessory participation, neutral everyday behaviour*

Stichwörter: *Strafvereitelung, Beihilfe, alltägliche neutrale Verhaltensweisen*

-

Índice

-

- 1. Planteamiento del problema**
- 2. El fundamento de la punibilidad de la complicidad y el “encubrimiento adelantado” como complicidad**
 - 2.1. El fundamento de la punibilidad de la complicidad
 - 2.2. “Encubrimiento adelantado” como complicidad
 - a. “Encubrimiento adelantado” como complicidad psíquica
 - b. La problemática de la complicidad psíquica mediante el “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” del autor principal
 - c. Requisitos generales de la complicidad y “encubrimiento adelantado”
- 3. La exclusión de las conductas “cotidianas”, “neutrales”, “específicas de la profesión” o “profesionalmente adecuadas” del ámbito de la complicidad punible**
 - 3.1. Comportamiento socialmente adecuado
 - 3.2. Adecuación profesional
 - 3.3. Prohibición de regreso
 - 3.4. La autorresponsabilidad como criterio de delimitación de la complicidad
 - 3.5. El “sentido delictivo” y la “tendencia reconocible al hecho” como elementos constitutivos de la complicidad
 - a. El “sentido delictivo”
 - b. La “tendencia reconocible al hecho”
- 4. Conductas cotidianas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual**
 - 4.1. Distinciones en el ámbito del dolo
 - 4.2. La distinción en la jurisprudencia del BGH
 - 4.3. Los límites del deber jurídico de omitir conductas específicas de la profesión
- 5. Las particularidades del “encubrimiento adelantado” desde el punto de vista de la complicidad**
 - 5.1. Desarrollo del enfoque subjetivo y límites objetivos
 - 5.2. La delimitación objetiva del encubrimiento punible
 - 5.3. Del encubrimiento a la complicidad
- 6. La demostración con un ejemplo: complicidad del empleado bancario en el fraude fiscal**
 - 6.1. Conductas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual
 - 6.2. “Acciones adelantadas de encubrimiento”
- 7. Conclusiones**
- 8. Bibliografía**
- 9. Sentencias**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Planteamiento del problema* **

En el debate sobre los problemas del tipo penal de encubrimiento^{***}, Theodor LECKNER aborda casos que, según el texto de la ley, parecen caer en el ámbito del § 258 StGB, pero que en su opinión no pertenecen a ese campo: un empleado bancario advierte que un cliente del banco es un delincuente prófugo y, no obstante, le entrega, de su cuenta bancaria, el dinero necesario para la fuga; un empleado de una gasolinera le vende a un delincuente prófugo la gasolina necesaria para huir en vehículo cruzando la frontera; un posadero impide que sus huéspedes persigan a un criminal interponiéndose en su camino y exigiéndoles primero el pago de la cuenta.¹ Según el criterio de LECKNER, es insuficiente fundar la impunidad de estos casos haciendo referencia a que se trata de “formas de conducta cotidianas” o “comportamientos socialmente adecuados”. Antes bien, él parte de la base de que “con el § 258 solo pueden prohibirse los comportamientos que constituyen una ayuda para el autor del hecho previo”. Sin embargo, el concepto de ayuda en este sentido debe precisarse en relación con el fin de la norma, “porque la ley aquí solo persigue el objetivo limitado de evitar el encubrimiento por solidaridad con el autor del hecho previo”.²

Sin embargo, la “ayuda al autor del hecho previo” como problema del tipo penal remite directamente a la “ayuda al autor”, que es objeto de regulación de la complicidad (§ 27 StGB), ya que, según una opinión ampliamente compartida, esta también incluye ciertos casos de encubrimiento, a saber, los casos de “encubrimiento adelantado”.³ Estos son supuestos en los que alguien hace una aportación que, si bien es directamente irrelevante para la causación del resultado típico, resulta apropiada para dificultar la persecución penal posterior.⁴ Por un lado, pertenecen a estos supuestos la entrega de una máscara o de un guardapolvo⁵ para evitar que el autor sea reconocido por la víctima, la promesa de dar al autor una coartada en caso de una investigación policial posterior,⁶ así como también el consejo de usar guantes durante el robo ya planeado para que no se pueda llevar a cabo ninguna identificación sobre la base de las huellas dactilares. Pero, por otro lado, también forman parte de este ámbito la promesa de alojar al autor después del hecho, de venderle alimentos o gasolina o de defenderlo, dado el caso, en un proceso penal iniciado contra él. Por cierto, este grupo de casos tiene en común que la punibilidad de los diversos tipos de comportamiento —si son cometidos después del hecho— es ampliamente discutida desde el punto de vista del encubrimiento.

Así pues, la problemática de la punibilidad de estos supuestos se plantea con mayor razón en el área de

* Traducción de Ignacio N. GUERRERO (Universidad de Buenos Aires) y José R. BÉGUELIN (Universidad de Buenos Aires) del original en alemán «Vorgeleistete Strafvereitelung durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe», publicado en ESER / SCHITTENHELM / SCHUMANN (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, 1998, pp. 193-225.

** Hasta su jubilación, el autor fue titular de la cátedra de Derecho penal, procesal penal y Filosofía del Derecho de la Universidad de Bayreuth. Los símbolos §§ sin referencia a ninguna ley remiten al Código Penal alemán (StGB).

*** N. de t.: En el original alemán, “*Strafvereitelung*”, es decir, “frustración de pena”. A efectos de facilitar la lectura, se ha preferido traducirlo como “encubrimiento”.

¹ LENCKNER, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», *Schröder-GedS*, 1978, pp. 355 s.

² LENCKNER, *Schröder-GedS*, p. 356.

³ Fundamental respecto del “encubrimiento adelantado”: CLASS, «Die Kausalität der Beihilfe», *Stock-FS*, 1996, pp. 116 ss., quien, sin embargo, con respecto a la versión aplicable en ese momento del § 257 StGB, habla de un “favorecimiento adelantado” y juzga los casos relevantes de *lege lata* como impunes; al respecto, cf. ROXIN, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 12.

⁴ Al respecto, cf. ROXIN, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 12; EL MISMO, «Was ist Beihilfe?», *Miyazawa-FS*, 1995, p. 506.

⁵ Cf. *RGSt* 8, p. 267.

⁶ Cf. *BGH NJW* 1951, p. 451.

la complicidad, pues parece poco convincente que un comportamiento —realizado después del hecho— no merezca ser castigado como encubrimiento, mientras que la promesa de la misma conducta efectuada antes del acto constituya “encubrimiento adelantado”. En esta situación, parece conveniente trasladar las reflexiones de Theodor LECKNER sobre la punibilidad o impunidad de ciertos casos de encubrimiento a las correspondientes situaciones de complicidad y examinar la cuestión de si, desde su enfoque metodológico, se pueden precisar mejor los límites de la punibilidad de la complicidad, que son cada vez más controvertidos en los casos de comportamientos “cotidianos”, “neutrales”, “socialmente adecuados”, “típicos de la profesión” o “específicos de la profesión”.

2. El fundamento de la punibilidad de la complicidad y el “encubrimiento adelantado” como complicidad

En lo sustancial, hoy en día existe un amplio consenso acerca de que el fundamento de la punibilidad de la complicidad se halla en el fomento del hecho principal a través de la propia agresión al bien jurídico por parte del cómplice, cuya eficacia depende, sin embargo, del hecho principal.⁷ No obstante, se discute incluso qué debe entenderse por fomento en este sentido.

2.1. El fundamento de la punibilidad de la complicidad

El § 27 StGB considera cómplice a aquel que dolosamente presta ayuda a otro para que cometa dolosamente un hecho antijurídico. No obstante, se discute si la prestación de ayuda debe haber sido (con)causa del hecho principal o de la acción del autor o si la contribución solo debe haber favorecido la acción del autor, sin necesidad de ser causa del hecho principal en sí. Mientras que la doctrina dominante hace hincapié en la exigencia de la “causalidad de la complicidad”,⁸ la jurisprudencia de los tribunales superiores rechaza este requisito y solamente exige que el cómplice “promueva” o “facilite” el hecho.⁹ Pero también dado que la doctrina dominante no requiere una contribución causal del cómplice en el sentido de una *conditio sine qua non*, sino que considera suficiente para la causalidad de la complicidad que esta haya “permitido, facilitado, acelerado o intensificado el hecho principal”,¹⁰ la discusión entre la doctrina dominante y la jurisprudencia de los tribunales superiores resulta ser un “problema aparente”,¹¹ puesto que la diferencia radica mucho más en la elección de las palabras que en la sustancia.¹² De igual manera, las diferencias materiales de estas doctrinas se disuelven con la opinión

⁷ Al respecto, KÜHL, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1997, § 20, nm. 132; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, previo al § 20 nm. 8; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 5ª ed., 1996, § 22, nm. 7; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT I, 3ª ed., 1981, nm. 858. Acentúan la causalidad con más fuerza: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT, 10ª ed., 1995, § 31, nm. 3; CRAMER, «Vor 25 ss.», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 17; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht*, AT, 5ª ed., 1996, § 64 I 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht*, AT 2, 7ª ed., 1989, § 50, nm. 57; ROXIN, «Zum Strafgrund der Teilnahme», *Stree/Wessels-FS*, 1993, pp. 369 ss.; RUDOLPHI, «Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr», *GA* 1970, p. 365; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 115; WESSELS, *Strafrecht*, AT, 27ª ed., 1997, nm. 552.

Respecto de conceptos diferentes cf. JESCHECK/WEIGEND, AT, § 64 I 1, 3; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, § 22, nm. 3 ss.

⁸ Al respecto, cf. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1991, 22/34; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 64 III 2c; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 27, nm. 2; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 75; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT 2, § 52, nm. 19; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 501 s.; CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 10; SPENDEL, «Beihilfe und Kausalität», *Dreher-FS*, 1977, pp. 185 ss.; TRÖNDLE, *StGB*, 48ª ed., 1997, § 27, nm. 2; WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995, pp. 105 ss.

⁹ Cf., p. ej., *RGSt* 6, p. 169; 11, 56, 63; 58, 113, 114 s.; 67, 191, 193; 73, 151, 153, 154; *BGHSt* 2, pp. 129, 131; 8, pp. 390, 391; *BGH NStZ* 1985, p. 318; *BayObLGSt* 1959, pp. 132, 138; *OLG Hamburg JR* 1953, p. 27; *OLG Karlsruhe NStZ* 1985, p. 78; coincidente: v. WEBER, «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», *JZ*, 1951, p. 86; WESSELS, AT, nm. 582.

¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 64 III 2c, con más referencias bibliográficas en la nota 48.

¹¹ ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 502.

¹² JESCHECK/WEIGEND, AT, § 64 III 2c.

de que la complicidad se interpreta como un incremento del riesgo para el bien jurídico amenazado por el autor que se realiza en la lesión del bien jurídico por parte de este.¹³ Cuando se afirma que la prestación de ayuda posibilitó, facilitó, intensificó el resultado o aseguró su éxito, fue útil para el autor en la ejecución del hecho, mejoró su situación o lo ayudó en este sentido, no se dice, en términos generales, otra cosa que que la complicidad ha aumentado realmente las posibilidades de un menoscabo al bien jurídico por parte del autor porque él, con su comportamiento, ha aumentado el riesgo para los bienes jurídicos amenazados. Sin embargo, dado que —en los delitos de comisión— un incremento del riesgo, como todo incremento real del peligro, requiere la puesta en marcha de una cadena causal, no es posible percibir una diferencia material entre, por un lado, afirmar que la complicidad es una conducta por medio de la cual el cómplice “ha incrementado el peligro para el bien jurídico que se ha realizado en la lesión de ese bien jurídico”¹⁴ y, por el otro, caracterizar la complicidad, como lo hace ROXIN, “como un ataque accesorio al bien jurídico mediante un incremento causal del riesgo”.¹⁵ Por su parte, se integra en esta misma línea la afirmación del BGH de que “puede existir complicidad en la estafa ya cuando alguien voluntariamente le da al autor un medio crucial y, por tanto, incrementa conscientemente el riesgo de que se cometa un... hecho principal precisamente mediante el uso de ese instrumento”.¹⁶ No obstante, es una ventaja ceñirse a la prueba del incremento del riesgo que se ha realizado en el resultado, porque este requisito obliga a demostrar que el cómplice ha prestado ayuda o bien que ha favorecido el hecho principal, y prohíbe suponer que el “cómplice” ha fomentado el hecho cuando ni siquiera ha incidido en la situación de riesgo o cuando la prestación del cómplice llegó a su fin antes de que se produjera el resultado (o en el caso de la tentativa, antes de que esta comenzara) y de ningún modo siguió teniendo efectos. Ello es así porque con una interpretación tan “amplia” del concepto de ayuda se socava la decisión del legislador de dejar impune la tentativa de complicidad. Así se hace imposible delimitar la tentativa de complicidad, la complicidad en la tentativa y la complicidad en el delito consumado; y los límites de la responsabilidad penal se diluyen en perjuicio del autor.¹⁷ El Tribunal del Imperio sucumbió reiteradas veces a este peligro¹⁸ y el intento de interpretar la complicidad como un delito de peligro abstracto¹⁹ también conduce inevitablemente a que los casos de tentativa de complicidad se identifiquen con los de complicidad consumada debido a la renuncia a demostrar que el comportamiento del cómplice realmente ha incrementado el riesgo.²⁰

Por lo tanto, dejando de lado las diferencias terminológicas, la complicidad puede caracterizarse como un comportamiento del cómplice que ha incrementado aquel riesgo que el autor principal ha realizado en el menoscabo de bienes jurídicos protegidos. En cambio, es problemática la cuestión de si los supuestos individuales, en particular los casos de “encubrimiento adelantado”, obligan a limitar esta caracterización de la complicidad por medio de otros elementos.

¹³ Cf. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22 nm. 53; EL MISMO, «Straflose Teilnahme?», *Lange-FS*, 1976, p. 210; RANFT, «Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», *ZStW*, (97), 1985, pp. 284 ss.; SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *Honig-FS*, 1970, pp. 182 ss.; STRATENWERTH, *ATI*, nm. 898.

¹⁴ OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 53.

¹⁵ ROXIN, «§ 27», *LK*, 11^a ed., 1992 ss., nm. 5. Coincidente: JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c.

¹⁶ BGH *NJW*, 1996, p. 2517.

¹⁷ Al respecto, cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 504.

¹⁸ Al respecto, ver referencias en JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2c; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 503 s.

¹⁹ Así, HERZBERG, «Herzberg Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, p. 7.

²⁰ Para una crítica de esta concepción, cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 504 s.; SAMSON, «Die Kausalität der Beihilfe», *Peters-FS*, 1974, pp. 126 s.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 147 ss; VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», *Heinitz-FS*, 1972, pp. 298 ss.

2.2. “Encubrimiento adelantado” como complicidad

a. “Encubrimiento adelantado” como complicidad psíquica

Aquel que entrega a una persona decidida a cometer un delito una máscara para la ejecución del hecho, le promete una coartada, le aconseja llevar guantes durante la ejecución del hecho, se compromete a alojarla o a venderle copias de llaves o gasolina para fugarse después del hecho, o como abogado le promete defenderla en el proceso penal por ese hecho, no incrementa el riesgo para el bien jurídico amenazado a través de la facilitación objetiva de la ejecución del hecho. El agente ni presta servicios que le faciliten objetivamente al autor principal la ejecución del hecho (complicidad física), ni tampoco facilita la ejecución del hecho prestando asesoramiento útil (asesoramiento técnico).²¹ Solo puede entrar en consideración una complicidad psíquica a través de un “fortalecimiento de la decisión al hecho” del autor principal. Sin embargo, la posibilidad de una complicidad psíquica es, de antemano, básicamente controvertida.

b. La problemática de la complicidad psíquica mediante el “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” del autor principal

La complicidad psíquica mediante el “fortalecimiento de la decisión al hecho” concurre cuando alguien fortalece la decisión de cometer el hecho del autor principal, lo disuade de los últimos escrúpulos o le da una mayor sensación de seguridad.²² No obstante, estos casos remiten al mismo tiempo a la problemática de la complicidad psíquica, porque dado que esta, mediante el “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho”, solo entra en consideración en los casos de *omnimodo facturus*, resulta dudoso, por un lado, que sea posible comprobar la causalidad de este tipo de efectos en el resultado o en la conducta del autor principal, de modo que esta clase de complicidad crea, en principio, dificultades de prueba insuperables.²³ Por otro lado, se afirma que la complicidad mediante el “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” incide en el autor, pero no en el hecho. No obstante, la incidencia sobre el autor fue incluida por el legislador en el § 27 StGB como inducción. A su vez, es requisito de la inducción el determinar al autor a que cometa el hecho. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la determinación o provocación de la decisión de cometer el hecho, el legislador ha dejado impune precisamente la forma más débil, es decir, el “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho”.²⁴

Esta crítica se justifica en la medida en que quien está decidido a cometer el hecho de manera definitiva no puede estar aún “más decidido” por expresiones de ovación, aprobación o solidaridad. Por tanto, en contra de la opinión del Tribunal Federal alemán (BGH),²⁵ la mera solidaridad con el autor, el manifestar aprobación respecto de su proceder o el expresar simpatía por su comportamiento no pueden fundar

²¹ SAMSON, «§ 27», *SK I*, actualizado a junio de 1997, nm. 13. De otra opinión, RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht. Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele», *wistra*, 1997, p. 41, nota 4: “se promueve el hecho porque se hace posible que sea llevado a cabo con la perspectiva de una ulterior finalización exitosa”. Sin embargo, en los casos aquí relevantes esta conclusión ya no se refiere al hecho, sino a momentos posteriores al hecho.

²² Al respecto, cf. *BGHSt* 8, pp. 390, 391; *BGH NJW*, 1951, p. 451; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, § 64 III 2a; CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 25ª ed. 1997, nm. 12.

²³ Cf. SAMSON, «§ 27», *SK I*, nm. 15.

²⁴ Cf. HRUSCHKA, «Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 31, 136», *JR*, 1983, pp. 178 s.

²⁵ Cf. *BGHSt* 31, p. 136.

una complicidad punible.²⁶ HRUSCHKA²⁷ señala convincentemente que, de acuerdo con la concepción general, a nadie se le ocurriría la idea de que cualquiera que exprese a otra persona su aprobación respecto del hecho de que esté quitando la nieve de su puerta, la está “ayudando” a quitar la nieve. No obstante, esta afirmación no explica la decisión de descartar por completo la posibilidad de una complicidad mediante el fortalecimiento de la decisión del autor principal de cometer el hecho, ya que incluso la prestación de asesoramiento técnico incide solo sobre la psique del autor e incrementa el riesgo para el bien jurídico. Por lo tanto, la tesis de que la complicidad requiere una influencia sobre el hecho y que la inducción presupone una influencia sobre el autor no es en absoluto adecuada para definir límites claros a la complicidad. Y, en principio, no es indemostrable la causalidad de las acciones que fortalecen la decisión de cometer el hecho. Esto es evidente en la intensificación de la lesión al bien jurídico. Quien aconseja al autor que quiere poner fin al hecho ya iniciado que siga golpeando a la víctima o, si está cometiendo un hurto, que se lleve algunas cosas más, no lo determina a cometer un nuevo hecho, sino que crea el riesgo adicional de que se intensifique la lesión de los bienes jurídicos. De la misma manera, se puede demostrar que el riesgo para el bien jurídico protegido aumenta cuando alguien disipa las dudas del autor sobre la forma de cometer el hecho.²⁸ Por el contrario, son problemáticos los denominados casos de estabilización de la decisión de cometer el hecho. En estos también es imaginable un incremento del riesgo, pero es probable que ello ocurra en situaciones excepcionales, como p. ej. cuando al autor, del que se sabe que es inconstante, se le proveen otros motivos sólidos para cometer el hecho o se le asegura resguardo frente a la persecución penal.

El peligro de la complicidad por “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” del autor no se basa, pues, en la construcción en sí, sino más bien en el hecho de que la jurisprudencia va demasiado lejos cuando acepta esta forma de complicidad²⁹ e ignora los requisitos básicos de la complicidad. En la complicidad por “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” tampoco se debe pasar por alto que *la complicidad solo puede verse en aquellas formas de comportamiento con las que el cómplice ayuda al autor a poner en práctica el plan del hecho y, al hacerlo, incrementa las posibilidades y, por tanto, el riesgo de menoscabo de los bienes jurídicos*. En los casos de complicidad por “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” debe probarse, de la misma manera que en todos los demás casos de complicidad, que la conducta del cómplice respecto de la ejecución del plan ha incrementado el riesgo de lesión de los bienes jurídicos.

c. Requisitos generales de la complicidad y “encubrimiento adelantado”

Las conductas de “fortalecimiento de la decisión de cometer el hecho” a través de un “encubrimiento adelantado” a las que se ha hecho referencia —la entrega de una máscara para la ejecución del hecho, la promesa de una coartada, el consejo de llevar guantes, la promesa de alojamiento, el suministro de alimentos o gasolina para una fuga o la promesa de una defensa penal— pueden considerarse sin duda actos de complicidad si cumplen los requisitos generales de esta última, a menos que estén excluidos de este ámbito por razones fundamentales.

Tal exclusión prácticamente no se da cuando se proporciona una máscara para la comisión del hecho, cuando se promete una coartada o cuando se aconseja al autor que use guantes mientras ejecuta el

²⁶ Cf. también KÜPER, «Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte», GA, 1997, p. 324; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 506 ss.; EL MISMO, «§ 27», LK, 11ª ed., 1992 ss., nm. 13.

²⁷ HRUSCHKA, JR, 1983, p. 178.

²⁸ Al respecto, cf. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 56; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 506; EL MISMO, «§ 27», LK, 11ª ed., 1992 ss., nm. 13.

²⁹ Al respecto, KÜPER, GA, 1997, p. 324; ROXIN, *Miyazawa-FS*, pp. 507 s.

hecho. Por el contrario, en los casos de la promesa de alojamiento, la venta de alimentos o gasolina o la promesa de defensa técnica después del hecho, parece problemático determinar si esas conductas, que cuando el actuante desconoce el contexto de actuación podrían considerarse “socialmente adecuadas”, “neutrales” o “específicas de la profesión”, se convierten realmente en un acto de complicidad punible cuando quien actúa tiene tal conocimiento. Se plantea la disyuntiva de si estos supuestos indican o bien que el incremento del riesgo es un requisito necesario pero no suficiente de la complicidad o bien que los casos de “encubrimiento adelantado” presentan particularidades que deben tenerse en cuenta adecuadamente en la valoración jurídico-penal de los hechos.

3. La exclusión de las conductas “cotidianas”, “neutrales”, “específicas de la profesión” o “profesionalmente adecuadas” del ámbito de la complicidad punible

A pesar de que la jurisprudencia de los tribunales superiores ha tenido que ocuparse reiteradamente de las conductas específicas de cada profesión,³⁰ hasta ahora no ha abordado como problemática independiente el problema de la complicidad mediante conductas específicas de la profesión ni tampoco mediante conductas “cotidianas” o “neutrales”. Por el contrario, en una sentencia de 1985, el Tribunal Superior Federal (BGH) destacó expresamente que la complicidad puede prestarse en las formas más diversas, incluso mediante actos externamente neutrales, “como, p. ej., colaborando estrechamente con el autor principal en una empresa, lo que, según la experiencia, puede significar para él un apoyo psíquico”.³¹ No obstante, más adelante, en posteriores casos, se basó en las circunstancias concretas de cada caso particular. En cambio, en la doctrina, la complicidad mediante actos “neutrales” o “específicos de la profesión” —independientemente de que, directamente o como “encubrimiento adelantado”, incremente el riesgo para el bien jurídico protegido— se considera un problema fundamental y se intenta encontrar una solución aceptable de manera general para la complicidad y los diversos grupos de casos.

3.1. Comportamiento socialmente adecuado

Según la teoría de la adecuación social fundada por WELZEL, los comportamientos que forman parte del orden social histórico “normal” de la vida no constituyen actos típicos lesivos, ni siquiera cuando van seguidos de una lesión de los bienes jurídicos. WELZEL señala expresamente como negocios socialmente adecuados “los que se sitúan en el marco de un manejo adecuado, aunque resulten ser desventajosos”.³²

Es evidente que los comportamientos cotidianos y usuales deben ser irrelevantes para el Derecho penal, incluso si han dado lugar a un menoscabo de los bienes jurídicos en el caso particular, porque, de lo contrario, todo tipo de relación social quedaría paralizada. Sin embargo, es problemática la cuestión de si todavía se puede hablar de un comportamiento cotidiano y usual cuando las consecuencias perjudiciales no solo son abstractamente predecibles, sino también conocidas. Por lo tanto, el problema fundamental de los comportamientos socialmente adecuados no radica en que sean impunes, sino en determinar qué debe considerarse como socialmente adecuado. El “concepto” de comportamiento socialmente adecuado no denota un comportamiento conceptualmente delimitable, sino que presupone una evaluación, pero no devela sus criterios. En este sentido, la crítica de FRISCH de que es

³⁰ Cf. el resumen en WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 41 ss.

³¹ BGH 3 StR 525/84, sentencia del 23/1/1985, p. 9. Al respecto, también MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198.

³² WELZEL, *Lb.*, pp. 55 s. Al respecto, en profundidad, MOOS, «Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht», en LEITNER (ed.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, 1996, pp. 88 ss.

una “construcción extremadamente imprecisa”³³ es completamente atinada. El recurso a los “negocios cotidianos”, a las “conductas específicas de la profesión” o “habituales” oculta el problema, puesto que tales referencias hacen pensar en casos penalmente irrelevantes, pero no dan ninguna indicación de cuándo un supuesto “habitualmente” irrelevante desde el punto de vista penal puede ser excepcionalmente relevante para el Derecho penal. En general, está bastante claro que la venta de un cuchillo por parte de un vendedor de artículos para el hogar es socialmente habitual y adecuada, aun cuando cualquiera sabe que los cuchillos pueden ser utilizados como armas mortales en determinados casos. Sin embargo, puede haber mayores dudas sobre si el negocio es socialmente habitual cuando se le vende el cuchillo a un comprador que arrastra a una víctima que está gritando y el comprador anuncia en voz alta que quiere cortarle el cuello “aquí mismo” con el cuchillo. ARZT concluye atinadamente: “El droguero que vende pesticidas a una mujer sabiendo que ella los quiere para matar a su marido es partícipe en el homicidio doloso. La participación en un homicidio simplemente no es parte de su negocio habitual”.³⁴

Así como es correcto afirmar que el comportamiento “cotidiano” o “típico de la profesión” no es punible en cuanto comportamiento socialmente adecuado, también es peligroso equiparar las acciones realizadas cotidianamente con aquellas acciones de las cuales el actuante sabe que promueven, posibilitan o facilitan la comisión de un delito. Ningún comportamiento es jurídicamente comprensible si se lo separa del conocimiento y la voluntad del actuante. Solo el objetivo y el propósito de aquel otorgan al comportamiento su significado, es decir, a las acciones externamente neutrales también se les puede dar, bajo ciertas circunstancias, una referencia de sentido delictivo.³⁵

Así como, p. ej., es correcto considerar que prestarle un encendedor a alguien que quiere encender un cigarrillo es un comportamiento socialmente habitual, sería inapropiado hacer la misma valoración en el caso de quien presta un encendedor a alguien que lo necesita para incendiar una casa.

3.2. Adecuación profesional

HASSEMER ha examinado el significado de la adecuación profesional para el Derecho penal retomando, no solo terminológica sino también materialmente, la idea de la adecuación social.³⁶ No obstante, su exhaustivo trabajo genera considerables dudas sobre el hecho de que la idea de la adecuación profesional conduzca a la impunidad de conductas cuya naturaleza peligrosa para los bienes jurídicos es conocida por los intervinientes. Según su concepción, la adecuación profesional describe “acciones profesionales normales, neutrales, socialmente aceptadas y orientadas a los reglamentos, que no necesitan ocultarse del análisis y la valoración del derecho penal porque no neutralizan sus normas, sino que las complementan, las delimitan, las concretan y las relacionan con determinados campos de acción social, sin contradecir las prohibiciones del Derecho penal”.³⁷ Es convincente que este comportamiento tiene que ser impune. Pero, de nuevo, es problemática la cuestión de qué tipos de comportamientos pueden clasificarse aquí y sobre todo si puede incluirse también el comportamiento cuya naturaleza peligrosa para los bienes jurídicos es conocida por quien actúa. Los indicios

³³ FRISCH, *Tatbeständsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 296.

³⁴ ARZT, «Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvareitelung und Begünstigung», *NStZ*, 1990, p. 3.

³⁵ Respecto de las críticas, en profundidad: FRISCH, *Verhalten*, pp. 276 ss.; HEFENDEHL, «Examensklausur Strafrecht: Der mißbrauchte Farbkopierer», *Jura*, 1992, pp. 376 s.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 22, nm. 69; RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 42; ROXIN, «Bemerkungen zum Regreßverbot», *Tröndle-FS*, 1989, p. 197; EL MISMO, *Miyazawa-FS*, pp. 513, 515; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 56; TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *JR*, 1997, p. 52; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 65 s.

³⁶ HASSEMER, «Professionelle Adäquanz Teil I und II», *wistra*, 1995, pp. 41 ss., 81 ss.

³⁷ HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 85.

mencionados por HASSEMER de que la acción profesional ya no tiene la bendición del Derecho penal hablan más bien en contra de ello:

- “Los pormenores de la actividad profesional no son compatibles con el texto de una ley penal (método gramatical de interpretación de la ley);
- La voluntad perceptible del legislador contradice la práctica (método subjetivo-histórico);
- Una práctica determinada está en contradicción con el sentido y el fin del derecho penal (método objetivo-teleológico);
- El ejercicio profesional no puede conciliarse con la tradición de interpretación judicial que sigue considerándose correcta (vinculante a través de la jurisprudencia y los programas informales);
- La práctica se adecúa al programa normativo del Derecho penal en cuanto ley e interpretación, pero produce consecuencias que violan los principios constitucionales o penales (toma en consideración las consecuencias)”.³⁸

Estos indicios pueden tener una considerable importancia en determinados casos. Sin embargo, no son de ayuda en casos que son abarcados por el tipo penal literal, pero en los que se discute si se afecta al fin de protección del tipo.

3.3. Prohibición de regreso

JAKOBS parte de la teoría de la prohibición de regreso, la cual niega que el comportamiento *per se* inocuo pueda tener el significado de ser parte de una organización delictiva si otra persona lo desvía hacia un contexto delictivo.³⁹ Considera, por consiguiente, que el comportamiento de un “interviniente” no es punible “cuando ese comportamiento, en el momento de su ejecución, no depende en absoluto de que se lleve a cabo la acción de quien realiza el tipo”.⁴⁰ Entonces, el “interviniente” no responde cuando, si bien actúa junto con el autor, el contacto social se agota en la prestación de un objeto y la realización de los fines subjetivamente perseguidos queda como un asunto separado de cada uno de los intervinientes, de modo que el acto delictivo no se convierte en el sentido común de la acción. Como ejemplo de tales situaciones, JAKOBS menciona los intercambios comerciales de la vida cotidiana. Así, el panadero no responde como partícipe de un homicidio si, al vender un pan, sabe que el comprador envenenará el producto y luego se lo servirá a sus invitados. Lo mismo rige para el prestamista, quien no responde por el uso delictivo de las divisas, y para el taxista con relación a los hechos delictivos del pasajero en el lugar de llegada o de partida.⁴¹

Estos casos generan por sí solos más dudas que aprobación, porque, p. ej., en el asesinato utilizando un pan envenenado, no es en absoluto evidente que solo deba ser castigado quien suministró el veneno, y no el que suministró los panes con conocimiento de la situación.⁴² Lo mismo vale en el caso de la concesión de un préstamo. En el caso de un prestamista privado que financia la compra de un arma homicida no debería haber dudas sobre su responsabilidad penal, incluso cuando sea demostrara que el autor podría haber encontrado otro prestamista. La referencia al intercambio fluido de bienes a duras penas justifica una valoración fundamentalmente diferente en el caso del prestamista profesional que

³⁸ HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 86.

³⁹ JAKOBS, «Akzessorietät, zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, 1996, p. 260.

⁴⁰ JAKOBS, *AT*, 24/15.

⁴¹ JAKOBS, *AT*, 24/17; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 261 s. Idéntico en las conclusiones: MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, p. 106, que sin embargo concluye en la impunidad de estos casos porque falta la relación de ilícito entre estos “actos de participación” y el hecho principal.

⁴² Cf. también FRISCH, *Verhalten*, pp. 320 ss.; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 514.

conoce el uso previsto. Finalmente, no se puede negar que los desplazamientos en taxi⁴⁵ pueden facilitar la concreta comisión del hecho o bien proporcionar seguridad al autor al alejarlo del lugar del hecho, de modo que en el caso concreto sin dudas puede haber un favorecimiento del hecho principal a través de su facilitación o del fortalecimiento de la decisión de cometerlo. Si, pese a ello, JAKOBS toma una decisión básica diferente respecto de estos casos, ello se debe a que él considera que el fundamento punitivo material de la participación no consiste (solo) en el incremento del riesgo jurídicamente reprobado para el bien jurídico protegido, sino en establecer una “relación de comunidad” delictiva entre el autor principal y el cómplice, una “organización conjunta” punible como coautoría. Empero, este requisito de la organización conjunta para la agresión al bien jurídico no se deduce de la ley. La accesoriedad de la participación está suficientemente legitimada debido a que la eficacia de la contribución del partícipe depende de la contribución del autor principal al hecho. Aquí lo relevante es la protección de determinados bienes jurídicos frente a las agresiones indirectas. No obstante, de la ley no se deduce que estas agresiones tengan que ser organizadas conjuntamente con miras a menoscabar bienes jurídicos de manera específica y deliberada. Por consiguiente, se discute si la ayuda debe ser reconocible para el autor principal.⁴⁴

3.4. La autorresponsabilidad como criterio de delimitación de la complicidad

SCHUMANN no requiere ninguna organización consensuada del hecho por parte del cómplice y el autor principal como elemento constitutivo de la participación, pero sí una solidaridad del cómplice con el autor principal. Dado que el principio de autorresponsabilidad en el que se basa la imputación penal limita la responsabilidad de quien actúa, en principio, a su propia conducta, a menos que el legislador haya ampliado la responsabilidad excepcionalmente, SCHUMANN no reconoce en la mera participación en el ilícito un fundamento suficiente para la punibilidad de la participación. Pues aun cuando se aceptase la punibilidad de la participación como una quiebra excepcional del principio de responsabilidad,⁴⁵ esa excepción requiere de una justificación especial. Esta radica en que, por medio de su contribución, el partícipe se solidariza con el ilícito ajeno. Por tanto, aquel comportamiento típico de la profesión, que carece de esa referencia, quedaría impune como participación, aun cuando, por lo demás, pueda interpretarse como una intervención en el ilícito del autor principal.⁴⁶ Son criterios de solidaridad la proximidad de la contribución con el hecho principal, el favorecimiento del hecho ajeno en su núcleo ilícito, la acción del cómplice con motivo de y con miras al favorecimiento del hecho ajeno, y que los sucesos se desvíen del comportamiento cotidiano o habitual.⁴⁷

Sin dudas hay que admitir que un favorecimiento del hecho principal en relación inmediata con el acto de ejecución conmueve mucho más la seguridad jurídica frente a terceros que un apoyo al autor principal en la etapa preparatoria. Pero, desde el punto de vista de la participación, no es relevante si el cómplice presta al autor el arma necesaria para el homicidio un día antes del delito o lo hace inmediatamente antes del hecho, a la vista de la víctima que se halla bajo el poder del autor. De igual modo, no es apropiado hacer distinciones según si el partícipe le hace más fácil el modo de cometer el hecho al autor o le hace más fácil directamente la lesión del bien jurídico. Y finalmente —como advierte

⁴⁵ Cf. BGH GA 1981, p. 133; BGHSt 4, p. 107; cf. también ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

⁴⁴ Al respecto, SCHILD/TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, en particular pp. 96 s., 132, así como la reseña de la obra por ROXIN, «Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft by Grace Marie Luise Schild Trappe», *JZ*, 1996, pp. 29 s.

⁴⁵ Al respecto, cf. SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 43.

⁴⁶ SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 42 ss.

⁴⁷ SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 57 s.

el propio SCHUMANN⁴⁸— desviarse de los sucesos habituales, p. ej. la venta de un arma, por un lado, a un autor que tiene una licencia de armas de fuego y, por otro, a un autor que no la tiene, no justifica ninguna diferencia en la punibilidad cuando es seguro que ambos autores planean un atentado. Esto justifica la suposición de que la idea de la solidarización es apropiada para concienciar del merecimiento de pena en casos de complicidad especialmente evidentes, pero no para lograr una delimitación conceptual precisa de los supuestos en los que se incrementa el riesgo para los bienes jurídicos protegidos y, sin embargo, no son punibles.⁴⁹ Esta suposición se confirma, dado que otros ya consideran suficiente como solidarización la colaboración consciente entre autor y cómplice (interacción).⁵⁰

Con todo, estas consideraciones solo fundamentan que haya reservas sobre la necesidad de la así entendida solidarización como elemento constitutivo de la complicidad. Con ello no se resuelve la cuestión de si la idea de la solidarización, en una forma modificada en términos de contenido, tiene importancia en el marco de la punibilidad de la complicidad; al respecto, *infra* 4.

3.5. El “sentido delictivo” y la “tendencia reconocible al hecho” como elementos constitutivos de la complicidad

En los casos en que la contribución del interviniente consiste en una transacción comercial normal o en un “acto cotidiano”, ROXIN comienza por diferenciar según que “la contribución al delito se realice con un conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (es decir, con dolo directo) o bien que la persona ajena cuente con que la prestación será aprovechada con fines delictivos solo en el sentido de una posibilidad, es decir, que actúe con dolo eventual”.⁵¹ Si el interviniente conoce el plan delictivo del autor, a pesar de que promueve el hecho principal a través de su contribución, solo debe afirmarse la concurrencia de complicidad punible cuando la contribución al hecho tenga un “sentido delictivo” inequívoco. Si, en cambio, la persona ajena actúa con dolo eventual, entonces su conducta solo será un riesgo *no permitido* cuando exista una “tendencia reconocible al hecho” por parte del autor principal.

a. El “sentido delictivo”

ROXIN considera que las contribuciones al hecho tienen “sentido delictivo” inequívoco cuando para el autor (principal) solo son importantes en razón del delito planeado y el interviniente lo sabe.⁵² Así, ROXIN parte de las consideraciones de MEYER-ARNDT, quien no niega que los “actos específicos del hecho” tengan el carácter de complicidad: “El acto del tercero ya no es específico del hecho si se vincula con un comportamiento del autor principal que es *per se* legal y que, incluso sin actos delictivos posteriores, sigue teniendo sentido en sí mismo desde el punto de vista económico, social o individual”.⁵³

⁴⁸ SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 63 s.

⁴⁹ Respecto de la crítica cf. también FRISCH, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsverweigerung», *NJW*, 1983, p. 2471; KÜPPER, «Strafvereitelung und „sozialadäquate“ Handlungen», *GA*, 1987, pp. 390 s.; MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra*, 1989, p. 285; NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *ZStW*, (107), 1995, pp. 513 ss.; RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 42; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 514; EL MISMO, «§ 27», *LK*, 11ª ed., 1992 ss., nm. 19; TAG, *JR*, 1997, p. 53; VOGT, *Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung*, Diss. Tübingen, 1992, pp. 71 s.; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 74 s.

⁵⁰ SCHILD/TRAPPE, *Gehilfenschaft*, pp. 96, 161.

⁵¹ ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

⁵² ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

⁵³ MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 287. Crítico al respecto, TAG, *JR*, 1997, p. 53.

Sin dudas, evaluar una prestación según tenga o no un valor económico, social o individual para su destinatario aun cuando no sea seguida de un acto delictivo, posibilita una distinción entre las distintas “conductas cotidianas”. Sin embargo, no deja de ser dudoso que esta distinción sea materialmente adecuada, porque da por sentado que los respectivos fines son inequívocos, cuando esto no es en absoluto obvio. ROXIN y MEYER-ARNDT no logran convencer cuando, p. ej., niegan la complicidad en el caso de una persona que le entrega material a un fabricante sabiendo que este viola, al tratar ese material, la normativa penal de protección del medioambiente, porque —según MEYER-ARNDT— el autor quiere procesar el material, usarlo para sus productos, después venderlo y de esa manera obtener una ganancia, y la violación de las disposiciones de protección del medioambiente es solo un producto secundario para él,⁵⁴ o bien —según ROXIN— porque el suministro de material a un fabricante tiene un sentido legal, dado que el tratamiento de material por parte de un fabricante es una actividad completamente conforme a Derecho.⁵⁵ Por tanto, si se constata que el fabricante infringe las prescripciones penales del medioambiente y, p. ej., descarga tóxicos o metales pesados en las aguas subterráneas porque no puede mantener la producción lucrativa de determinados productos si instala los filtros adecuados y demás, su comportamiento no es de ningún modo una actividad conforme a Derecho, incluso cuando el resto de la empresa funcione conforme a Derecho y diera ganancias. Pero lo mismo vale cuando él, mediante un comportamiento debido, solo habría obtenido ganancia inferior. En este caso, la compra del material tendría sentido incluso cuando se propusiera procesarlo de ese modo. Sin embargo, el método específico de uso parece tener más sentido para él porque es más lucrativo. De la misma manera, tiene sentido comprar el material cuando este se procesa debidamente durante el día, pero, por la noche, dado que el riesgo de detección es menor, se desmontan filtros y demás y se contamina el medioambiente. Las posibles distinciones que aquí se pueden hacer desde el punto de vista de la complicidad punible o impune son poco convincentes. Estas parecen materialmente tan inadecuadas como lo es diferenciar según si el asesino planea destruir, después del hecho, el arma comprada porque *solo* quiere usarla para el homicidio o si planea ponerla entre sus armas de caza para que, en el futuro, pueda usarla para cazar. Debido a lo poco adecuado de estos criterios, no parece ser en absoluto una casualidad que MEYER-ARNDT, siguiendo al Tribunal del Imperio, considere que el suministro de vino a un burdel constituye complicidad en el negocio punible del burdel,⁵⁶ mientras que ROXIN señala que esta valoración es muy dudosa, “porque el consumo de vino no es habitual únicamente en burdeles”.⁵⁷ En cambio, no es difícil aceptar la sentencia del Tribunal del Imperio⁵⁸ en el sentido de que suministrar pan y carne al operador de un burdel no constituye ninguna complicidad en el negocio punible de un burdel. Esto indica que es evidente que se considera materialmente adecuado diferenciar entre las distintas constelaciones de casos, pero no diferenciar según los criterios propuestos. Asimismo, el requisito de un “sentido delictivo” pasa por alto que en la complicidad lo esencial es la protección contra las agresiones indirectas a los bienes jurídicos protegidos, pero no el castigo de determinadas comunidades entre autor y cómplice que realizan el sentido delictivo.⁵⁹ Con ello, se demuestra que una definición más estricta de los requisitos de la complicidad favorece

⁵⁴ MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 285.

⁵⁵ ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 513.

⁵⁶ MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 282.

⁵⁷ ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 515, nota 42.

⁵⁸ *RGSt* 39, 44, 48. Al respecto, MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 282; ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 515.

⁵⁹ Respecto de la crítica a la referencia de sentido delictivo cf. también FRISCH, *Verhalten*, p. 299; HEFENDEHL, *Jura*, 1992, p. 377; MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 105 s.; NIEDERMAIR, *ZStW*, (107), 1995, pp. 522 ss., 528 ss., 531 ss.; TAG, *JR* 1997, p. 54; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 125 s.

La crítica puede dirigirse al mismo tiempo contra el requisito de una referencia de sentido delictivo objetivamente reconocible —sobre la voluntad de encubrimiento objetivamente reconocible cf. KÜPPER, *GA*, 1987, 399 ss.—, ya que no hay una referencia de sentido objetivamente reconocible que sea indudable, sino que toda manifestación de voluntad puede ser interpretada; al respecto, cf. también WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 124.

decisiones que no son más adecuadas materialmente, sino menos, pero también se muestra que, sin embargo, evidentemente no es materialmente adecuado tratar como complicidad punible determinados grupos de casos de incremento doloso del riesgo para el bien jurídico. En este sentido se confirman también aquí las reservas formuladas por Theodor LENCKNER al recurso a la adecuación social en la valoración jurídica de los comportamientos “cotidianos”. Por lo tanto, la problemática no parece residir en el concepto de complicidad ni en los elementos que lo constituyen, sino en los límites del deber jurídico de evitar, en determinadas situaciones, comportamientos que incrementen el riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

b. *La “tendencia reconocible al hecho”*

Si el interviniente realiza su aportación al hecho con dolo eventual —p. ej., el vendedor de armas o de destornilladores no está enterado de los planes del autor, pero cree reconocer el riesgo concreto de homicidio o de robo porque el aspecto o la conducta del cliente son sospechosos—, ROXIN considera que la complicidad es en sí misma posible, pero la rechaza por el *principio de confianza*: “Según este, toda persona debe poder confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en la medida en que tal presunción no sea debilitada por una ‘tendencia reconocible al hecho’”.⁶⁰ Esta argumentación es criticable porque así parece introducirse una diferenciación adicional entre el dolo eventual y el dolo directo, a pesar de que el criterio decisivo, a saber, la “tendencia reconocible al hecho” del autor desde la perspectiva de la persona externa, es precisamente el elemento sobre el que se funda su dolo eventual. Si, en cambio, la “tendencia reconocible al hecho” es interpretada de manera objetiva, queda sin resolver por qué un elemento de la imprudencia debería ser determinante para la punición por el delito doloso. Además, parece poco convincente que el principio de confianza también tenga que valer en una situación en la que el afectado justamente ya no confía en la fidelidad al derecho de su socio. Sin embargo, esto no debilita la reflexión básica de que, en el caso del dolo eventual, el dolo de la persona externa no se extiende a un riesgo *no permitido*, dado que aquí se hallan puntos de contacto con las ideas de FRISCH y Theodor LENCKNER, quienes sin dudas también remiten a la necesidad de una diferenciación en el ámbito subjetivo.

4. Conductas cotidianas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual

4.1. Distinciones en el ámbito del dolo

En su afirmación básica sobre la impunidad de las formas de conducta específicas de la profesión, FRISCH no parece atribuir ninguna importancia a la diferenciación entre el favorecimiento al hecho con dolo directo y el favorecimiento con dolo eventual. Este autor niega a los “negocios normales de la vida cotidiana” la calificación de conducta típica, incluso cuando posibiliten la comisión de delitos o les faciliten a terceros su ejecución, porque a aquellos no les es ínsita la creación de un riesgo reprobado.⁶¹ Sin embargo, si bien la idea de que las prestaciones de los “negocios normales de la vida diaria” no incrementan el riesgo desaprobado para el bien jurídico protegido —p. ej., quien es conducido al lugar del hecho también podría haber utilizado el transporte público—⁶² apunta a una solución general de los problemas, no tiene en absoluto un alcance tan amplio. Así, parece completamente acertado negar un incremento del riesgo para el bien jurídico protegido cuando el vecino ve a la prostituta en la parada de autobús y la invita a llevarla en vehículo al lugar en el que ejerce la prostitución prohibida, al que llegan al mismo tiempo que el autobús —pero tras una entretenida conversación—. En cambio, la

⁶⁰ ROXIN, *Miyazawa-FS*, p. 516. Al respecto, cf. también RUDOLPHI, «Vor § 1», *SK I*, nm. 72; SCHROEDER, «§ 16», *LK*, nm. 184.

⁶¹ FRISCH, *Verhalten*, p. 295.

⁶² FRISCH, *Verhalten*, p. 294.

argumentación fracasa cuando se trata de un viaje en vehículo al lugar del homicidio o del robo y simplemente se constata que el autor también habría podido llegar en el transporte público. Con todo, esto puede ser dejado de lado, pues el propio FRISCH, en sus reflexiones, no se basa prioritariamente en los casos de conocimiento seguro del “hecho principal”, sino en casos de “posibilitación o favorecimiento secretamente intencional” de un delito o de “uso delictivo altamente esperable” de una cosa comprada o alquilada para realizar el delito.⁶³ Sin embargo, esto atañe, nuevamente, a la distinción en el ámbito del dolo; Theodor LENCKNER encuentra allí —entre otras condiciones— la cesura necesaria para las diversas soluciones de los diferentes casos de posible encubrimiento.⁶⁴

4.2. La distinción en la jurisprudencia del BGH

En la jurisprudencia del BGH no hay una distinción formal que sirva para juzgar las conductas específicas de la profesión según los presupuestos del dolo bajo los cuales hayan sido realizadas, sino que el fallo que se ocupa del tema parece remitir expresamente a otra vía, por cierto, apenas conducente. El objeto de la sentencia⁶⁵ era la conducta de un abogado que, en su rol de defensor, había logrado que la orden de detención contra su cliente condenado fuera suspendida a cambio de una fianza. Después de que el cliente se sustrajera de la ejecución de la pena, la fianza fue declarada caduca. El defensor se opuso de inmediato con un recurso al que acompañó con una fotocopia certificada de una partida de defunción de su cliente. Él imaginó que este documento era falso y, en efecto, lo era.

No obstante, el BGH negó el dolo, pero basó la negación en una argumentación verdaderamente pueril al afirmar “que el defensor que se limita a presentar en el proceso judicial medios de prueba mencionados o puestos a su disposición por el cliente, no aprueba una conducta punible, incluso cuando tenga dudas considerables sobre la exactitud o la credibilidad del medio introducido. Antes bien, por regla general el defensor utilizará tales medios de prueba con la reserva interna de que el tribunal, por su parte, los someterá a un examen crítico y no pasará por alto su carácter sospechoso”.⁶⁶ Aunque esto no convence, hay que darle la razón al BGH, y no solo respecto de la conclusión. El fundamento material que sí convence se halla también en los fundamentos del fallo, pero su importancia es ignorada porque el BGH se ha privado de la posibilidad de precisar el deber jurídico del abogado, al identificar la cuestión de los límites del deber jurídico del defensor con la cuestión de la existencia de una causa de justificación. Esto es burdamente inadecuado,⁶⁷ pero no cambia en nada el hecho de que el BGH ha concebido con absoluta precisión los límites de los deberes jurídicos del abogado defensor respecto de la entrega de medios de prueba: “El abogado defensor está obligado a defender a su cliente de la mejor manera posible. Él tiene que presentar los medios de prueba favorables a su cliente que tenga ante sí o que le sean accesibles. En este marco, si bien está obligado a cuidar de no presentar medios de prueba falsos o que de cualquier manera él reconozca como inexactos, en la medida en que solo haya tenido dudas sobre la autenticidad, no está facultado por ello a retenerlos. De otra manera, debería asumir que estaría ocultando un medio de prueba de descargo posiblemente auténtico”.⁶⁸ Esto da en el núcleo del problema: el abogado defensor no solo no está jurídicamente obligado a retener prueba cuando cree reconocer el riesgo concreto de que sea falsa. Al contrario, está jurídicamente obligado a presentarle también ese material probatorio al tribunal en cuanto instancia

⁶³ FRISCH, *Verhalten*, p. 298.

⁶⁴ LENCKNER, *Schröder-GedS*, pp. 356 s.

⁶⁵ BGH, *NJW*, 1993, p. 273, con comentario de OTTO, «Bedingter Vorsatz beim Weiterreichen gefälschter Urkunden durch Verteidiger», *JK*, 93, StGB, § 267/17.

⁶⁶ BGH, *NJW*, 1993, p. 274.

⁶⁷ Detalladamente al respecto, OTTO, «StR: Der Vorsatz», *Jura*, 1996, pp. 473 ss.

⁶⁸ BGH, *NJW*, 1993, p. 274.

competente de examen y no puede, mediante una conducta arbitraria, privar al tribunal de material — dado el caso— de descargo. El deber del defensor de no poner en peligro el tráfico probatorio mediante el uso de documentos falsos se enfrenta aquí con el deber de agotar las posibilidades de defensa para su cliente, incluso en caso de que albergue dudas. Si cumple con este deber, defiende el interés superior frente a la puesta en peligro del tráfico de documentos que implica usar documentos en su caso falsos ante la instancia competente de examinación. Según el principio del interés preponderante, actúa justificadamente.⁶⁹

4.3. Los límites del deber jurídico de omitir conductas específicas de la profesión

Ciertamente, el caso usual de conductas específicas de la profesión no se caracteriza por un *deber de actuar*, de manera que las reflexiones del BGH no pueden ser generalizadas de manera directa. Pero, básicamente, en los casos de conductas específicas de la profesión lo relevante es siempre el derecho a ejercer una profesión, garantizado por los arts. 2 I y 12 I de la Constitución alemana. Este derecho se socavaría inaceptablemente si sus límites jurídico-penalmente relevantes fueran excedidos siempre que el actuante realizara prestaciones específicas de la profesión, a pesar de que creyera reconocer el riesgo concreto de que el destinatario de esas prestaciones las empleara en la comisión de un delito.

No están jurídicamente obligados a rechazar el negocio ni el prestamista que, en razón del aspecto y los ademanes de un cliente, sospecha que tiene delante de sí a un comerciante de objetos robados, ni el vendedor de armas o veneno que cree reconocer el riesgo concreto de un futuro homicidio, o el empleado bancario que recibe dinero para una caja de ahorros o para una transferencia y cree advertir que se trata de dinero proveniente de evasión tributaria. Con acierto, el BGH determinó, p. ej. en causas civiles, que el empleado bancario ni siquiera está facultado a rechazar el pago de un saldo por el hecho de tener la sospecha de que estaría dada una evasión tributaria.⁷⁰ Pero también en los otros ejemplos, la sospecha de un delito no es un fundamento suficiente de un deber jurídico de rechazar el negocio y, por cierto, tampoco cuando el afectado cree reconocer una lesión concreta e inmediata del bien jurídico. Sin dudas, el legislador también ha visto riesgos especiales en determinados negocios y, por lo tanto, ha tomado precauciones: el prestamista tiene que identificar a quien le deja el objeto prendado y tiene que llevar un libro de prendas; el empleado de droguería tiene que llevar el respectivo registro de tóxicos; el comerciante de armas solo puede vender el arma si se presenta el certificado de compra; y el empleado bancario debe tener lista la documentación que le exige el legislador y llevar registros. Si se cumple con estos requisitos, es decir, con las reglas que han sido dictadas por el legislador u otras instancias para supervisar y controlar determinados negocios, el profesional hará uso de las posibilidades de actuación que le ha acordado el constituyente. Su mera sospecha, su representación de estar frente a una lesión del bien jurídico, no puede reducir ese margen de acción si el propio legislador no ha asignado consecuencias jurídicas a determinadas situaciones sospechosas —como, p. ej., en el caso de la ley de blanqueo de capitales—. Este es el campo de la “adecuación profesional”, pues la conducta continúa siendo una “actuación profesional normal, neutral, socialmente aceptada y guiada por las reglas, que no necesita esconderse del análisis y juicio jurídico-penal, porque no neutraliza normas penales, sino que las complementa, las delimita, las concreta y las vincula con determinados campos sociales de acción, sin que ello implique contradecir mandatos jurídico-penales”.⁷¹ La mera sospecha de una conducta jurídico-penalmente relevante no modifica el sentido del hecho, aun cuando el grado de sospecha cumpla con los presupuestos del dolo eventual. El

⁶⁹ Más detalladamente, al respecto, OTTO, *JK*, 93, StGB § 267/17.

⁷⁰ BGH, *ZIP* 1994, p. 1930.

⁷¹ HASSEMER, *wistra*, 1995, p. 85.

conocimiento o el favorecimiento intencional del delito dan a la conducta un sentido delictivo.⁷² Solo el conocimiento o el objetivo delictivo hacen de la venta de un herbicida mortal una complicidad en el homicidio. *En la medida en que, en cambio, quien actúa profesionalmente solo crea reconocer el riesgo de cooperar en un delito, defiende el interés superior del ejercicio de su actividad profesional, que prevalece ante el interés de posibilitar o facilitar, dado el caso, un hecho punible.*^{73 74} Él hará uso del ámbito de actuación que le está jurídicamente garantizado por el ejercicio de la profesión, siempre que, por lo demás, cumpla con las reglas jurídicas que concretan el ejercicio profesional en el supuesto concreto.⁷⁵

En cambio, en el caso de las meras acciones cotidianas de un ciudadano que no actúa conforme a la profesión —y también pueden ser acciones cotidianas usuales el prestar un cuchillo, el entregar un arma o el otorgar un crédito—, es legítimo exigirle su omisión a quien cree reconocer el riesgo concreto de un delito. Aquí, la libertad general de acción puede retroceder sin problemas ante la posible puesta en peligro del bien jurídico que implicaría el ejercicio de la libertad de acción. Por el contrario, para la actividad profesional jurídicamente regulada y que cumple con esa regulación, la sospecha subjetiva todavía no constituye un límite jurídicamente vinculante. Pero si realizar la actividad específica de la profesión no es contrario al deber jurídico en una situación determinada de riesgo, tampoco puede serlo el prometer esa actividad en la misma situación, pues en este sentido no hay un deber jurídico de ocultar la predisposición a realizar tales acciones. *Por lo tanto, la ayuda al hecho mediante acciones específicas de la profesión, incluso bajo la forma de “encubrimiento adelantado”, no cumple el tipo de la complicidad cuando quien ayuda solo reconoce el peligro de un uso delictivo de sus acciones, pero no lo conoce positivamente.*⁷⁶

⁷² Respecto de una diferenciación similar, cf. también RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 54 s.; EL MISMO, *wistra*, 1997, pp. 44 ss., quien considera que el criterio determinante es la seguridad suficiente sobre la comisión del hecho.

En lo sustancial, coincide con ello que en el “Proyecto de ley de regulación de las condiciones-marco para los servicios de información y comunicación” del gobierno federal, BR-Drucks. 966/96, se estatuya en el § 5, aps. 2 y 4 un deber de bloquear el uso de los servicios de telecomunicación solamente en caso de conocimiento positivo de contenidos antijurídicos.

⁷³ Respecto de la primacía de la libertad general de acción por sobre la protección del bien jurídico, cfr. también HEFENDEHL, *Jura*, 1992, p. 377; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, nm. 3. TAG, *JR*, 1997, pp. 56 s., quiere limitar la libertad general de acción al ámbito fijado por los §§ 138, 139, 13, StGB y concebir como complicidad las acciones que posibilitan puestas en peligro o lesiones. Crítico de la primacía de la libertad de acción, NIEDERMAIR, *ZStW*, (107), 1995, pp. 537 ss. Sin dudas, su crítica debe ser aceptada, pues se dirige contra una primacía general de la libertad de acción en la realización de acciones neutrales.

⁷⁴ En las conclusiones, con esto se confirma parcialmente la antigua doctrina de la impunidad de la complicidad con dolo eventual —cfr. al respecto V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1907, p. 693; KITKA, *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, 1840, pp. 61 ss.; KÖHLER, *Deutsches Strafrecht*, 1917, p. 530—. No obstante, en contra de la idea de esta teoría, el problema no se presenta como un problema del dolo —al respecto, también TAG, *JR*, 1997, p. 51—, sino como problema de la conducta riesgosa todavía permitida, es decir, del nivel de la justificación.

⁷⁵ Desde luego que el legislador puede establecer deberes especiales de cuidado en la actividad laboral y puede sancionar su violación. Cuán poco convincente es la restricción de la actividad laboral cuando incluso alcanza el ámbito de la imprudencia, lo demuestran los esfuerzos de la doctrina por excluir al empleado bancario del ámbito de aplicación del § 261, ap. 5; al respecto, detalladamente, FLATTEN, *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, 1996, pp. 114 ss.; LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, 1995, pp. 146 ss.

⁷⁶ En contra excluir la tipicidad en caso de dolo eventual, no obstante, WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 57 ss. Ella afirma que el argumento está basado en un círculo vicioso, porque niega el tipo subjetivo sin haber constatado previamente si el tipo objetivo está completo. Esta objeción no es acertada, porque naturalmente la problemática del tipo subjetivo se plantea solo después de que se ha constatado que la conducta relevante incrementa el riesgo objetivo. Si falta esto, la complicidad no estará dada ya según los presupuestos generalmente reconocidos.

5. Las particularidades del “encubrimiento adelantado” desde el punto de vista de la complicidad

5.1. Desarrollo del enfoque subjetivo y límites objetivos

Si la distinción entre las prestaciones específicas de la profesión realizadas con dolo eventual y las realizadas con dolo directo es trasladada a la situación del encubrimiento, se llega directamente a las reflexiones de Theodor LENCKNER, quien considera que el encubrimiento punible consiste en el solidarizarse con el autor del hecho previo, algo que ocurre siempre en los encubrimientos intencionales pero que, en cambio, en los encubrimientos conscientes solo concurre cuando el autor actúa con motivo y en vista de la persecución penal.⁷⁷

Sin embargo, estas reflexiones topan con objeciones. Aun cuando se acepte que las diversas finalidades subjetivas pueden, sin duda, co-determinar el ilícito personal del encubrimiento,⁷⁸ surge la pregunta de si la diferenciación subjetiva en los casos que según una concepción ampliamente difundida no “encajan” en el ámbito del § 258 StGB realmente conduce de manera directa a distinciones materialmente adecuadas o si solo indica que son necesarios otros criterios. Así, si un particular le brinda alojamiento al autor del hecho previo, a quien en otras circunstancias nunca se lo había brindado, puede ser considerado sin duda encubridor de acuerdo con los mencionados criterios subjetivos, y esta conclusión evidentemente no puede tacharse de falsa. Pero, ¿qué sucede con el posadero que le alquila al autor del hecho previo una habitación por la noche, como lo hace con cualquier cliente solvente? Parece poco convincente hacer depender la punibilidad en este caso de si el posadero tiene la intención de frustrar la pena, de si la habitación que le habría alquilado a cualquier otro que se la pidiera se la alquila al autor del hecho previo con motivo y en vista de la persecución penal o de si solo sabe que brindar alojamiento en este caso es idóneo para dificultar la persecución penal. Lo mismo vale para los demás ejemplos que usualmente se plantean aquí: la asistencia médica al autor de un delito que está enfermo, la venta de alimentos o gasolina, el transporte del fugitivo en un automóvil, así como la entrega de dinero por parte de un empleado bancario.⁷⁹ En estos casos, no parece suficiente una distinción entre los ilícitos respectivamente realizados que se base solo en las distintas condiciones subjetivas, pero la pregunta por el motivo de la ayuda bien puede remitir a consideraciones de aspectos objetivos que, a modo de eslogan, pueden esbozarse así: *el tipo del encubrimiento no obliga al ciudadano a interrumpir, a modificar y ni siquiera a iniciar contactos sociales con el autor de un delito solo por el hecho de que es autor de un delito*. Esto también vale incluso cuando se constata que el aislamiento social facilitaría el acceso a los órganos de persecución penal o que motivaría al autor a ponerse a disposición de las autoridades de persecución penal.

5.2. La delimitación objetiva del encubrimiento punible

Aceptar que los contactos sociales existentes, de ejercicio permanente y reiterado, son un límite a la conducta de encubrimiento significa lo siguiente: *la ley no exige aislar socialmente, boicotear al autor del*

⁷⁷ LENCKNER, *Schröder-GedS*, p. 357. Coincidente respecto de exigir intención: GEPPERT, «Strafvereitelung durch Unterkunftsgewährung», *JK*, StGB § 258/2.

⁷⁸ En cambio, con un rechazo tajante, FRISCH, «Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569», *JuS*, 1983, p. 918.

⁷⁹ Al respecto, cfr. FRISCH, *JuS*, 1983, p. 923; KÜPPER, *GA*, 1987, pp. 386 s.; LACKNER/KÜHL, *StGB*, 22ª ed., 1997, § 258, nm. 3; LENCKNER, *Schröder-GedS*, pp. 355 s.

*delito.*⁸⁰ *Prohíbe dificultar o impedir la consecución de la pretensión penal, pero no requiere posibilitarla o facilitarla por medio de expulsar al autor de sus contactos sociales y así aislarlo.*

El ámbito del encubrimiento punible comienza con aquellas conductas que exceden el ejercicio de contactos sociales habituales con el directamente afectado o —en el trato con clientes— con personas que en cierto modo son representadas por el directamente afectado y que dificultan o impiden la consecución de la pretensión penal. La idea de Theodor LENCKNER de que la ley persigue el fin de prohibir el encubrimiento por solidaridad con el autor del delito, se modifica, así, con las reflexiones de FRISCH de que el encubrimiento prohíbe una “conducta especial frente al autor del delito”.⁸¹ Las formas de conducta jurídicamente aceptadas que son típicas o al menos usuales del trato social entre el autor del hecho previo y otras personas no se transforman en acciones punibles de encubrimiento en razón del hecho previo y de que otro tenga conocimiento de este. Se trate de contactos y relaciones sociales privadas, profesionales o incluso solo condicionadas por razones generales de humanidad, estas relaciones no se tornan en hechos ilícitos por la existencia del hecho previo o por su conocimiento. El ámbito de lo punible solo comienza cuando el marco así fijado se rebasa mediante una conducta que por sí sola no se entiende, sino que se hace comprensible y cobra sentido respecto del encubrimiento.

Con este trasfondo se puede entender la distinción de la jurisprudencia en el caso del alojamiento según si al fugitivo simplemente se le da hospedaje o si se le proporciona un “escondite”.⁸² Si bien de este modo no pueden descartarse problemas de delimitación en casos concretos de relaciones privadas, en este caso también se puede distinguir, sin lugar a dudas, si una determinada acción era y es usual dentro de las relaciones de los intervinientes o si se produjo “excepcionalmente” con vistas a lograr el encubrimiento. En cambio, en las relaciones de negocios la distinción es más sencilla, porque las acciones que puede y debe esperar un cliente se pueden reconocer a través de la conducta de roles ya incorporada⁸³ o bien de la tipificación.* Del mismo modo se pueden definir las acciones humanitarias. Quien da asistencia médica al autor de un delito, aun cuando no se trate de la evitación de un riesgo de muerte, satisface las expectativas dirigidas a un ciudadano en la convivencia social.⁸⁴ En cambio, el caso de quien le consigue al autor medicamentos de la farmacia —y esto vale no solamente para los analgésicos— es distinto porque el autor no quiere salir de la casa para no ser reconocido, mientras que, de nuevo, que la conviviente del autor le lleve pastillas puede caer, sin lugar a dudas, dentro del marco social aceptable. La diferencia en el alcance del marco social de ningún modo está condicionada por casualidades. Es el resultado de una prevalencia de intereses: el interés en la salvaguardia de las relaciones sociales concretas del individuo es superior al interés del Estado de limitar las posibilidades de encubrimiento. Tienen prioridad las conductas cuando se corresponden con las relaciones sociales

⁸⁰ Respecto de este punto de partida, cfr. ya MEYER-ARNDT, *wistra*, 1989, p. 281.

⁸¹ FRISCH, *JuS*, 1983, p. 923.

⁸² Cfr. OLG Stuttgart *NJW*, 1981, p. 1569, con comentario de FRISCH, *JuS*, 1983, p. 915 ss., y GEPPERT, *JK*, StGB § 258/2; OLG Koblenz *NJW*, 1982, p. 2785, con comentario de FRISCH, *NJW*, 1983, pp. 2471 ss.; LG Hannover *NJW*, 1976, p. 979, con comentario de SCHROEDER, «Comentario a LG Hannover, 7. 10. 1975 - 12 Kls 4/73», *NJW*, 1976, p. 980.

⁸³ No obstante, la conducta de roles no agota el marco fijado aquí, porque el rol social todavía es demasiado indeterminado como para que se puedan derivar mandatos y prohibiciones concluyentes en situaciones límite. El enfoque empírico sólido estaría dado aquí por la expectativa de expectativa.

De otra opinión: WOLFF-RESKE, *Verhalten*, pp. 141 ss., 184. Ella ve como criterio de la complicidad la creación de peligro jurídicamente reprobado a través de un exceso en el rol que se manifiesta en una violación de reglas profesionales escritas o no escritas, que han de impedir que terceros cometan el hecho punible con ayuda de prestaciones profesionales.

* N. de T.: En el original alemán, “*Typisierung*”, no: “*Tatbestand*”, “*Tatbestandsmäßigkeit*”, etc.

⁸⁴ Cfr. también DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., § 258, nm. 6; FRISCH, *JuS*, 1983, p. 923; STREE, «§ 258», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., 1997, nm. 21.

concretas, consolidadas por la praxis. Cuando las relaciones sociales tienen que ser modificadas para el encubrimiento, tiene prioridad el interés estatal en la consecución de la pretensión penal.⁸⁵ Por el contrario, la cuestión de si la prevalencia del interés —según la idea de la adecuación social— puede ser interpretada directamente como exclusión del tipo, en el sentido de que en las conductas prevalentes no hay creación o incremento de un riesgo jurídicamente reprobado,⁸⁶ o ser considerada una limitación del deber jurídico en el nivel de la justificación solo tiene relevancia secundaria.^{87, 88}

5.3. Del encubrimiento a la complicidad

Dado que las acciones típicas de la profesión o cotidianas que incrementan el riesgo para el bien jurídico protegido —vender el destornillador al ladrón o el veneno al asesino— ya no están justificadas por el libre ejercicio de la profesión o por la libertad general de acción cuando el vendedor conoce la finalidad de uso planeada, no entra en consideración trasladar a la complicidad el postulado de que las formas de conducta que sirven al mantenimiento del contacto social de la vida real no pueden constituir encubrimiento punible. Por cierto, aquí también se puede sostener, desde el punto de vista de la complicidad, que vender al autor decidido a cometer el hecho alimentos que no serán utilizados como medios delictivos o la asistencia médica a ese autor no pueden ser punibles como complicidad en el hecho posteriormente cometido porque el mantenimiento de la vida o la salud (incluso) del autor de un delito todavía no genera un riesgo *jurídicamente reprobado* para el bien jurídico, sino que se presenta como reducto jurídicamente aceptado de contactos sociales necesarios. Pero tales situaciones constituyen solo un pequeño ámbito excepcional que se caracteriza por la circunstancia de que quien preserva la vida y el cuerpo de otro no puede ser (co-)responsabilizado por los hechos posteriores de ese otro.

Por lo tanto, el principio en el que se basa la impunidad de ciertas acciones de encubrimiento no puede ser trasladado a la complicidad. Sin embargo, probablemente sea adecuado extraer consecuencias para la complicidad a partir de la impunidad de ciertas “acciones de encubrimiento” cuando estas acciones —no punibles— son prometidas antes del hecho y, así, toman la forma de “encubrimientos adelantados”. Para estos casos de “encubrimiento adelantado” rige lo siguiente: las conductas posteriores al hecho que no son punibles como encubrimiento porque no realizan su contenido de ilícito no pueden ser punibles como complicidad bajo la forma de “encubrimiento adelantado”. Lo que, desde el punto de vista del reducto de contactos sociales jurídicamente aceptados, no es punible por encubrimiento en cuanto obstrucción o impedimento jurídicamente reprobados de la consecución de la pretensión penal, le puede ser prometido al autor antes del hecho. El deber jurídico de evitar acciones que incrementen el riesgo de una comisión exitosa del hecho no abarca tener que ocultarle al autor el mantenimiento de las relaciones sociales cuyo mantenimiento tras la comisión del hecho está jurídicamente aceptado. Que el autor socialmente aislado o boicoteado se entregaría a la ejecución de la pena o que abandonaría el hecho no es un aspecto relevante aquí, pues facilitar la consecución de la

⁸⁵ Por lo tanto, es acertada la crítica de NIEDERMAIR, *ZStW*, (107), 1995, pp. 542 s., dirigida contra FRISCH, en la medida en que este afirma que es atípico satisfacer las necesidades vitales básicas del autor. RANSIEK, *wistra*, 1997, p. 45, también atiende a la satisfacción de las necesidades vitales básicas. Sin embargo, aquí hay que establecer otras diferenciaciones más, porque llevar alimentos a un escondite desde el cual los autores quieren comenzar un ataque sorpresa o algo del estilo, sin dudas puede servir a la satisfacción de necesidades vitales básicas, pero, no obstante, es una acción de complicidad, porque de ninguna manera sirve al mantenimiento del contacto social estereotipado como cuando el almacenero simplemente le lleva los alimentos a cualquier otra persona.

⁸⁶ Así, la argumentación de FRISCH, *JuS*, 1983, p. 921.

⁸⁷ Así, la construcción de ARZT/WEBER, *Strafrecht, B. T.*, LH 4, 2ª ed., 1989, pp. 134 s.

⁸⁸ En la estructura del delito de dos niveles, la decisión no tiene consecuencias diferentes; cf. al respecto, según ello, OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, § 6, nm. 68 ss.

pretensión penal a través del aislamiento social o el boicot del autor no son objeto del deber jurídico aquí vinculante.

6. La demostración con un ejemplo: complicidad del empleado bancario en el fraude fiscal

En tiempos recientes, LÖWE-KRAHL ha analizado específicamente la responsabilidad de empleados bancarios en negocios ilegales de clientes.⁸⁹ Este autor llega a la conclusión de que el empleado bancario es cómplice del hecho principal del cliente cuando adecua el ejercicio de su profesión al delito del cliente, cuando realiza una aportación monopolista o cuando asume una posición de garante. En cambio, el cumplimiento de las respectivas reglas y disposiciones en el ejercicio de la profesión no tendría incidencia directa en la punibilidad y el empleado bancario no se haría responsable si su actuación profesional fuera tal que el cliente también podría acceder a una aportación similar al hecho en otro lugar sin generar suspicacias.⁹⁰

No obstante, la generalización de estos criterios —independientemente de la situación de una posición de garante del empleado bancario— está expuesta a objeciones, tal como lo demuestran las soluciones de casos que LÖWE-KRAHL menciona a modo de ejemplo.⁹¹ Así, en el caso de la apertura de cuenta sin examen de legitimación, él pretende ver el fundamento de pena no en la lesión del § 154 AO, sino en que el empleado del banco “ya ha adecuado su acción al plan delictivo del cliente de una manera que todos entenderían de inmediato únicamente como parte de una acción punible”.⁹² En el caso de la emisión de un certificado sobre el estado de cuenta después de que, el día anterior, el titular de cuenta retirara hasta el último centavo, LÖWE-KRAHL considera que el fundamento de pena de la complicidad del empleado bancario en la evasión tributaria del cliente se halla en la “monopolio” del empleado bancario,⁹³ dado que solo él puede emitir ese certificado. Esto no convence, pues, así, toda acción vinculada con cuentas bancarias fundaría la punibilidad en razón de su valor monopolista. Siempre es la sucursal en la que está radicada la cuenta la única que puede emprender tales acciones. Así, respecto de la punibilidad decidiría el hecho de si el negocio se realizó a través de una cuenta o en efectivo. Esta distinción, empero, no tiene ninguna relevancia según el punto de vista del merecimiento de pena. Si bien el punto de partida son las particularidades de las “acciones de complicidad” concretas, las particularidades aquí relevantes deben deducirse, nuevamente, de la situación laboral y de las características de la forma en que se da la “complicidad”.

6.1. Conductas específicas de la profesión realizadas con dolo eventual

En la medida en que entren en consideración conductas específicas de la profesión o adecuadas a esta, para el empleado bancario no rigen reglas diferentes que para otras personas que ejercen su profesión. La mera sospecha de evasión tributaria del cliente bancario, aun cuando esta llegue a ser dolo eventual,

⁸⁹ LÖWE-KRAHL, «Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehung ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlung», *wistra*, 1995, pp. 201 ss.; EL MISMO, *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengescläften*, 1990; EL MISMO, *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten*, tesis doctoral, Kiel, 1989. Antes, ya: PHILIPOWSKI, «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en KOHLMANN (ed.), *Strafverfolgung und Strafvereitelung im Steuerstrafrecht*, 1983, pp. 131 ss. Al respecto, detalladamente, OTTO, «Beihilfe des Angestellten zur Steuerhinterziehung», *ZKredW*, 1994, pp. 775 ss.

⁹⁰ LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, pp. 37 ss., 48.

⁹¹ También crítico, TAG, *JR*, 1997, p. 53.

⁹² LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, p. 50.

⁹³ LÖWE-KRAHL, *Verantwortung*, p. 64.

no genera ninguna responsabilidad jurídico-penal del empleado bancario si él de todas maneras realiza el negocio bancario que sirve de “ayuda”.

6.2. “Acciones adelantadas de encubrimiento”

Las reflexiones acerca del “encubrimiento adelantado” como complicidad son, sin lugar a dudas, aplicables al ámbito de la evasión tributaria. Pues respecto del hecho principal del cliente del banco, también es *materialmente* una acción de encubrimiento, a saber, del dificultar o impedir la consecución de la pretensión tributaria estatal. Es frecuente que esto no se destaque con suficiente claridad —ni siquiera en decisiones judiciales—⁹⁴. Aparentemente, caracterizar el hecho principal relevante, a modo de lema, como evasión tributaria provoca la idea, en cierto modo irreflexiva, de que la acción típica sería la reducción tributaria, de tal manera que toda conducta que facilitara o fomentara esa reducción de impuestos entraría en consideración como acción de complicidad. Esta idea se confirma por la circunstancia de que, en general, la complicidad en este ámbito es descrita como fomento de la evasión tributaria.

Originariamente, esta caracterización era completamente acertada, porque la RAO [Ordenanza Tributaria Imperial] veía la *acción típica relevante* en la reducción del impuesto: “Quien, para provecho propio o de un tercero y sin justificación, consigue con ardid un beneficio impositivo o provoca dolosamente que se reduzcan los ingresos fiscales, es reprimido por evasión tributaria” (§ 359). De acuerdo con esto, la complicidad se hallaba en el favorecimiento o en la facilitación de esa acción típica.

Con la AO [Ordenanza Tributaria] de 1997, empero, el tipo penal fue completamente reformulado. Ahora se castiga al autor que, frente a las autoridades de finanzas u otras autoridades, informa de manera incorrecta o incompleta sobre circunstancias impositivamente relevantes, o quien no informa a las autoridades de finanzas respecto de circunstancias impositivamente relevantes y, de ese modo, reduce impuestos u obtiene para sí o para otros beneficios tributarios no justificados, § 370, ap. 1, 1ª y 2ª alternativa, AO.

Según ello, actúa típicamente en el sentido del § 370, ap. 1, AO quien violando sus deberes tributarios de colaboración o de revelación, sea mediante datos falsos u omisión contraria al deber de colaborar, reduce impuestos o consigue injustificadamente beneficios tributarios para sí o para otros. De acuerdo con esto, la acción típica relevante es la presentación de declaraciones tributarias incorrectas, y esta acción típica es el punto de contacto con la complicidad.

Por lo tanto, se puede aceptar sin problemas que constituye favorecimiento del hecho principal de fraude fiscal que el empleado bancario emita certificados de contenido incorrecto referidos a rendimientos de intereses o a estados de cuentas, a pesar de que sabe que el cliente las utilizará en procedimientos tributarios para evadir impuestos. En tal caso, los certificados sirven para dar apariencia de credibilidad a datos falsos. Así se mejoran las posibilidades del autor de ejecutar con éxito el hecho; el hecho es fomentado objetiva y subjetivamente.

No es en absoluto obvio que exista un acto de favorecimiento en un sentido semejante en el caso de la violación de los deberes del § 154 AO por parte de un empleado bancario y a favor de un cliente. Quien viola los deberes de identificación regulados en el § 154 AO al abrir una cuenta o quien realiza planes de negocios a través de cuentas de solo uso, a pesar de que el nombre del interviniente es conocido

⁹⁴ Cfr., p. ej., BVerfG, Cámara 2ª de la Sala 2ª, StV 1994, p. 353 con comentario de OTTO, «Anmerkung zu BVerfG v. 23.03.1994 - 2 BvR 396/94», StV, 1994, pp. 409 ss.

y que ya tiene una cuenta, no mejora objetivamente las perspectivas de éxito que puedan tener los datos falsos en un procedimiento tributario. Pero, bajo ciertas circunstancias, se facilita el hecho reforzando al autor en su decisión de cometer el hecho, porque este se siente seguro de que las eventuales pesquisas serán infructuosas. No obstante, lo mismo ocurre cuando el autor del fraude fiscal sabe que su “dinero en negro” está depositado en el exterior o se halla en la cuenta de un tercero, cuando ha puesto su dinero en títulos al portador cuyos cupones planea canjear por efectivo, o cuando cobra en efectivo en el banco alemán vinculado el cheque abierto que ha recibido por los dividendos producidos en el extranjero.⁹⁵

De acuerdo con las reflexiones sobre el encubrimiento, en el sentido de que el tipo penal no exige la quiebra del contacto social con el autor del delito, en el caso de la frustración de la pretensión estatal tributaria también se debe partir de la base de que, por un lado, solo pueden tornarse relevantes aquellas conductas que creen o incrementen el riesgo de frustrar o dificultar la consecución de la pretensión tributaria pero, por otro lado, el autor del delito tributario no debe ser aislado de los negocios bancarios, de tal modo que también se pueden realizar con él aquellas prestaciones habituales en los negocios bancarios que no contravengan reglamentaciones legales o jurídicas.

De ello se deriva en concreto lo siguiente: así como no es culpable de complicidad en la evasión tributaria el comitente que le paga al trabajador la remuneración convenida por la obra, a pesar de que sabe que él no pagará impuestos,⁹⁶ tampoco es culpable de complicidad en la evasión tributaria del cliente el empleado bancario que realiza una transferencia al extranjero que sirve para colocar dinero en el extranjero, a pesar de que sabe que el cliente no tiene pensado pagar impuestos por los ingresos: quien ayuda a otro a percibir ingresos y, así, al mismo tiempo ayuda a que nazca una pretensión impositiva, no dificulta con su conducta la consecución de esa pretensión impositiva.⁹⁷ Crear la pretensión no es frustrar la consecución de la pretensión, aun cuando la frustración presupone la creación de la pretensión. El acto de creación y las respectivas ayudas para ese acto no crean un riesgo jurídicamente relevante de dificultar o frustrar la consecución de la pretensión.

Las “acciones adelantadas de encubrimiento” que se mantienen dentro del marco de las prestaciones jurídicamente permitidas y habituales para clientes, tampoco pueden ser interpretadas como acciones de complicidad jurídicamente reprobadas. Si se las quisiera ver como típicas en el sentido de la complicidad, se crearía en última instancia un deber jurídico del empleado bancario de garantizar la veracidad impositiva del cliente bancario. Empero, el empleado bancario no es garante de que el cliente se comporte honradamente con respecto a sus impuestos. El legislador bien puede reglamentar jurídicamente qué controles, exámenes de legitimación y, dado el caso, deberes de denuncia, pueden surgir en determinadas situaciones. Esto es lo que hizo el legislador, p. ej., con el blanqueo de capitales en el § 261 StGB y en la Ley de blanqueo de capitales. Con respecto a la salvaguardia y la posibilitación, bajo ciertas circunstancias, de la persecución necesaria de la pretensión tributaria, se hallan reglamentaciones similares, p. ej., en el § 154 AO. Quien contraviene esta disposición sabe que, desde el punto de vista del legislador, dificulta la consecución de la pretensión impositiva y, así, crea un riesgo para esa pretensión que excede la medida permitida.⁹⁸ Lo mismo rige en el caso en que el empleado

⁹⁵ Para más casos particulares, cfr. MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 110 ss.; OTTO, *ZKredW*, 1994, pp. 775 ss.; cfr. también MESSNER, *DB*, 1996, p. 2197.

⁹⁶ Al respecto, cfr. BGH *wistra*, 1988, p. 261; BGH *NStZ*, 1992, p. 498, con referencia a BGH *MDR* 1980, 950, BGH *MDR* 1981, 863, BGH *NJW*, 1982, p. 1952. Respecto de esta constelación de casos, detalladamente: MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, pp. 112 ss.

⁹⁷ Al respecto, cfr. también NIEDERMAIR, *ZStW*, (107), 1995, p. 527.

⁹⁸ De otra opinión, LÖWE-KRAHL, *Risiken*, pp. 28 ss.; EL MISMO, *Verantwortung*, pp. 30 ss.

bancario sabe que con su actividad fomenta, posibilita o mantiene viva una empresa criminal.⁹⁹ Pero, además, rige la regla de que el empleado bancario no es culpable de complicidad en el fraude fiscal del cliente al realizar negocios bancarios típicos de la profesión, cuando no viola las reglas jurídicas destinadas a asegurar la consecución de la pretensión impositiva.¹⁰⁰ Es irrelevante que el empleado bancario, en estas actividades, actúe con conocimiento de la evasión tributaria o, incluso, con motivo y en vista de la evasión.

7. Conclusiones

Trasladar a la complicidad las consideraciones desarrolladas por Theodor LENCKNER respecto del encubrimiento confirma que él estaba en lo correcto al distanciarse críticamente de los intentos de negar relevancia jurídico-penal de manera general a las acciones cotidianas o a las conductas específicas de la profesión. Es necesario hacer distinciones:

1. Las acciones específicas de la profesión o adecuadas a esta no realizan el tipo de la complicidad punible cuando quien ayuda no conoce el hecho principal ni tiene la intención de fomentarlo, pero probablemente sí supone, con dolo eventual, que se realizará.
2. Las acciones cotidianas y las conductas típicas de la profesión que constituyen una realización de los contactos sociales desarrollados con el autor no son acciones punibles de frustración en el sentido del encubrimiento. Por lo tanto, tampoco son punibles como complicidad bajo la forma de “acciones adelantadas de encubrimiento”.

8. Bibliografía

ARZT, «Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1990, pp. 1 ss.

ARZT/WEBER, *Strafrecht, Besonderer Teil*, t. IV, 2ª ed., Giesecking, Bielefeld, 1989.

BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Giesecking, Bielefeld, 1995.

CLASS, «Die Kausalität der Beihilfe», en SPENDEL (ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 8. Mai 1966*, Holzner, Würzburg, 1966, pp. 115 ss.

CRAMER, «§ 27», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., Beck, Múnich, 1997.

DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., C.H. Beck, Múnich, 1997.

FLATTEN, *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Lang, Fráncfort del Meno, 1996.

FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg, 1988.

———, «Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung – OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569», *Juristische Schulung*, 1983, pp. 915 ss.

⁹⁹ Al respecto, cfr. las referencias de jurisprudencia de la nota 82.

¹⁰⁰ Coincidente, MOOS, en LEITNER (ed.), *Finanzstrafrecht*, p. 112; MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198; RANSIEK, *wistra*, 1997, pp. 43, 47.

- , «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1983, pp. 2471 ss.
- GEPPERT, «Strafvereitelung durch Unterkunftsgewährung», *JURA-Kartei*, 81, StGB § 258/2.
- HASSEMER, «Professionelle Adäquanz Teil I und II», *wistra*, 1995, pp. 41, 81.
- HEFENDEHL, «Examensklausur Strafrecht: Der mißbrauchte Farbkopierer», *Juristische Ausbildung*, 1992, pp. 374.
- HERZBERG, «Herzberg Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1971, p. 1.
- HRUSCHKA, «Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 31, 136», *Juristische Rundschau*, 1983, p. 177.
- JAKOBS, «Akzessorietät, zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, p. 253.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., de Gruyter, Berlín, 1991.
- JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1996.
- KITKA, *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bey einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, Möhle und Braumüller, Viena, 1840.
- KÖHLER, *Deutsches Strafrecht*, Keip, Goldbach, 1917.
- KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^a ed., Vahlen, München, 1997.
- KÜPER, «Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1997, p. 324.
- KÜPPER, «Strafvereitelung und „sozialadäquate“ Handlungen», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, p. 385.
- LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 22^a ed., Beck, München, 1998.
- LEIP, *Der Straftatbestand der Geldwäsche*, Nomos, Baden Baden, 1995.
- LENCKNER, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en STREE/SCHRÖDER, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, München, 1978, p. 339.
- LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1972.
- LÖWE-KRAHL, «Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehung ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlung», *wistra*, 1995, p. 201.
- , *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, 1990.
- , *Steuerstrafrechtliche Risiken typischer Banktätigkeiten*, tesis doctoral, Kiel, 1989.
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil 2*, 7^a ed., Müller, Heidelberg, 1989.

MESSNER, *DB*, 1996, p. 2198.

MEYER-ARNDT, «Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *wistra*, 1989, p. 281.

MOOS, «Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht», en LEITNER (ed.), *Aktuelles zum Finanzstrafrecht*, Linde, Wien, 1996, p. 85.

NIEDERMAIR, «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (107), 1995, p. 507.

OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a ed., de Gruyter, Berlín, 1996.

———, «StR: Der Vorsatz», *Juristische Ausbildung*, 1996, p. 468.

———, «Anmerkung zu BVerfG v. 23.03.1994 - 2 BvR 396/94», *Strafverteidiger*, 1994, p. 409.

———, «Beihilfe des Angestellten zur Steuerhinterziehung», *Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen*, 1994, p. 775.

———, «Bedingter Vorsatz beim Weiterreichen gefälschter Urkunden durch Verteidiger», *JURA-Kartei*, 93, StGB, § 267/17.

———, «Straflose Teilnahme?», en WARDA/LANGE (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, 1976, p. 197.

PHILIPOWSKI, «Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften», en KOHLMANN (ed.), *Strafverfolgung und Strafvereitelung im Steuerstrafrecht*, Schmidt, Colonia, 1983, p. 131.

RANFT, «Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Taterschwerung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (97), 1985, p. 268.

RANSIEK, «Pflichtwidrigkeit und Beihilfeunrecht. Der Dresdner Bank-Fall und andere Beispiele», *wistra*, 1997, p. 41.

———, *Unternehmensstrafrecht: Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, Müller, Heidelberg, 1996.

ROXIN, «Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft by Grace Marie Luise Schild Trappe», *JuristenZeitung*, 1996, p. 29.

———, «Was ist Beihilfe?», en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden Baden, 1995, p. 501.

———, «Zum Strafgrund der Teilnahme», en KÜPER (ed.), *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, 1993, p. 365.

———, «§ 27», en JESCHECK, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, de Gruyter, Berlín, 1992.

———, «Bemerkungen zum Regreßverbot», en JESCHECK (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, de Gruyter, Berlín, 1989, p. 177.

RUDOLPHI, «Vor § 1», en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, Luchterhand, Berlín, actualizado a junio de 1997.

—————, «Strafbarkeit der Beteiligung an den Trunkenheitsdelikten im Straßenverkehr», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1970, p. 365.

SAMSON, «§ 27», en RUDOLPHI (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I*, Luchterhand, Berlín, actualizado a junio de 1997.

—————, «Die Kausalität der Beihilfe», en BAUMANN/PETERS (ed.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Mohr, Tübingen, 1974, p. 121.

SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en BARTH/HONIG (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Schwartz, Göttingen, 1970, p. 169.

SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, Stämpfli, Berna, 1995.

SCHROEDER, «§ 16», en JESCHECK, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, de Gruyter, Berlín, 1985.

—————, «Comentario a LG Hannover, 7. 10. 1975 - 12 Kls 4/73», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, p. 978.

SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr, Tübingen, 1986.

SPENDEL, «Beihilfe und Kausalität», en JESCHECK/DREHER (ed.), *Festschrift für Eduard Dreher: zum 70. Geburtstag am 29. April 1977*, de Gruyter, Berlín, 1977, p. 167.

STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 3ª ed., Heymann, Colonia, 1981.

STREE, «§ 258», en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 25ª ed., Beck, Múnich, 1997.

TAG, «Beihilfe durch neutrales Verhalten», *Juristische Rundschau*, 1997, p. 49.

TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª ed., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Múnich, 1997.

V. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Guttentag, Berlín, 1907.

VOGLER, «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», en LÜTTGER (ed.), *Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, Berlín, 1972, p. 295.

VOGT, *Berufstypisches Verhalten und Grenzen der Strafbarkeit im Rahmen der Strafvereitelung*, Diss. Tübingen, Shaker, Aachen, 1992.

WEBER, «Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund», *JuristenZeitung*, 1951, p. 260.

WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27ª ed., C.F. Müller, Heidelberg, 1997.

WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., de Gruyter, Berlín, 1969.

WOLFF-RESKE, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

9. Sentencias

BayObLGSt 1959, pp. 132, 138.

BGH, 3 StR 525/84, sentencia del 23/1/1985, p. 9.

BGH, en *GA (Goltdammer's Archiv für Strafrecht)* 1981, p. 133.

BGH, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1951, p. 451; 1993, p. 274; 1996, p. 2517.

BGH, en *NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht)*, 1985, p. 318; 1992, p. 498.

BGH, en *wistra*, 1988, p. 261.

BGH, en *ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht)*, 1994, p. 1930.

BGHSt, 2, pp. 129, 131; 4, p. 107; 8, p. 390, p. 391; 31, p. 136;

BVerfG, Cámara 2ª de la Sala 2ª, StV 1994, p. 353.

LG Hannover, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1976, p. 979.

OLG Hamburg, en *JR (Juristische Rundschau)*, 1953, p. 27.

OLG Karlsruhe, en *NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht)*, 1985, p. 78.

OLG Koblenz, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1982, p. 2785.

OLG Stuttgart, en *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1981, p. 1569.

RGSt, 6, p. 169; 8, p. 267; 11, 56, 63; 39, 44, 48; 58, 113, 114 s.; 67, 191, 193; 73, 151, 153, 154.