



Límites a la punibilidad de la complicidad mediante conductas neutrales o profesionales en Colombia: responsabilidad penal del asesor jurídico en el delito de fraude procesal.

Jesús Alberto Henríquez Ortega

Director

NICOLAS ORTEGA TAMAYO

(Magister en Derecho)

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar por el título de
abogado**

Pregrado en Derecho

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Pontificia Bolivariana

Medellín

2025

Declaración de originalidad

Fecha: 10 de mayo de 2025.

Jesús Alberto Henríquez Ortega

Declaramos que el trabajo de grado presentado no ha sido realizado con anterioridad para optar un título, ya sea de forma igual o con variaciones, en esta o en cualquier otra universidad.

Asimismo, declaramos que se ha respetado los derechos de autor, ya que se ha hecho el uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base a lo ya dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la universidad.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Jesús Alberto Henríquez Ortega', written over a horizontal line.

Jesús Alberto Henríquez Ortega

C.C. 1.003.028.357.

RESUMEN

Por la forma en la que el artículo 30 de la Ley 599 del 2000 consagra la prohibición de prestar colaboración al hecho delictivo ajeno, en Colombia las contribuciones dolosas al hecho punible de un tercero serán castigadas como complicidad, quedando incluidas dentro del espectro de lo punible, incluso las aportaciones realizadas a través de acciones que son neutrales o profesionales, de las cuales, prima facie, no se puede extraer un carácter delictivo, verbigracia, el asesoramiento jurídico que preste un abogado sobre el proceso de insolvencia, en un plano profesional, o las operaciones comerciales realizadas en el tráfico de bienes y servicios. Como participación delictiva mediante conductas neutrales es conocida esta problemática en la dogmática jurídico penal, planteándose la posibilidad de que una conducta profesional sea punible a título de complicidad. La Corte Suprema de Justicia ha acudido a la teoría de la prohibición de regreso para determinar en qué circunstancias estará excepto de responsabilidad penal quien se comporta como interviniente, a través de acciones neutrales, respecto la acción delictiva ajena. Para el alto Tribunal la prohibición de regreso no siempre resulta aplicable, fijando como excepción a la misma, entre otras, el conocimiento que tenga el autor de la conducta neutral sobre la comisión del delito por parte del tercero. Esta excepción a la prohibición de regreso resulta problemática, apelar a un criterio que se basa únicamente en el conocimiento como elemento para determinar la tolerancia social que amerita, o no, una conducta que objetivamente se realiza en los marcos de una profesión, no incrementando el riesgo permitido, no puede ser correcto. En Colombia no existe una limitación jurisprudencial adecuada para excluir la punibilidad de las acciones neutrales que favorecen el hecho delictivo ajeno.

PALABRAS CLAVE:

Conductas neutrales; incremento del riesgo permitido; prohibición de regreso; posición de garantía; deberes especiales; conocimientos especiales.

ABSTRACT

Because of the way in which Article 30 of Law 599 of 2000 enshrines the prohibition of collaborating in the criminal act of another, in Colombia the fraudulent contributions to the punishable act of a third party will be punished as complicity, being included within the spectrum of what is punishable, even contributions made through actions that are neutral or professional, from which, *prima facie*, a criminal nature cannot be extracted, for example, legal advice provided by a lawyer on the insolvency process, on a professional level, or commercial operations carried out in the traffic of goods and services. As criminal participation through neutral conducts, this problem is known in criminal legal dogmatics, raising the possibility that a professional conduct is punishable as complicity. The Supreme Court of Justice has resorted to the theory of the prohibition of return to determine under what circumstances a person who behaves as an intervening party, through neutral actions, with respect to the criminal action of another, will be exempt from criminal liability. For the High Court the prohibition of return is not always applicable, setting as an exception to it, among others, the knowledge that the author of the neutral conduct has of the commission of the crime by the third party. This exception to the prohibition of return is problematic, appealing to a criterion that is based solely on knowledge as an element to determine the social tolerance that merits, or not, a conduct that objectively is performed within the framework of a profession, not increasing the permitted risk, cannot be correct. In Colombia there is no adequate jurisprudential limitation to exclude the punishability of neutral actions that favor the criminal act of others.

Keywords: neutral conducts; increase of the permitted risk; prohibition of return; guarantee position; special duties; special knowledge.

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del intercambio de bienes y servicios, propios de la sociedad contemporánea, tienen lugar una clase de comportamientos que se encuentran altamente estandarizados, regulados por la actividad profesional que se ejerce, o que, siendo informales, son adecuados socialmente por cuanto son cotidianos. Se trata de actos que se encuentran enmarcados dentro de la libertad general de actuar y que objetivamente no representan peligro alguno para los bienes jurídicos, en general, se trata de comportamientos que son neutrales.

No obstante, debido a la forma en la que el artículo 30 de la Ley 599 del 2000 consagra la prohibición de prestar colaboración al hecho delictivo de un tercero, en Colombia las contribuciones dolosas al hecho punible serán castigadas como complicidad, quedando incluidas dentro de lo punible, incluso las aportaciones que se puedan realizar a través de acciones neutrales o profesionales, de las cuales a primera vista no se puede predicar un carácter abiertamente delictivo, tal como lo sería el asesoramiento que presta un abogado tributarista a su cliente en materia de pago de impuestos, en un plano profesional.

El criterio que por vía jurisprudencial se ha fijado en Colombia para la penalización de las acciones neutrales a título de participación delictiva, parece ser equivocado, al establecer como excepción a la aplicación de la prohibición de regreso la posibilidad de conocimiento que tenga el autor de la conducta neutral sobre la comisión del delito por parte del tercero. Para lo anterior, se abordará desde una perspectiva crítica la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Suprema de Justicia mediante sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011. Al respecto, la primera de estas sentencias dispone:

La teoría de la prohibición de regreso, de larga data afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta

última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra. (Sentencia 12742, 2003).

Como se verá, el mismo planteamiento ha tomado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 35899 de 5 de diciembre de 2011. Siendo así, en Colombia no existe una limitación adecuada para excluir la punibilidad de las acciones neutrales que causalmente favorecen el delito ajeno, por lo anterior, dentro del presente trabajo indagaremos por los criterios normativos (valorativos) que permitan determinar bajo qué circunstancias, las conductas neutrales que causalmente favorezcan un hecho delictivo, no deberán ser punibles, permitiendo delimitar la auténtica complicidad de esta otra vertiente no meritoria de ser castigada.

Para graficar la problemática que ha constituido la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se acudirá a un caso en el que se evalúa la posible responsabilidad penal o no, a título de partición delictiva por complicidad, del asesor jurídico que brinda su concepto legal sobre el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante regulado en la Ley 1564 de 2012.

El presente trabajo pretende constituirse en la continuación del estudio de la institución de las conductas neutrales dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano, pues se trata de un tema con poco desarrollado tanto a nivel doctrinal como a nivel jurisprudencial.

LÍMITES A LA PUNIBILIDAD DE LA COMPLICIDAD MEDIANTE CONDUCTAS NEUTRALES O PROFESIONALES EN COLOMBIA: RESPONSABILIDAD PENAL DEL ASESOR JURÍDICO EN EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA COLABORACIÓN CAUSAL A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES ES PENADA DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO A TÍTULO DE COMPLICIDAD.

Si se quiere iniciar un análisis sobre el tema que comporta las formas de participación en la conducta punible, esto es, en el hecho antijurídico de un tercero, debemos remitirnos al artículo 30 de la Ley 599 del 2000, el cual contiene las formas de participación en el delito, disponiendo que será cómplice *“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma (...)”* (Ley 599 de 2000, Art. 30).

Debido a la forma en la que el artículo 30 del Código Penal consagra la prohibición de prestar colaboración al hecho delictivo ajeno, en Colombia las contribuciones dolosas al hecho punible de un tercero serán castigadas como complicidad, quedando incluidas dentro de lo punible, incluso las aportaciones realizadas a través de acciones que son neutrales, conforme a un rol o profesión, de las cuales, *prima facie*, no se puede extraer un carácter abiertamente delictivo, verbigracia, el asesoramiento jurídico que preste un abogado sobre el proceso de insolvencia regulado en la Ley 1564 de 2012, en un plano profesional, o las operaciones comerciales cotidianas realizadas en el tráfico de bienes y servicios. Siendo así, *“El ámbito de las acciones o actuaciones «neutrales» que pueden constituir una contribución a la ejecución de un delito abarca desde los modos de conducta más comunes hasta aquellos de alta significación económica.”* (Weigend, 2002, págs. 199, 200), por lo que las conductas neutrales que prestan colaboración al hecho delictivo ajeno pueden tener lugar en todas las actividades en la sociedad.

Se plantea así la posibilidad de que una conducta neutral o profesional sea punible a título de complicidad delictiva. En el ámbito colombiano, la Corte Suprema de Justicia ha acudido a la prohibición de regreso como criterio que permite determinar en qué circunstancias estará excepto de responsabilidad penal quien se comporta como interviniente, a través de acciones neutrales, respecto la acción delictiva ajena. No obstante, para el alto Tribunal no siempre se puede acudir a la prohibición de regreso, fijando excepciones a su aplicación, entre las cuales se encuentra la posibilidad de conocimiento que tenga el autor de la conducta neutral sobre la comisión del delito por parte del tercero. Esta excepción a la aplicación de la prohibición de regreso resulta problemática, apelar a un criterio que se basa únicamente en el conocimiento como elemento para determinar la tolerancia social que amerita, o no, una conducta que objetivamente se realiza en los marcos de una profesión o rol, y que por ende no sobrepasa los límites del riesgo permitido, no puede ser correcto. Así, en Colombia no existe una limitación jurisprudencial adecuada para excluir la punibilidad de las acciones neutrales que causalmente favorecen el hecho delictivo ajeno.

RELEVANCIA DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERVENCIÓN MEDIANTE ACCIONES NEUTRALES.

La problemática que aquí se plantea, esto es, la intervención¹ en el delito mediante conductas neutrales, ha tenido poco desarrollo dogmático y jurisprudencial dentro de la ciencia jurídico penal colombiana. La línea tomada por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011, en las que exceptúa la aplicación de la prohibición de regreso – como criterio que determina en qué circunstancias estará excepto de

¹En la legislación colombiana el interviniente es una figura distinta al cómplice, y que de manera desafortunada consagra el artículo 30 de la Ley 599 del 2000. Para efectos de este trabajo, entiéndase el término intervención como complicidad en el delito ajeno.

responsabilidad penal quien se comporta como interviniente causal respecto la acción delictiva ajena – atendiendo al conocimiento del interviniente respecto la acción delictiva principal, conlleva a la punición a título de complicidad, de conductas que objetivamente no realizan un incremento del riesgo permitido para los bienes jurídicos, siendo objetivamente neutrales o conforme a los lineamientos legales que regulan la profesión en la cual se realizan, lo anterior basándose únicamente en un criterio subjetivo tal como lo es la posibilidad de conocimiento del interviniente respecto la acción delictiva principal. Este conocimiento no puede por sí solo fundamentar un incremento desaprobado del riesgo por parte de la conducta neutral y justificar una excepción a la aplicación de la prohibición de regreso. Para graficar lo dicho, acudimos a la Sentencias 12742 del 4 de abril de 2003, la cual dispone:

La teoría de la prohibición de regreso, de larga data afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra. (Sentencia 12742, 2003)

Como se verá, el mismo planteamiento ha tomado la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 35899 de 5 de diciembre de 2011. Siendo así, en Colombia no existe una limitación adecuada para excluir la punibilidad de las acciones neutrales que causalmente favorecen el delito ajeno. Nos encontramos, así, frente a una problemática de una indiscutible relevancia teórica, y, principalmente, práctica, derivada de la imperante necesidad de determinar límites adecuados a la punibilidad de las conductas neutrales que favorecen causalmente el hecho antijurídico ajeno. La importancia práctica de la problemática descrita se advierte al hacer de lado los tratados de Derecho penal y acudir a los casos que ocurren en la práctica. La inseguridad jurídica que conlleva esta penalización de acciones neutrales comportan para la administración de justicia, y para su operador judicial,

el deber ponderar entre decidir únicamente atendiendo a una interpretación restrictiva de la norma penal en materia de complicidad, o asignarle mayor valor a la libertad general de actuación como bien jurídico protegido constitucionalmente.

Si comprendemos que cualquier ciudadano puede favorecer de manera casual un delito o que cualquier persona inescrupulosa puede aprovecharse de nuestras acciones, no se puede aceptar que una conducta sea calificada al mismo tiempo como de correcta y reprochable penalmente. Un sistema que opere sobre la falta de claridad al respecto llevaría indudablemente al suplicio de imponer a los ciudadanos el tener que sopesar todos y cada uno de los pasos que diera en la vida, colapsando un sistema social basado en interrelaciones anónimas.

PROCEDER METODOLÓGICO.

En los lineamientos de este trabajo, no se puede realizar un análisis exhaustivo de las distintas teorías que se han propuesto en aras de constituir límites a la punibilidad de las conductas neutrales que favorecen causalmente la comisión del delito ajeno, tampoco ofrecer detalladamente una solución que sea propia, por ello, se propone realizar unos leves esbozos de las teorías más significativas, e introducir ideas propias que permitan continuar el estudio de las conductas neutrales, y su implicación, dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano.

Con la finalidad de graficar el ámbito de aplicación de las conductas neutrales, nos referimos a dos ejemplos propuestos por Jakobs.

Ejemplos: el panadero vende una barra de pan a X sabiendo que éste la utilizará para matar a su propia esposa envenenándola; un taxista transporta a un cliente, de Z a Y, sabiendo que éste último pretenderá cometer en Y un asesinato. (Jakobs, 1996, pág. 32).

Posteriormente, para denotar la problemática de la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Suprema de Justicia con respecto al tratamiento de las acciones

cotidianas, se propone evaluar la responsabilidad penal en la que a título de complicidad puede incurrir el asesor jurídico que, mediante su concepto legal y profesional, favorece la realización del delito de fraude procesal dentro de un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante.

DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES.

En un primer acercamiento a la definición de conductas neutrales, encontramos que no todas las conductas que se incrustan en el mundo fenoménico tienen el calificativo de neutral, este carácter viene determinado por su significado social en un plano objetivo, por la peligrosidad o no que objetivamente tiene. Conductas neutrales, por consiguiente, son aquellas que, si bien no demuestran una propensión inequívocamente delictiva, pues se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico, son aprovechadas por otras personas – autor de la conducta punible – para llevar a cabo un ilícito penal, favoreciendo así causal y conscientemente la realización de la conducta ilícita. Para Robles Planas:

Bajo el término “conductas neutrales” se aborda el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, a saber, aquellos en los que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o posición social o profesional. (Planas, 2015)

Por su parte, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán definen las acciones neutrales en los siguientes términos:

La cooperación en el delito con acciones neutrales. Una problemática singular plantean los casos en los que se coopera en la realización de un delito con acciones neutrales, corrientes en la vida cotidiana o con intervenciones en un intercambio de bienes o servicios, que simultáneamente pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito. Vender una

navaja al maltratador que apuñala con ella a su mujer, transportar al lugar del robo a quien ya allí lo comete, etc., son conductas que objetivamente favorecen la realización de un hecho delictivo. Por tanto, si se realizan de forma dolosa, es decir, sabiendo el uso delictivo que va a hacer de esa ayuda la persona favorecida y, al menos, asumiendo dicho uso, pueden constituir complicidad o cooperación necesaria, punibles, por tanto, como formas de participación en el delito. (Conde & Arán, 2010, pág. 441)

De lo anterior, podemos extraer elementos de necesario entendimiento para comprender en qué consisten las conductas neutrales: así, en primer lugar, estas se realizan sobre la base del desarrollo de un rol o profesión, siendo conductas que se encuentran en un ámbito de legalidad. En segundo lugar, para la doctrina debe existir conocimiento, en el autor de la conducta neutral, consistente en saber que su prestación es adecuada para producir el resultado lesivo, por ello, *“existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de su acción para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo.”* (Bosch, 2009, pág. 2).

La expresión *“producir un resultado lesivo”* no se refiere a la comisión de un delito por medio de la conducta neutral, pues no nos encontraríamos en el campo de la participación delictiva del artículo 30 de la Ley 599 del 2000. Contrario sensu, el resultado lesivo que realiza el partícipe mediante la conducta neutral consiste en un incremento de las posibilidades de éxito de la acción típica desplegada por el autor, en rigor, que la conducta objetivamente incremente el riesgo para el bien jurídico tutelado con el tipo penal.

Importante es aclarar que no es unánime dentro de la doctrina el utilizar la terminología de acciones neutrales, al respecto Schurmann Opazo expresa:

Sin embargo, la neutralidad aquí señalada puede tener otro significado. El punto de vista denominado previamente como fenomenológico no utiliza el adjetivo neutral desde una perspectiva penal, sino desde una meramente

externa. En ese sentido, son utilizadas de forma completamente intercambiables las ideas de comportamientos neutrales o comerciales, adecuados social o profesionalmente, pese a que esas denominaciones pueden responder a distintos parámetros. (Opazo, 2020)

Siendo así, en la doctrina se suelen utilizar diferentes términos para aludir a la problemática de las conductas neutrales, encontrando expresiones como conductas profesionales, estereotipadas, inocuas penalmente, entre otras.

UBICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DENTRO DE LA TEORÍA DEL DELITO.

En tres grupos se resumen las consideraciones realizadas con miras a ubicar la problemática de la complicidad por medio de acciones neutrales dentro del ámbito de la moderna teoría del delito.

En primer lugar, están las consideraciones que restan relevancia al análisis sobre las conductas neutrales dentro de la teoría del delito, postura conocida como teoría extensiva, para la cual cualquier comportamiento que preste una cooperación causal al hecho delictivo, debe ser castigado como complicidad punible.

En segundo lugar, se sitúan las consideraciones que sí les atribuyen relevancia penal a las conductas neutrales, estableciendo el marco de análisis desde una perspectiva de justificación. Esto ocurre fundamentalmente con las conductas desarrolladas dentro del ámbito de actividades profesionales, por ello, *“La conducta neutral excluye la antijuridicidad penal. Básicamente, se fundamenta en el cumplimiento de las normas sectoriales que regulan las actividades profesionales (p. ej. Abogacía).”* (Bosch, 2009)

En tercer lugar, se encuentra el grupo de consideraciones que, al igual que el segundo grupo, le atribuyen relevancia jurídica a las acciones neutrales, no obstante, difieren en tanto estas ubican la cuestión dentro de la teoría del tipo penal.

Dada la importancia teórica y práctica que esta problemática representa para la ciencia jurídico penal, el grupo de casos que niega relevancia jurídica a las conductas neutrales debe ser desechado, no se puede condenar sin más a la existencia de punibilidad, cuando la acción de aportación del interviniente se realiza a través de conductas que carecen de peligrosidad social. Por otra parte, el desarrollo dogmático que ha recibido la discusión permite afirmar que resulta dominante la concepción que sitúa la problemática de las conductas neutrales dentro de la teoría del tipo penal. En este punto, una primera vertiente busca exponer estos límites desde el aspecto subjetivo del tipo, y, una segunda, busca lo propio dentro del aspecto objetivo. Será este el punto de partida para la búsqueda de límites adecuados a la punibilidad que consagra el artículo 30 del Código Penal en materia de complicidad, predicada incluso cuando la colaboración al hecho delictivo se realiza a través de acciones neutrales.

SUPERACIÓN DE UNA CONCEPCIÓN CAUSAL-PSICOLOGICISTA EN LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

La doctrina definía las formas de participación en el delito de manera causal - psicologicista, predicando responsabilidad penal a título de complicidad por el hecho de prestar una contribución consciente y que causalmente favoreciera la conducta punible ajena. Por ello, si se realizaba una conducta que contribuía de forma causal a un delito, y, además, si se conocía esta circunstancia, entonces, se respondería por complicidad punible.

La postura descrita, y que constituía un entendimiento extensivo de la participación delictiva, ha sido superada, pues comportaba una limitación a la libertad general de actuar de la que constitucionalmente nos encontramos dotados, más aún, teniendo presente la actual configuración entre relaciones sociales. En la constitución de la sociedad existen conductas que deben ser toleradas en aras de que esta avance, este es el riesgo permitido. Sobre la teoría causal-psicologicista

expresa Robles Planas que *“aplicada coherentemente lleva a castigar cualquier conducta lícita en la que se llega a tener como probable que puede favorecer la actividad delictiva de un tercero”* (Planas, 2015).

LÍMITES A LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES NEUTRALES EN SEDE DEL TIPO SUBJETIVO.

Como premisa fundamental en esta vertiente se tiene que la distinción entre complicidad punible y la no punible depende del grado de conocimiento que exista en el autor de la conducta neutral, respecto la comisión futura del delito por parte del tercero que resulta favorecido. Para Bosch (2009) *“hacen depender la existencia de un riesgo jurídico penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente”*.

En este punto, se distingue por los partidarios de esta vertiente entre conductas realizadas con dolo directo y las realizadas con dolo eventual. El artículo 22 de la Ley 599 de 2000 define el dolo, así, *“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.”* refiriéndose al dolo directo, además, *“También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”* (Ley 599, 2000, art. 22), consagrándose aquí el dolo eventual.

Según las teorías subjetivas, las contribuciones neutrales deben castigarse como complicidad punible cuando el interviniente actúa con dolo directo en relación con el fin delictivo perseguido por el autor del delito, y, además, se requiere que el aporte realizado por el partícipe tenga un valor de aportación para el hecho principal, y que este conozca dicho valor que aporta su conducta neutral.

Por el contrario, se debe excluir la punibilidad de las acciones neutrales a título de complicidad, cuando a pesar de existir conocimiento sobre el fin delictivo

del autor del delito -dolo directo- el aporte realizado por medio de la conducta neutral tiene un sentido legal, con independencia de la conducta antijurídica del tercero. De igual manera, si el interviniente solo percibe como probable el riesgo de acaecimiento del delito por parte del tercero -dolo eventual-, se debe excluir la punibilidad de su conducta neutral a título de complicidad, según Claus Roxin, con fundamento en el principio de confianza. Para este, el principio de confianza *“En su forma más general afirma que quien se comporta debidamente en la circulación puede confiar en que otros también lo hagan, siempre y cuando no existan indicios concretos para suponer lo contrario.”* (Roxin, 1997, pág. 1004)

No obstante, para Roxin existe una excepción a su regla de no punibilidad en los casos de dolo eventual, configurada cuando se puede desvirtuar cualquier uso legal de la prestación neutral realizada por el interviniente, por parte del autor del delito. La anterior circunstancia desvirtúa el conocimiento probable del autor de la conducta neutral respecto la ocurrencia del hecho delictivo principal.

Como teoría de la referencia de sentido delictivo es conocido el planteamiento de Roxin, criticado por Tomas Weigend y Jakobs. La concreción de estas críticas es que se torna dudoso que los elementos subjetivos sean a tal punto determinantes, que decidan la tolerancia social que amerita una conducta que objetivamente contribuye a la realización de un delito. Así, una misma conducta, como la venta de un destornillador, puede ser castigada como complicidad punible si quien la realizó actuó con dolo directo e impune si percibió como probable el riesgo de realización de la conducta antijurídica ajena², constituyendo un derecho penal de la intención. En un sentido crítico puntualiza Tomas Weigend:

Ante todo, falta un argumento sólido que justifique que aquél que cuenta seriamente con la realización del delito, jurídicamente, puede confiar en que el autor no lleve a cabo su ejecución; mientras que en los supuestos donde

² Es de aclarar que para las teorías subjetivas el conocimiento penalmente relevante se puede derivar incluso de conocimientos especiales.

la comisión del hecho principal se presenta más segura (¿cómo?) el principio de confianza no debe considerarse. (Weigend, 2002, pág. 201)

Finalmente, dentro de las teorías subjetivas afirma Kai Ambos que el dolo del autor de la conducta neutral impregna de ilicitud a la conducta que en un primer momento era adecuada socialmente, y por ende ajena a la punibilidad:

El aporte al hecho adquiere un fin determinado [carácter delictivo] mediante el dolo del colaborador. Su conocimiento efectivo de la intención delictiva del autor lo convierte a él en “conocedor” del hecho principal y a su acción cotidiana, en una delictiva: “El conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo (Ambos, 2001, pág. 205).

El anterior es el panorama existente respecto a las teorías que se mueven en el aspecto subjetivo del tipo penal.

LÍMITES A LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES NEUTRALES EN SEDE DEL TIPO OBJETIVO.

Inconformes con los resultados a los que se llegan con las teorías subjetivas, se planteó la necesidad de acudir en la búsqueda de criterios que delimiten la responsabilidad penal dentro del aspecto objetivo del tipo.

La exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de las conductas cotidianas o profesionales es un asunto que no atañe ni a la causalidad ni al dolo, sino más bien a la imputación objetiva. En el fondo se trata de determinar los límites del comportamiento jurídicamente permitido. El planteamiento decisivo reza: ¿es suficiente la existencia de un aporte causal del cómplice para la realización del hecho principal, o si dentro del grupo de

aportes causales para la comisión de un delito es posible hacer una selección de criterios valorativos (normativos)? (Wohlers, 1999, pág. 133).

No es dogmáticamente adecuado justificar la punibilidad de las conductas neutrales que prestan colaboración al hecho delictivo ajeno, con fundamento exclusivo en el conocimiento que el interviniente posea sobre la comisión del hecho delictivo principal. De este modo, se castiga por el simple conocimiento, el cual incluso puede ser uno especial, cuando concomitantemente existe un aporte causal con valor para el delito del tercero, desconociéndose que la conducta que favorece el hecho delictivo principal se desarrolla dentro de los lineamientos objetivamente permitidos en la sociedad, así, se está realizando una punición del conocimiento, más que una punición del actuar por fuera de los límites de lo jurídicamente permitido o del incrementar las posibilidades de éxito de la acción típica principal.

Para los partidarios de esta vertiente, lo que se indaga dentro del ámbito de las teorías objetivas, guiadas por la imputación objetiva, es en la exposición de criterios normativos (valorativos), que determinen cuándo la conducta neutral sobrepasa los límites de lo socialmente permitido, incrementando de forma no tolerable las posibilidades de realización de la acción típica principal. Para Robles:

Lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica. A tal efecto, entra en escena el instrumento de la “teoría de la imputación objetiva” con el fin de deslindar aquellas conductas que crean un riesgo desaprobado de intervención en el delito de aquellas otras que se mueven en el ámbito del riesgo permitido (neutralidad). (Planas, 2015, pág. 4).

Para las teorías que se mueven en el campo objetivo del tipo penal “*la responsabilidad penal sólo se puede fundamentar en un incremento inadecuado de peligro para un bien jurídico.*” (Weigend, 2002, pág. 202). Cuando se actúa en desarrollo de rol que se posee dentro de la sociedad, se está realizando uso del

ámbito de libertad del que estamos dotados, y, por ende, no se estará actuando por fuera de los límites de lo socialmente permitido.

TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL – HANS WELZEL.

Para Welzel, cuando la conducta de participación se realizó dentro de los parámetros objetivos imperantes dentro de la sociedad, esto es, dentro de lo que se considera adecuado en el entorno social, esta no será punible a título de complicidad. Así:

Lo injusto abarca las acciones que están al margen de los órdenes morales de la vida social. Por eso, se debe comprender también el carácter de lo injusto, siempre y solamente a través de una referencia a los órdenes morales de la vida social. Acciones que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra; son las llamadas acciones socialmente adecuadas. Socialmente adecuadas son las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia. (Welzel, 1956, pág. 84)

La teoría de la adecuación social ha sido objeto de críticas, así, para Thomas Weigend el criterio de adecuación social resulta ser vago, pues no encuentra aplicación en todos los casos en que se pueda pensar, sino que depende de la circunstancia particular en la que se incrusta la conducta a valorar.

Sólo la circunstancia de que, frecuentemente, las conductas anteriores —la venta de destornilladores— tienen lugar sin que den motivo a una reacción por parte del Derecho Penal no permite deducir su impunidad en todo caso por ser socialmente adecuadas; pues la adecuación social, como atributo de una conducta, no es un criterio fijo que tenga validez para todas las

soluciones imaginables, sino que sólo es determinable a partir del contexto concreto en el que actúa el autor. (Weigend, 2002, pág. 203)

Resulta desafortunada la forma en la que Welzel aborda la cuestión, pues confunde el problema con la solución. El hecho de que una conducta sea adecuada socialmente constituye el núcleo de la problemática de la intervención a través de conductas justamente neutrales.

TEORÍA DE LA ADECUACIÓN PROFESIONAL – HASSEMER.

Hassemer propone una reformulación de la teoría de la adecuación social, situándola en los contextos de la actividad profesional, esto pues, parte de las aportaciones realizadas por la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria respecto a los hechos delictivos de sus clientes. Para el autor, se niega la existencia de antijuridicidad en la actuación del interviniente, cuando la conducta se mantiene dentro de los lineamientos que establece la actividad profesional desarrollada. Lo anterior comporta que se deberá acudir a la normatividad sectorial que se establece para ciertas profesiones, verbigracia, el sector notarial, bancario, jurídico, médico, entre otros.

No obstante, Hassermer admite excepciones a su regla general de no punibilidad de la conducta de participación desarrollada en ámbitos profesionales, ello cuando existe una adaptación de la conducta del partícipe al hecho delictivo ajeno, en estos casos existirá responsabilidad penal a título de complicidad.

A la teoría de la adecuación profesional se le critica que solamente sea aplicable a las actividades que cuentan con una alta y especial regulación, verbigracia, para el sector bancario, dejándose de lado a las conductas desarrolladas en ejercicio de labores que no cuentan con una regulación, como lo son las que tienen lugar en el tráfico informal de bienes y servicios, graficado por

Jakobs así “(...) *el panadero vende una barra de pan a X sabiendo que éste la utilizará para matar a su propia esposa envenenándola*”. (Jakobs, 1996, pág. 32)

Para Tomas Weigend la teoría de la adecuación profesional solamente permitiría limitar la punibilidad de la conducta neutral que presta colaboración delictiva, no dada la profesionalidad de quien realiza la conducta, sino en el sentido de darle preferencia a la ley especial, la cual regulará detalladamente la actividad que se desempeña, sobre la ley general, así:

Cuando el legislador (o colegio profesional) establece determinadas normas de conducta para concretos ámbitos profesionales, las cuales deben garantizar la protección frente a agresiones de carácter criminal, entonces el profesional frente al reproche penal puede alegar que se ha limitado a cumplir la especial normativa prevista” (Weigend, 2002, pág. 204)

Me detendré con mayor rigor en los planteamientos realizados por Jakobs, Frisch y Robles Planas, pues son los criterios que mayormente aportan claridad sobre el objeto de discusión.

TEORÍA DE LA PROHIBICIÓN DEL REGRESO – GÜNTHER JAKOBS.

Por regla general, para Jakobs, las conductas neutrales que prestan colaboración al hecho delictivo ajeno deben ser impunes. La anterior premisa para ser justificada requiere la comprensión de la forma en cómo entiende Jakobs se constituye la sociedad. El mundo como entorno en el que se produce el delito se encuentra integrado por una dualidad de sistemas. En primer lugar, se compone de un sistema causal o de los hechos, en este se producen las conductas y los resultados materiales de estas, verbigracia, se haya la conducta homicida de A para con B, y el objeto material del delito, el cuerpo inerte de B, es un sistema causalísticamente configurado. En segundo lugar, se haya un sistema social, en el

cual no existen conductas, sino resultados de conductas, los cuales son estrictamente jurídicos, siguiendo con el ejemplo propuesto, se encuentra la imputación del resultado jurídico a A producto de su conducta homicida para con B.

El problema al que intenta dar solución la teoría de la imputación objetiva no versa sobre el resultado material del delito – verbigracia, el cuerpo del homicidio – pues aquí rige la causalidad, no hay manifestación de sentido diferente al resultado material ya descrito. Por el contrario, su labor consiste en preguntarse por los criterios normativos (valorativos) que permitan determinar cuándo un resultado jurídico le es imputable al actuar de una persona. Nótese que es un problema que dista mucho de ser uno sobre la causalidad, pues puede incluso no existir causalidad y no obstante existir imputación, como sucede en los delitos omisivos.

Estima Jakobs que dentro del sistema social la conducta punible expresa un mensaje, cuyo significado no consiste en la lesión de bienes jurídicos, sino en el quebrantamiento de una expectativa cognitiva que, al haber sido positivada, se ha convertido en expectativa normativa, en rigor, se trata de un mensaje de quebrantamiento de una norma. Así, *“la conducta punible se constituye en un fenómeno de perturbación de la sociedad, entendida como sistema de comunicación normativa”* (Jakobs, 1996). En concordancia con lo anterior:

La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas. (Jakobs, 1996, pág. 11)

Dicho lo anterior, podemos decir que Jakobs cimienta su tesis de limitación de la punibilidad de las conductas neutrales que prestan colaboración al hecho delictivo, en la teoría de la imputación objetiva, y, en rigor, en dos instituciones de

esta: la teoría de la prohibición de regreso y la teoría de los roles. Para Jakobs lo determinante es establecer los criterios normativos que permitan determinar cuándo la persona que ha iniciado un curso causal dañoso ya no puede separarse de los resultados de este. Es aquí donde indaga para limitar la punibilidad de quien con su conducta neutral favorece causalmente el hecho delictivo ajeno. Al respecto afirma:

La descripción positiva de la responsabilidad muestra paralelismo con la descripción de la injerencia y de los deberes de relación en el delito de omisión: En cada caso se trata de en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias. Es posible un distanciamiento en tales términos de un interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, cuando su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción, que realiza el tipo, del ejecutor; el interviniente ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. La argumentación es la misma que en el riesgo permitido y la injerencia: El interviniente no ha pretendido ningún riesgo especial. (Jakobs, 1997, págs. 843, 844)

Por ello, hay que determinar si una conducta debe o no anexarse al plan delictivo del autor. Esto también es expuesto por Jakobs dentro de su obra "*Teoría de la Intervención*", donde establece como fundamento del castigo de la complicidad el infringir un deber de incumbencia:

Quien orienta su conducta especialmente al aspecto delictivo de la planificación de otro no puede ser distanciado de la realización de dicha planificación. Se trata de los casos "normales" de intervención (...) quien realiza una prestación adaptada significativamente a una planificación

delictiva no puede ser distanciado de la realización de dicha planificación. (Jakobs, 2016, pág. 57)

De lo anterior se extrae que, en primer lugar, queda demarcada la teoría de la prohibición de regreso entendida desde la perspectiva jakobsiana, recordemos podemos hablar de tres teorías de prohibición de regreso, puntualmente:

Mientras que la teoría clásica se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la nueva teoría parte de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes prejurídicos (dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad); por último, la teoría de Jakobs se confecciona de forma exclusivamente normativa, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico. (Lascano, 2017, pág. 19)

En segundo lugar, para Jakobs existen eventos en los que hay causación por fuera de contextos delictivos, y por ende carente de punibilidad. Así, a pesar de existir causalidad, no será posible imputar las consecuencias de esta al interviniente, pues este se limita a la creación de una situación con la que otro puede cometer un delito, pero la conducta no ha sido configurada por el interviniente pretendo crear un riesgo especial de continuación delictiva. Así mismo, justifica la responsabilidad penal del interviniente cuando define su conducta como parte del plan delictivo del autor del delito, cuando solo se motiva por el plan delictivo de este.

Posteriormente, Jakobs relativiza su criterio inicial, al establecer que existirá responsabilidad penal cuando el interviniente configure su conducta al contexto delictivo en el que se desarrolla la conducta punible del ejecutor, pues el partícipe *“específicamente configura su prestación de modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento”*. (Bosch, 2009, pág. 11). Para determinar la anterior circunstancia, Jakobs propone dos subcriterios: la configuración específica de la conducta y el del contexto en el que se enmarca la conducta neutral del partícipe.

Para Jakobs existe una excepción a la regla general de no punibilidad de la conducta neutral que favorece un hecho delictivo ajeno, incluso sin que exista adaptación de la conducta del interviniente a la actividad delictiva; esta viene dada por el contexto en que se desarrolle la acción neutral, un contexto marcadamente delictivo puede constituir fundamento para una imputación excepcional del hecho.

Una institución relevante en la problemática de la intervención en el delito por medio de acciones neutrales, es la de los conocimientos especiales, con gran relevancia en las teorías subjetivas, constituyendo un dispositivo amplificador del conocimiento punible. Jakobs no le asigna valor fundamentador a estos para la imputación de las consecuencias jurídicas a la conducta del interviniente. El concepto de rol que posee Jakobs permite llegar a la anterior conclusión, pues este constituye un contenedor del conocimiento penalmente relevante. El único conocimiento que reconoce como relevante, formando parte de la base a efectos de imputar las consecuencias de una conducta neutral a su autor, es el que se espera tenga una persona en desarrollo del rol que ostente dentro de la sociedad, por ello, los conocimientos que desborden ese contenedor, no podrán ser tenidos en cuenta para este efecto, así *“es cada rol lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno.”* (Jakobs, 1996, pág. 67).

Una correcta definición de lo que debemos entender por conocimientos especiales la encontramos en Robles Planas, quien manifiesta:

Por conocimientos especiales hay que entender aquellos que no son esperables en modo alguno que se posean y por tanto, derivan de una capacidad (conocimiento) personal del sujeto que son por completos ajenos a la situación. Ello es lo que sucede en el caso del camarero estudiante de biología que sirve una ensalada con setas venenosas. Donde hay posiciones jurídicas o roles altamente estandarizados, también los conocimientos

vinculados a esos roles estarán estandarizados, por lo que será más sencillo identificar los conocimientos que nada tienen que ver con el desempeño de ese rol y, por tanto, que no son esperables. Son conocimientos relevantes aquellos que son esperables que se posean y se activen en relación con los riesgos que como garante se deben gestionar. (Planas, 2015)

Si bien para Jakobs, en principio, no es posible predicar punibilidad sobre el autor de la conducta neutral que favorece el hecho delictivo ajeno, no necesariamente comporta que el mismo quedará libre de responsabilidad penal, pues sería viable hacerle responsable por la infracción de un deber de solidaridad.

Así como en el delito de omisión el autor puede ser responsable de procesos causales por la vinculación de éstos con su ámbito de organización, también en los delitos de comisión, a la inversa, procesos causales puestos en marcha mediante acción actual cabe distanciarlos del ámbito de organización del agente (o del ámbito de organización que el agente gestiona en lugar de otro). Este distanciamiento del agente con respecto a la realización del tipo puede tener lugar porque la realización del tipo se puede definir como consecuencia de la voluntad de otra persona o, si no, como perteneciente a un ámbito de organización ajeno, sobre todo como perteneciente al propio ámbito de organización de la víctima. En estos casos, a pesar de la causalidad, no existe incumbencia del autor por la organización. Tanto en la comisión como en la omisión, en caso de falta de incumbencia de la organización puede existir desde luego responsabilidad, a saber, a causa de un deber de dedicación solidaria, es un deber de tener en cuenta la solidaridad mínima en virtud del §§ 138. (Jakobs, 1997, pág. 259)

WOLFGANG FRISCH.

Frisch parte su análisis ponderando entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. Entiende que el fundamento de la punibilidad en los delitos de comisión activa se encuentra en el exceso en el ejercicio de la libertad jurídica de la que nos encontramos dotados. Para el caso de la participación a través de conductas neutrales, el fundamento para su castigo debe centrarse en acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida.

Para Frisch, las acciones neutrales se mueven dentro del campo de la libertad jurídicamente permitida, por ello, lo determinante es saber cuándo el sujeto ya no se mueve dentro del marco de su libertad general de actuar, concluyendo que:

Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo de otro. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros. (Frisch, 2000, pág. 206)

Siendo así, una acción tiene sentido delictivo solo *“cuando la conducta se acomoda de tal manera a la posibilidad o facilitación de la conducta delictiva del ejecutor que, su propio contenido de sentido, se agota en dicho favorecimiento”* (Bosch, 2009). Cuando no sea así, pues la conducta neutral se mueve dentro del ámbito de libertad del que jurídicamente nos encontramos dotados, solo existirá responsabilidad penal por infringir una norma general de solidaridad.

RICARDO ROBLES PLANAS.

Robles Planas comprende que los elementos subjetivos no deben determinar la situación objetiva, el actuar sabiendo -dolo- no puede constituir fundamento suficiente para la imputación de un resultado a título de participación delictiva, cuando se actúa en ejercicio de un rol o profesión. Siendo así, Robles parte de una regla general, no se tiene la obligación de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones, pues falta por actuar un sujeto autoresponsable.

Intervenir en un delito es aportar algo penalmente relevante al hecho injusto. “Penalmente relevante” significa de forma desaprobada por el Derecho penal, lo que implica que también hay formas “permitidas” de intervenir en un delito, también se las denomina “conductas neutrales” o casos de “prohibición de regreso”. Se hallarán muchas conductas neutrales en las aportaciones previas al inicio de la ejecución, pues uno no tiene que preocuparse de que otros sujetos autorresponsables no deriven posteriormente hacia lo delictivo las propias aportaciones. Rige, por tanto, un principio de separación de esferas, acorde con sociedades complejas con alto grado de división del trabajo donde la interacción social se articula sobre la base de esferas de competencias delimitadas. Ahora bien, también pueden ser neutrales las aportaciones prestadas con posterioridad a otras que ya están impregnadas de lo delictivo. Es el caso del estudiante de biología que trabaja como camarero y sirve una ensalada con frutos venenosos que ha preparado el cocinero (...) a pesar de actuar en último lugar “permitiendo” la realización del tipo, el sujeto no es en absoluto garante de que no se realice, por lo que solo cabe, en su caso, un reproche conforme a deberes generales de omisión. (Planas, 2020, pág. 4)

Para Robles, excepcionalmente se tendrá el deber de verificar qué es lo que otro va a realizar con las propias conductas, teniendo lugar: a) ante la infracción de deberes jurídicos o posiciones de garantía que el ordenamiento jurídico impone; b) cuando no existe una posición jurídica, nos debemos decantar por un criterio de adaptación de la conducta neutral al hecho delictivo ajeno.

Lo contrario es cuando el sujeto, actúe con anterioridad o posterioridad a otro, es garante de que no se dé la realización del tipo. Ello sucede en casos de prestaciones en sí peligrosas sometidas a regulación especial por el ordenamiento jurídico. Esto último es excepcional, la regla general se confirma: la intervención en un delito suele ser un riesgo permitido. Intervención penalmente relevante solo habrá, más allá de los casos poco

frecuentes de posiciones de garantía especiales, donde se supere el amplio riesgo básico del que todos partimos en la sociedad. Ello no sucede a partir de causaciones o conocimientos, sino a partir del significado objetivo de la conducta: si puede interpretarse objetivamente como parte del delito o como algo aún distanciado. Una conducta forma parte de un delito cuando quien la lleva a cabo le ha dado forma específica para que encaje en él. A este criterio de imputación lo denomino “conducta de adaptación”. (Planas, 2020, pág. 4)

Conforme al primer criterio, se debe verificar la posterior actuación de un tercero a los fines de la propia conducta, cuando el autor de la conducta neutral ocupa una posición de garantía a la luz del ordenamiento jurídico. Un incumplimiento de estos deberes puede conducir a la imputación del resultado. Para las posiciones jurídicas de garantía derivadas de la vigilancia a tener de la conducta de terceros en relación a ciertos bienes, será el momento en el que el sujeto asume la vigilancia de la conducta del tercero, donde se adquiere una posición especial de evitación de conductas punibles, determinándose la intervención para el delito siguiente en caso de incumplimiento de los deberes asumidos; por otra parte, para las posiciones jurídicas de garantía derivadas del deber de aseguramiento de objetos peligrosos, la creación de un riesgo desaprobado solo se dará en tanto exista un deber especial, el cual nace cuando al propio ámbito de organización pertenecen objetos que, por su intrínseca peligrosidad, quedan marginados del ámbito de disponibilidad general. Se trata de objetos con actitud idónea para lesionar bienes jurídicos, pero que por su utilidad para la vida en sociedad se permite su tráfico, siempre que se respete una normatividad sectorial.

En el segundo criterio de imputación de la conducta neutral de intervención en el delito, no hay deberes especiales que infringir, aquí lo determinante será la existencia de adaptación de la conducta neutral al hecho delictivo. Por ello, *“Lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica.”* (Planas, 2015).

Dicho lo anterior, lo importante será entonces que el autor de la conducta neutral configure su prestación al hecho delictivo del tercero. Siendo así, surge un interrogante ¿cuándo existe adaptación de la conducta neutral al hecho antijurídico ajeno? Para Robles se constata la configuración de la conducta hacia un sentido eminentemente delictivo cuando esta crea las condiciones específicas para la comisión del hecho delictivo posterior, creando un riesgo de continuación delictiva para con el autor del delito. Por ello, cuando las prestaciones son de libre adquisición en el tráfico jurídico, no se podrá afirmar que la conducta neutral realizará un riesgo especial de continuación delictiva, pues la fungibilidad de esta impide predicar una especial configuración de la conducta al delito posterior, así *“Cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, más concernirá su aplicación delictiva al autor autorresponsable”* (Bosch, 2009, pág. 14)

Dentro de su propuesta Robles Planas hace una notoria referencia al pensamiento de Jakobs, al comprender que la sociedad constituye una suerte de sistema dentro del cual las personas poseen posiciones jurídicas que, a su vez, fundamentan deberes de garantía, los cuales al ser infringidos posibilitan la imputación de un determinado resultado a título de participación delictiva. Al ser consultado Robles sobre si *“¿se tiene la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo inminente?”* (Bosch, 2009, pág. 15) este responde negativamente, pues *“del hecho de que uno pueda maximizar el mundo de los bienes jurídicos no se sigue que también deba hacerlo”* (Planas, 2015).

Para Robles, ante la inexistencia de un deber que fundamente la necesidad de evitar que una aportación propia favorezca un hecho delictivo ajeno, y en ausencia de adaptación de la conducta al hecho antijurídico, existirá responsabilidad penal para el interviniente, vinculada exclusivamente a la infracción de un deber de solidaridad. Mientras no existan otros datos que permitan predicar adaptación de la conducta al hecho delictivo, la acción de vender un cuchillo no resulta suficiente para predicar que, entre el autor de la conducta neutral y el delito, exista una relación normativa que permita la imputación a título de complicidad.

Así, puede concluirse que deberá negarse la participación en el delito, siempre que no existiendo posiciones de garantía para evitar que determinados bienes o actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos, no se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido.

En los casos de prestaciones profesionales se trata de conductas que no contienen, en sí mismas, un riesgo especial de continuación delictiva, esto es, no pueden entenderse como conductas que se adapten al hecho que va a ser cometido, sino que se agotan en el estándar normativo que define el contexto en el que se verifican. (Planas, 2015)

En un mismo sentido, afirma (Planas, 2012):

Sin embargo, la desaprobación típica de estas conductas deberá negarse allí donde los objetos o actividades que el tercero deriva hacia lo delictivo dejan de estar sometidas a controles o requisitos especiales, de tal manera que adquieren carácter ubicuo y, por consiguiente, neutral.

La mayoría de los casos propuestos en la academia no comportan la infracción de un deber o posición de garantía, tampoco la adaptación de la conducta al hecho delictivo, que cree las condiciones para que se dé una continuación delictiva; por lo que existirá responsabilidad penal para el autor de la conducta neutral, vinculada exclusivamente a la omisión de un deber de solidaridad.

LÍMITES A LA PUNIBILIDAD DE LAS ACCIONES NEUTRALES DENTRO DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA.

La problemática de la participación delictiva a través de acciones neutrales ha tenido poco desarrollo jurisprudencial en el ámbito nacional, no obstante, existe un importante pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, se trata de la Sentencia No. 12742 del 04 de abril de 2003 de la Sala de Casación Penal, M.P.

Dr. Álvaro Orlando Pérez, la cual ha sentado las bases para determinar en qué casos las acciones neutrales que prestan colaboración al hecho delictivo ajeno no serán punibles a título de complicidad, igualmente, estableció las circunstancias en las que una conducta profesional será punible por complicidad.

En la Sentencia 12742 del 4 de abril de 2003 la Corte Suprema de Justicia analiza si la persona que conduce un taxi puede ser condenada como cómplice en un delito de homicidio, dado en estas circunstancias: el conductor de un taxi y sus pasajeros deciden hacer caso omiso a una señal de pare ubicada en un puesto de control, lo anterior conllevó a que un agente de la policía se diera en la persecución del taxi, interceptando el vehículo automotor, del cual posteriormente baja uno de los ocupantes y dispara en contra del agente de policía, provocándole la muerte.

Para dar solución a la problemática que se le planteó en el recurso de casación, el alto Tribunal acudió a la teoría de la prohibición de regreso, afirmando:

Lo ha insinuado el Tribunal. Ha dicho que los cinco viajeros departían desde temprano, que optaron por ir a otra ciudad, que ante el retén aumentaban la velocidad, frenaban y de nuevo arrancaban, incluso que el conductor provocó a los policiales y proporcionó con su vehículo el blanco para que el autor abriera fuego. Es decir, para justificar la condena por complicidad, ha hecho el recorrido previo a la causación del daño, para decir que con su conducta los ocupantes del taxi posibilitaron, dolosamente, el resultado, y no hicieron nada para evitarlo. Mejor dicho, se fue atrás, a mirar la conducta de los procesados y al retornar concluyó que sí participaron en el homicidio.

La teoría de la prohibición de regreso, de larga data –hecha para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material-, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de

garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra.

En el caso se observa que: I. Los viajeros, al superar el retén sin detenerse, violaron reglamentos, es cierto, pero esa acción, per se, es indiferente para el derecho penal. II. La conducta de los ocupantes (conductor), no facilitaba, ni estimulaba, dentro del sentido común, la comisión del delito doloso de homicidio. III. Ninguno de los ocupantes tenía posición de garante para resguardar el derecho a la vida del agente. IV. El comportamiento de los señores Medina y Norato no sobrepasó los límites del peligro permitido, respecto de la vida del agente, que fue eliminada dolosamente por Buitrago. V. Nada indicaba, en las escenas antecedentes, que fuera posible calcular la perpetración de un delito doloso de homicidio. (Sentencia 12742, 2003)

La anterior postura fue reafirmada por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 35899 de 5 de diciembre de 2011, M.P. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán:

Por virtud de este principio, no se imputa objetivamente un resultado a quien al ejecutar un comportamiento inocuo para el derecho facilita la comisión de un delito por cuenta de un tercero, salvo que ostente la posición de garante y el comportamiento haya excedido los límites del riesgo permitido.

Por el contrario, habrá lugar a imputar el resultado típico cuando la acción discutida, aunque irrelevante para el derecho facilite y estimule la comisión de un delito doloso o culposo por parte de un tercero y (i) se tenga la posición de garante respecto del bien jurídico puesto en peligro; (ii) el comportamiento cuestionado sobrepase los límites del riesgo permitido y, (iii) se tenga el conocimiento de la probable comisión del delito. (Sentencia 35899, 2011)

De los anteriores pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, esto es, de las Sentencia 12742 del 4 de abril de 2003 y Sentencia No. 35899 de 5 de diciembre de 2011, se desprende que el alto Tribunal ha adoptado la teoría de la prohibición de regreso como criterio que permite determinar la existencia de

imputación objetiva, o no, a título de complicidad, para quien con su conducta neutral termina favoreciendo causalmente el hecho antijurídico de un tercero.

Por la concepción que de prohibición de regreso tiene la Corte Suprema de Justicia, no existirá responsabilidad penal para quien favorezca un hecho delictivo ajeno a través de acciones neutrales, siempre que quien ejecute la acción de favorecimiento: i) no detente una posición de garante respecto al bien jurídico puesto en peligro; ii) que su conducta no sobrepase los límites del riesgo permitido y, iii) no conozca sobre la posibilidad de la comisión del delito por parte del tercero.

En aras de demostrar la problemática que comporta la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en rigor, el tercer criterio que según el alto Tribunal exceptúa la aplicación de la prohibición de regreso, se propone analizar la actuación del abogado que mediante su asesoramiento profesionales y neutral, colabora a la posterior comisión del delito de fraude procesal en un proceso de insolvencia.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL ASESOR JURÍDICO EN EL DELITO DE FRAUDE PROCESAL EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE.

El artículo 453 de la Ley 599 del 2000 consagra el delito de fraude procesal en los siguientes términos:

Artículo 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, (...) (Ley 599, 2000, art. 453).

Este delito consiste en la realización de engaños en medio de un proceso, mediante los cuales inducir en error a un servidor público, con la finalidad de que este expida una providencia contraria a la que se obtendría sin haber realizado la alteración del proceso. Este es un delito de mera conducta, se consuma con la

inducción en error del servidor público a través de los engaños, sin que se requiera la obtención de la providencia contraria a la Ley. Para la Corte Suprema de Justicia:

Acorde con lo anotado, las posturas de la Sala en torno al delito de fraude procesal, se pueden resumir de la siguiente manera: (...)

4. El delito se consuma cuando se realiza el comportamiento descrito en el verbo rector “inducir”, que es el que constituye el núcleo de la acción, por lo tanto, no requiere el logro de la decisión anhelada, sentencia, resolución o acto administrativo ilegal que, de producirse, configuraría su agotamiento. (Sentencia SP072-2023, 2023)

CONDUCTA DE ASESORAMIENTO DEL ABOGADO EN LOS PROCESOS DE INSOLVENCIA DE PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE.

El proceso de insolvencia de persona natural no comerciante de la Ley 1564 de 2012 es el escenario idóneo para que se configure el delito de fraude procesal, pues el deudor puede suministrar información falsa, simulando acreencias que en la realidad no existen y ocultar activos de los que conforman su patrimonio, y la prenda general de sus acreedores. El artículo 539 del Código General del Proceso establece como requisitos para iniciar el trámite de negación de deudas, presentar:

3. Una relación completa (actualizada) de todos los acreedores, en el orden de prelación de créditos que señalan los artículos 2488 y siguientes del Código Civil.

4. Una relación completa y detallada de sus bienes, si los hubiere, incluidos los que posea en el exterior. Deberán indicarse los valores estimados (...) (Ley 1564 de 2012, art. 539)

En virtud de los anteriores requisitos para acceder al proceso de insolvencia, el deudor puede simular acreencias, incluyendo falsos acreedores, además, omitir fraudulentamente relacionar un activo de los que conforman su patrimonio, induciendo en error a un servidor público, obteniendo además una sentencia de adjudicación que resulta ser contraria a la realidad jurídica, al contener falsos acreedores que terminaron siendo adjudicatarios, y, además, que no produce efectos frente a los activos que intencionalmente se ocultaron.

Dicho lo anterior, se plantea el siguiente caso en aras de determinar la existencia, o no, de responsabilidad penal a título de complicidad para el abogado que en ejercicio de su profesión colabora a la realización del tipo penal del artículo 453 de la Ley 599 del 2000: el cliente A acude a una firma de abogados especializada en derecho concursal, solicitando asesoramiento legal sobre la forma en que se desarrolla el proceso de insolvencia de persona natural no comerciante regulado en la Ley 1564 de 2012. En efecto, el asesor jurídico, en cumplimiento de su función, brinda la asesoría con los detalles pormenorizados, explicando, además, como se hace la relación de acreedores y de activos que respectivamente posee el deudor, conforme lo requiere los numerales 3 y 4 del artículo 539 del CGP. El cliente A, con especial fundamento en el asesoramiento que brindó el abogado, inicia un proceso de insolvencia de persona natural no comerciante, en el que ha simulado acreencias y ocultando bienes de los que conforman su patrimonio, induciendo en error al Juez Civil, producto del cual se deriva una sentencia de adjudicación contraria a la ley y a la realidad patrimonial del deudor. Dicho esto ¿será castigada a título de complicidad la conducta profesional de asesoramiento que realizó el abogado? la cual contribuyó a la realización del delito de fraude procesal.

ANÁLISIS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA RESPECTO LA CONDUCTA NEUTRAL DEL ASESOR JURÍDICO.

Para determinar si el asesoramiento del abogado respecto al proceso de insolvencia debe ser considerado como complicidad punible en el delito de fraude procesal, acudimos a la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Suprema de Justicia en Sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011, donde indica tres criterios que exceptúan la aplicación de la prohibición de regreso. Así, no existirá responsabilidad penal para quien favorezca un hecho delictivo ajeno a través de acciones profesionales, siempre que i) no detente posición de garante frente al bien jurídico puesto en peligro; ii) que su conducta no sobrepase los límites del riesgo permitido y, iii) no conozca sobre la posibilidad de la comisión del delito por parte del tercero.

1) Se tenga posición de garante respecto del bien jurídico puesto en peligro:

La Corte Suprema de Justicia ha definido el infringir deberes de garantía como un criterio que permite predicar la existencia de imputación objetiva. Al respecto, en la Sentencia SP8759-2016, M.P. José Luis Barceló, al referirse a la actividad profesional del médico, expresa que:

Los actos realizados en ejercicio de la práctica médica pueden caer en el ámbito de la imputación objetiva; así acontece cuando habiendo el profesional de la medicina asumido voluntariamente la posición de garante respecto del paciente, esto es, “la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio” (artículo 25 del C. Penal) inobserva el deber objetivo de cuidado que le impone la *lex artis* y, como consecuencia, causa un daño antijurídico.

El incremento del riesgo permitido puede llegar a defraudar la expectativa que se sustenta en la idoneidad de quien tiene un título académico y experiencia necesaria que lo legitima para ejercer la profesión médica: lo anterior, siempre y cuando la superación del riesgo permitido se realice tras la asunción de la posición de garante, ya sea a través de un diagnóstico capaz de generar una lesión al bien jurídico que se habría podido evitar -por

ser previsible- de haber actuado el agente con las precauciones técnicas del caso. (Sentencia SP8759-2016, 2016)

Para nuestro análisis, el asesor jurídico no posee o asume deber de garante alguno respecto la protección del bien jurídico de la recta y eficaz administración de justicia, por lo cual este primer filtro de la imputación objetiva se supera.

2) El comportamiento sobrepase los límites del riesgo permitido:

Según el artículo 9 de la Ley 599 del 2000 la causalidad por sí sola no es suficiente para que se impute jurídicamente un resultado, por ello, establecida esta, se debe acudir a la teoría de la imputación objetiva, para distinguir aquellas conductas que constituyen autentica complicidad, de otras que, si bien favorecieron causalmente el delito ajeno, carecen de relevancia penal, siendo neutrales. Según la imputación objetiva aquí se debe determinar si la contribución del interviniente, respecto el delito principal, comporta un incremento del riesgo de lesión del bien jurídico tutelado, es decir, un incremento de las posibilidades de éxito de la acción típica. Expresa la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP-CSJ-1402-2017:

Para atribuir una conducta de complicidad, se requiere de la existencia de un vínculo de causalidad necesario entre la acción desplegada por quien fue acusado como cómplice y el resultado producido por la acción principal ejecutada por el autor, lo que se traduce en la acreditación de que la persona haya contribuido elevando la posibilidad de éxito o producción del hecho antijurídico, esto es, la demostración de un riesgo adicional, relevante y atado a la causalidad, para el bien jurídico tutelado. Junto con lo que ya se ha dicho acerca de la complicidad, también debe representar, respecto del delito principal, un incremento del riesgo, que se traduce en la convicción del autor principal, que sabe de antemano o durante la ejecución del delito, que cuenta con la colaboración del cómplice. (Sentencia SP1402-2017, 2017)

Según la teoría de la imputación objetiva se debe verificar si la prestación creó un riesgo que es jurídicamente desaprobado y posteriormente ese riesgo jurídicamente desaprobado debió concretarse en la producción de un resultado lesivo, que, para el caso de la complicidad, se entiende como el incremento inadecuado de las posibilidades de existió de la acción típica principal. Al respecto la Corte Suprema de Justicia en SP3790-2022 expresa:

Así las cosas, la teoría de la imputación objetiva no se contrae tan solo al resultado, ni a la relación entre éste y la acción naturalística, lo trascendente es (i) que el resultado sea consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) que el riesgo se haya realizado en el resultado, entendiendo el «último no en un sentido puramente naturalístico sino como quebrantamiento de las normas». Solo habrá responsabilidad penal si se verifican ambos elementos. (Sentencia SP3790, 2022)

Siendo así, se debe determinar si el asesoramiento jurídico del abogado -que favorece la realización del delito de fraude procesal- creó un riesgo jurídicamente desaprobado y si ese riesgo jurídicamente desaprobado se concretó en un resultado lesivo para el bien jurídico tutelado. Para efectos de determinar las conductas que crean un riesgo no permitido, es importante verificar si se tratan de conductas dadas en áreas donde hay riesgos permitidos, pues para estas existirá una regulación concreta, proveniente en la mayoría de los casos de normas que son extrapenales, tal como sucede con el asesor jurídico.

A. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado:

La asesoría jurídica que ofrece un abogado en el marco de un proceso de insolvencia ¿puede considerarse una conducta peligrosa? La doctrina mayoritaria ha recurrido a un criterio de previsibilidad objetiva de la realización del delito como

criterio para determinar cuándo una acción es peligrosa, así, *“Para delimitar cuándo se está en presencia de acciones inadecuadas se introducen criterios valorativo-normativos (la previsibilidad)”* (Pijoan, 1989) Siendo así, es una conducta peligrosa aquella que:

Desde una perspectiva ex ante y conforme al criterio de un observador objetivo, el cual debe colocarse en la situación del sujeto que actúa, y con todos sus conocimientos y posibilidades de actuación, trae consigo una posibilidad de daño (Castillo, 2003, pág. 101)

En un mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en SP3790-2022 expresa:

El juez, al ocuparse sobre el primero de ellos y establecer si el agente infringió el deber objetivo de cuidado que le impone su rol en la sociedad o la actividad riesgosa que despliega, habrá de analizar la situación como si fuese un observador situado en las mismas condiciones de aquél en el instante en que llevó a cabo la acción, es decir, desde una perspectiva ex ante, con particular atención en los conocimientos especiales que el sujeto tenía para ese momento (Sentencia SP3790, 2022).

Por lo anterior, el asesoramiento de un abogado en materia de procesos de insolvencia puede considerarse una actividad peligrosa para distintos bienes jurídicos, al poder constituirse en una colaboración para diferentes delitos, como el alzamiento de bienes, obtención de documento público falso o fraude procesal. No obstante, el hecho de que una conducta sea peligrosa no significa que esté prohibida, en la constitución de la sociedad existen conductas peligrosas que deben ser toleradas en aras de que esta avance, este es el riesgo permitido.

Para determinar si el asesoramiento del abogado en el proceso de insolvencia ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado para la recta y eficaz impartición de

justicia, como bien jurídico protegido por el tipo penal de fraude procesal, se debe evaluar si sobrepasó los límites del riesgo permitido para dicha profesión.

Para Silva Sánchez las fuentes del riesgo permitido se pueden encontrar, entre otras, en normas de carácter extrapenal, al respecto afirma:

Las fuentes del riesgo permitido se pueden hallar en: (i) disposiciones formales extrapenales (administrativas, mercantiles) de rango legal y, luego, reglamentario (sistemas de accesoriedad directa o indirecta de acto); (ii) disposiciones no jurídico-estatales: leyes artis, disposiciones escritas o usos sectoriales de actuación ética correcta. (Silva, 2022)

Para la profesión del abogado, el riesgo permitido se deriva de la Ley 1123 de 2007 -Código Disciplinario del Abogado-, el cual establece prohibiciones para el ejercicio de la profesión. Para el caso que nos ocupa, el artículo 33 establece que *“Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado:”* el *“9. Aconsejar, patrocinar o intervenir en actos fraudulentos en detrimento de intereses ajenos, del Estado o de la comunidad”* (Ley 1123 de 2007, art. 33).

En este orden de ideas, no excederá los límites del riesgo permitido el abogado que, en su asesoramiento jurídico sobre el proceso de insolvencia, no transgreda las faltas contenidas en el numeral 9 del artículo 33 de la Ley 1123 de 2007. En el caso bajo análisis, el abogado no crea un riesgo jurídicamente desaprobado con su asesoramiento, pues no dio consejo delictivo alguno para la comisión del delito de fraude procesal, ni brindó especial información para cometer la artimaña procesal que indujera en error al servidor público, y obtener una sentencia de adjudicación de bienes contraria a la Ley, por el contrario, su asesoramiento se limitó a brindar la información sustancial y procedimental sobre el proceso de insolvencia.

B. El riesgo jurídicamente desaprobado se concretó en un resultado lesivo para el bien jurídico.

Como en el caso objeto de estudio no se identificó que el abogado en su asesoría sobre el proceso de insolvencia haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, observando los preceptos del artículo 33 de la Ley 1123 de 2007, no es necesario verificar si ese riesgo se concretó en el resultado lesivo. No obstante, si la conducta de asesoramiento legal hubiere constituido un riesgo jurídicamente desaprobado, bastaría por determinar si ese riesgo jurídicamente desaprobado se concretó causalmente en el resultado lesivo, incrementando las posibilidades de éxito de la acción típica del autor del delito de fraude procesal. Constatado esto, sería punible a título de complicidad la acción profesional del asesor jurídico.

3) Se tenga el conocimiento de la probable comisión del delito.

Conforme los criterios que ha fijado la Corte Suprema de Justicia en sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011, cuando el autor de la conducta neutral i) no detente posición de garante frente al bien jurídico puesto en peligro y ii) no sobrepase los límites del riesgo permitido, debemos determinar si conocía sobre la probable comisión del delito por parte del tercero. Así, si el abogado en su asesoría sobre el proceso de insolvencia, de alguna forma conocía sobre la probable comisión del delito de fraude procesal del cliente, entonces su conducta de asesoramiento será una punible a título de complicidad.

Por último, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si ninguno de los tres anteriores criterios se configura, la conducta de asesoramiento del abogado, aunque haya favorecido la comisión del delito de fraude procesal, no será punible como complicidad, en tanto aplicaría la prohibición de regreso.

TOMA DE POSTURA Y CONCLUSIÓN.

Los resultados del presente estudio nos llevan a concluir que no existe una restricción normativa suficiente en el artículo 30 de la Ley 599 del 2000 para excluir la punibilidad, a título de complicidad, de acciones neutrales que no sobrepasan el riesgo permitido, ni incrementan de forma injustificada las posibilidades de éxito de la acción delictiva principal. Lo anterior se corrobora al acudir a la línea jurisprudencial que ha fijado la Corte Suprema de Justicia en sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011 al abordar la responsabilidad penal del cómplice a través de acciones neutrales, pues conlleva a castigar penalmente las conductas que no sobrepasan el riesgo permitido.

En las sentencias referidas, la Corte Suprema de Justicia ha acudido a la prohibición de regreso para determinar en qué circunstancias estará excepto de responsabilidad penal quien se comporta como interviniente, a través de acciones neutrales, respecto de la acción delictiva ajena. No obstante, no la concibe desde alguna de las formas conocidas: la teoría clásica de Frank, la nueva teoría de la prohibición de regreso y la teoría Jakobsiana. Por el contrario, asume una concepción mixta en la que desafortunadamente, al definir excepciones a su aplicación, mezcla instituciones propias de la teoría de la imputación objetiva, como lo son las posiciones de garantía y el incremento del riesgo permitido, con postulados subjetivos ajenos a la imputación objetiva, como lo es el conocimiento que posea el interviniente sobre la comisión del delito por parte del tercero.

Para el alto Tribunal la prohibición de regreso no siempre resulta aplicable, fijando excepciones para ello. En rigor, la última de las excepciones que por vía jurisprudencial ha fijado, es decir, el conocimiento que tenga el autor de la conducta neutral sobre la comisión del delito por parte del tercero, resulta problemática. Apelar a un criterio que se basa únicamente en la posibilidad de conocer sobre la comisión del delito ajeno, como criterio para determinar la tolerancia social que amerita, o no, una conducta que objetivamente se realiza en los marcos de una profesión o rol, y que no incrementa el riesgo permitido, no puede ser correcto. Lo

anterior comporta que se predique un incremento del riesgo permitido, con fundamento exclusivo en el conocimiento que posea el autor de la conducta neutral.

La mixtura de elementos objetivos y subjetivos que realiza la Corte Suprema de Justicia respecto a las excepciones a la prohibición de regreso, conlleva a asignarle relevancia penal a los conocimientos especiales, los cuales constituyen un dispositivo amplificador del conocimiento punible. Estos no deben ser tenidos en cuenta a la hora de imputar un resultado al autor de la conducta neutral, pues desbordan el rol que se posee en la sociedad, por ello *“En todo caso, es cada rol lo que determina el contenido de los deberes y no el arsenal de las peculiaridades individuales de cada uno.”* (Jakobs, 1996, pág. 67)

Si se aborda la cuestión de la complicidad a través de acciones neutrales desde la perspectiva de la imputación objetiva, en rigor, desde el tipo objetivo, como lo concibe la doctrina mayoritaria, el elemento subjetivo no puede por sí solo determinar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, fundamentando la punición de conductas neutrales que han favorecido un delito ajeno. Siendo así, la línea jurisprudencial dada por la Corte Suprema de Justicia en las Sentencias 12742 del 4 de abril de 2003 y 35899 de 5 de diciembre de 2011, en lo que a la punibilidad de las acciones neurales respecta, debe ser reevaluada, abordando las excepciones a la aplicación de la prohibición de regreso, sin permitir predicar un incremento desaprobado del riesgo -y responsabilidad penal- para el autor de la conducta neutral, basándose únicamente en el conocimiento que este pueda tener respecto la acción delictiva principal. Por ello, únicamente se debe exceptuar la aplicación de la prohibición de regreso cuando (i) exista posición de garante respecto del bien jurídico puesto en peligro y (ii) la conducta del interviniente sobrepase los límites del riesgo permitido. La referencia al conocimiento que de la probable comisión del delito ajeno tenga el autor de la conducta neutral, debe ser tenido en cuenta a efectos de cumplir con el dolo exigido por el artículo 30 de la Ley 599 del 2000, mas no para por sí solo fundamentar un incremento desaprobado del

riesgo por parte de la conducta neutral y justificar una excepción a la aplicación de la prohibición de regreso. Lo ha manifestado Jakobs:

A diferencia de lo que sucede respecto del principio de confianza, la prohibición de regreso rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria, y ello porque se trata de casos en los que un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo. Cuestión distinta es que ante daños ingentes todos tengan un deber atenuado de prestar auxilio, consistente en negarse a realizar la aportación que per se es inocua. (Jakobs, 1996, pág. 33)

Es claro Jakobs al concluir que la prohibición de regreso aplica incluso cuando el interviniente cuenta con la comisión del hecho delictivo ajeno, por ende, el conocimiento del autor de la conducta neutral respecto la ocurrencia del hecho delictivo ajeno, no puede constituirse en una excepción a su aplicación.

I. Bibliografía

- Ambos, K. (2001). La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales. *Revista de Derecho penal y criminología*, volumen 2°.
- Bosch, G. G. (2009). Conductas neutrales: Estado de la cuestión. *Centro de investigacion interdisciplinaria en derecho penal economico*, 2.
- Casabianca-Zuleta, P. (Enero de 2009). Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos. *Estudio Socio-Jurídico*
- Castillo, F. (2003). Causalidad e imputación del resultado. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto, 1° edificación.
- Bogotá, Colombia. Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Código Penal, Ley 599 del 2000.
- Conde, F. M., & Arán, M. G. (2010). Derecho Penal Parte General. Valencia, España. Tirant lo blanch, 8ª edición.
- Frisch, W. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid, España. Cuadernos Civitas, 1° edicion.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires: Ad - Hoc, 1° edicion.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid, España. Civitas, 1° edicion.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., 2.a edición.
- Jakobs, G. (2016). *Teoría de la intervención*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Lascano, C. J. (2017). Cuadernos de Derecho penal. Córdoba. *Academia Nacional De Derecho Y Ciencias Sociales De Córdoba Instituto De Ciencias Penales*.

- Bogotá, Colombia. Congreso de la República de Colombia. Por la cual se establece el código disciplinario del abogado, Ley 1123 de 2007.
- Bogotá, Colombia. Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, Ley 1564 de 2012.
- Opazo, M. S. (2020). Una aproximación crítica a la denominación de acciones de colaboración como neutrales. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 1, pp. 261 - 283.
- Pijoan, E. L. (1989). Introducción a la imputación objetiva. *Nuevo Foro Penal*, N° 46.
- Planas, R. R. (2012). Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). *InDret Revista para el análisis del Derecho*.
- Planas, R. R. (2015). Conductas neutrales. *3.ª sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito*. Barcelona.
- Planas, R. R. (2020). La estructura de la intervención en el delito. *Política Criminal*, vol. 15.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I fundamentos de la estructura del delito*. Madrid. Civitas, 2º edición.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal (2003). Bogotá. Sentencia 12742 del 04 de abril 2003. M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá. Sentencia 35899 del 05 de diciembre de 2011. M.P. Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá. Sentencia SP072-2023 del 8 de marzo de 2023. Expediente Nro. 58706. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá. Sentencia SP1402-2017 del 8 de febrero de 2017. Expediente 46099. M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá. Sentencia SP3790 del 02 de noviembre de 2022. Expediente 56430. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Bogotá. Sentencia SP8759-2016 del 29 de junio de 2016. Expediente 41245 (Corte Suprema de Justicia). M.P. José Luis Barceló Camacho.
- Silva, S. (2022). El riesgo permitido en Derecho penal económico. Barcelona. Atelier.
- Weigend, T. (2002). Los límites de la complicidad punible. *Revista de Derecho Penal y criminología*. 2º edición, n.º 10, págs. 199-213.
- Welzel, H. (1956). Derecho Penal Parte General. Buenos Aires. Roque Depalma Editor.
- Wohlens, W. (1999). Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿exclusión de la responsabilidad jurídico penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional? Basilea. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/997/947>