

¿PUEDE IMPUTARSE A LOS ASESORES FINANCIEROS LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS CLIENTES?

JOSÉ LEANDRO REANO PESCHERA

Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

"Si la actividad de asesoramiento es 'estándar' o 'estereotipada' el comportamiento no es delictivo", pues "el que no hace otra cosa que su trabajo profesional, no realiza ningún tipo penal. El fin de protección de la conminación penal no abarca conductas neutras".¹

SUMARIO:

I. Sinopsis - II. Posturas sobre la intervención del asesor en el delito: I. Postura extensiva o punitivista; II. Posturas Restrictivas: 2.1. Las perspectivas subjetivas; 2.2. Las denominadas perspectivas objetivo-normativistas - III. Concreción de la perspectiva objetivo-normativista de análisis en el ámbito de la conducta de asesoría financiera.

I. SINOPSIS

Frecuentemente, en las sociedades actuales, organizadas en segmentos de actividad altamente especializados y con predominio de contactos relativamente anónimos², el tráfico de bienes y servicios en el marco de una relación personal, profesional o comercial es utilizado para el emprendimiento, mantenimiento u ocultamiento de una actividad delictiva. Pero, ¿debe responder penalmente quien presta algún servicio o entrega algún bien a quien lo utilizará en la comisión de un delito?, ¿ello dependerá de la naturaleza de la prestación, o de si el que prestó el servicio o entregó el bien conocía o no las intenciones de su cliente?

No es inusual que asesores financieros y consultores empresariales sean citados a declarar en investigaciones penales instauradas con ocasión de actos presuntamente delictivos cometidos en el marco de una transacción financiera u operación comercial en la que hayan prestado sus servicios de asesoría. Asimismo, de aquí a un tiempo, nuestra realidad judicial enseña que no son poco frecuentes los casos en que se imputa penalmente a asesores financieros algún nivel de intervención punible en las operaciones llevadas a cabo por sus clientes. Así, a primera vista, no extrañaría que el asesor contable sea procesado como cómplice de la defraudación tributaria imputada a su cliente³, o que el broker de una sociedad agente de bolsa sea penalmente investigado por su intervención en una transacción bursátil en la que su cliente utilizó información privilegiada (*insider trading*)⁴, o que el corredor de inmuebles sea imputado como cómplice de la estafa inmobiliaria cometida en la compraventa en la que intervino como intermediario, o que el analista de un banco de inversión sea involucrado en el procedimiento que se instaure para investigar la comisión de un presunto delito

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La responsabilidad penal de los asesores fiscales*. En: Revista Jurídica No. 53, Septiembre 2001, pp. 58 y ss.

² Sobre la incidencia de los contactos anónimos y de los comportamientos uniformes en masa, en la teoría de la imputación penal, véase JAKOBS. *La ciencia del Derecho penal ante los exigencias del presente*, trad. T. Masero Porto, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, párrafo.

³ Véase SILVA SÁNCHEZ, El nuevo examen del delito fiscal en España. *Análisis*, Barcelona, 2005, párrafo. REANO PESCHERA, *Límites a la atribución de responsabilidad penal por defraudaciones tributarias cometidas en el ámbito empresarial*, *Lex et Veritas*, No. 26, 2003, Lima, pp. 293-308.

⁴ Véase WU, H. An economist looks at Section 16 of the Securities Exchange Act of 1934. *Columbia Law Review* (1968), pp. 269 y ss.; REANO PESCHERA, José. *Derecho penal bursátil. El delito de abuso de información privilegiada*. Gráfica Horizonte, Lima, 2002.

financiero, o, en fin, que un abogado corporativo sea inculcado por el delito de lavado de activos perpetrado por uno de sus clientes.³ Se trata, en definitiva, de establecer los criterios delimitadores de la participación punible en un suceso delictivo, de suerte que toda conducta que se sitúe fuera de tales contornos sea reputada como una intervención neutral –y, por lo tanto, no punible– en el delito cometido.

Bajo el topos de las denominadas “conductas neutrales de intervención” se alude a una constelación de casos que presentan la siguiente estructura: a) en el plano externo: se ejecuta una conducta que favorece causalmente la comisión de un delito; b) en el plano interno: dicha conducta se realiza con pleno conocimiento de su carácter favorecedor; c) en el plano socio-normativo: se trata de una conducta estereotipada, realizada conforme a un estándar social-normativo, conforme al rol desempeñado en el contexto en el que se produce la interacción. La discusión sobre la relevancia jurídico-penal de prestaciones comerciales que – pese a su inocuidad y utilidad en el tráfico jurídico – contribuyen causalmente a la producción de un curso lesivo no es en absoluto reciente. Ya en 1944, el *Reichsgericht* enjuició el abastecimiento de pan y vino a un burdel, efectuado por dos comerciantes que tenían conocimiento de los delitos relativos a la prostitución que en dicho recinto se perpetraban. En aquella ocasión, el *Reichsgericht* consideró que solo el suministro de vino era punible como acto constitutivo de complicidad en el delito de prostitución, pues únicamente este producto favorecía de forma específica las actividades del burdel.

En puridad, lo novedoso en el tema de las conductas neutrales –*Ameiung* lo ha calificado como “el tema de moda” en la dogmática penal reciente– no es la toma de conciencia sobre su existencia, sino la forma de abordarlo a partir del proceso de normativización que en los estudios dogmáticos recientes viene experimentando el modelo de imputación penal de responsabilidad.⁴ En alguna medida, el tratamiento de este tema en la doctrina se ha visto incentivado por las investigaciones judiciales abiertas realizadas en Alemania contra importantes entidades financieras bajo sospecha de haber transferido a sucursales de Luxemburgo dinero (negro) no declarado por sus clientes a las autoridades fiscales. Según las investigaciones de las autoridades alemanas, las transferencias se realizaban de forma anónima a cuentas registradas a nombre del banco en la entidad extranjera, lo cual imposibilitaba detectar la titularidad de los fondos transferidos.⁵ Si bien la transferencia de fondos a cuentas *off shore* constituye una operación *standard* dentro de la actividad bancaria, se plantea como tema controvertido si los ejecutivos bancarios que ejecutaron estas transacciones por instrucciones de los clientes de la entidad financiera, de cuyos propósitos delictivos sabían o al menos sospechaban, ¿deben ser penalmente responsabilizados como partícipes –cómplices– del delito de defraudación tributaria cometido? ¿Qué criterios deben utilizarse para determinar si los aportes realizados por contadores, auditores, asesores fiscales, consultores empresariales, abogados corporativos, funcionarios bancarios, agentes de intermediación bursátil, entre otros, son suficientes

³ Vid. RAGÜÉS VALLÉS, *Banqueo de capitales y negocios standard*. En: SILVA SÁNCHEZ (Director), *Libertad económica y fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*. MARCIAL PONS, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 127-161; ANASÍ, *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “mucidos” (lavado de dinero)*, trad. D. CARO CORIA, En: FLORENCIO GARCÍA/SERRANO GARCÍA/POURCHAN ZAFFRANO/GUZMÁN (Eds.), *El penúltimo libro. Libro-Homenaje a Rivacoba y Rivacoba*, Buenos Aires, 2004, pp. 55-94.

⁴ Entre los trabajos aparecidos en publicaciones locales, vid. CARO JOHN, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 5 (2004), pp. 83-105; CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, *Grilej*, Lima, 2003; WICKENS, *Complicidad mediante acciones “neutrales”*, *Exclusión de responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad comercial o típicamente profesional*, trad. CARO JOHN, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 4 (2003), pp. 423-440; RIVACOBÁ, *Colaboración neutral en organizaciones formales*, trad. I. Marié Méndez, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, No. 4 (2003), pp. 333-347; ANASÍ, *La complicidad o teoría de acciones coóperas o extenuantes neutrales*, trad. G. Pérez Barberá, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, No. 11 (2002), pp. 491-501.

⁵ Destaca el caso del *Dresdner Bank*, referencias en: ROBLES PLANAS, *Espacios de riesgo jurídico en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neutrales*. En: XXXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 339, (nota 1).

para responsabilizarlos como partícipes del delito perpetrado por su cliente? Se trata del problema de los límites del riesgo permitido en la participación delictiva⁶, pues *prima facie* las denominadas “conductas neutras” parecerían caer dentro del espectro del artículo 25 del Código Penal.⁷ Sin embargo, las cosas podrían resultar distintas si para la teoría de la imputación objetiva no fueran suficientes los conocimientos o sospechas que pudiera tener el asesor respecto a la posibilidad que su aporte técnico sea utilizado por su cliente para la comisión de un hecho punible.

En las líneas que siguen, luego de examinar las distintas posturas existentes en torno a la posibilidad de una intervención punible del asesor en el delito del asesorado (§ II), se profundizará en los fundamentos por los que –a mi juicio– debe optarse por una tesis distintiva que aborde los supuestos de suministro de informaciones y/o consejos por parte de asesores financieros a clientes que los utilizan en la ejecución de un fraude, como un problema de imputación objetiva de la conducta, a solventarse de la mano del sub-instituto denominado prohibición de regreso (§III).

II. POSTURAS SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL ASESOR EN EL DELITO

I. Postura extensiva o punitivista

Se trata de la posición clásica. Según esta tesis de extremo punitivismo, el asesor responde penalmente en todos los casos en que su actuación informadora haya sido tomada en cuenta por el cliente al momento de emprender el suceso lesivo, con la única exigencia de que el asesor sepa o tenga por probable que su intervención va a dar lugar a la comisión de un delito por parte del cliente, esto es, que haya actuado con dolo directo o dolo eventual.⁸ La conducta del sujeto que obra en primer lugar solo quedaría exenta de pena en caso concurriera alguna causa de justificación prevista en el artículo 20 del Código Penal, distinta al ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20 inciso B del Código Penal), pues no habría legitimidad para realizar una conducta sabiendo de modo seguro, o teniendo por probable, su carácter favorecedor.

Conforme puntualiza el profesor Silva Sánchez, “esta postura clásica sitúa en una posición difícil no ya a las actividades de asesoramiento, sino, en general, a cualquier conducta en general lícita de la que el sujeto llega a saber o a tener por probable que pueda favorecer, en la coyuntura del caso concreto, la comisión de un delito. Así, siendo coherente con la premisa de esta tesis, el deudor no podría pagar la deuda si sabe de modo seguro o si advierte la probabilidad de que el acreedor vaya a contratar con ese dinero a un asesino a sueldo. La secretaria no podría tipografiar el contrato, si advierte la probabilidad de que el mismo se vaya a utilizar en una estafa o un alzamiento de bienes. Ello supone una restricción de la libertad general de acción que, en principio, resulta difícil de fundamentar; a la vez que una solución ampliamente disfuncional en las relaciones sociales y económicas, pues obligaría a paralizar la interacción ante cualquier duda sobre el uso que el otro sujeto va a hacer del dinero, contrato, información o cualquier otro elemento que se le proporciona”.⁹

⁶ En palabras de JAKOBS, la normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación. En: AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 623, los límites del riesgo permitido en la participación y específicamente el riesgo no permitido en la codefinición es probablemente el problema individual más tratado en relación con la teoría de la autoría y participación en la bibliografía alemana de los últimos años, si bien hasta el momento solo se ha alcanzado consenso en cuanto a que se trata de un problema. Este trabajo también ha sido publicado con distinto título en: JAKOBS, *El caso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. En: *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal*, trad. M. CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001. Asimismo, está publicado en Perú. En: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grifley, Lima, 2000.

⁷ Artículo 25 del Código Penal – El que, dolosamente, prestó auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

⁸ Esta postura es defendida por Medeiros, vid. BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva. Las conductas neutras y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 78-83.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, *La responsabilidad penal de los asesores fiscales*, p. 60.

Subyace a esta posición de extremo punitivismo la idea de que todo es asunto de todos o de que todos somos garantes de un interés en la medida en que conozcamos o sospechemos que nuestro comportamiento puede contribuir causal e indirectamente a su lesión. Dicho brevemente: para esta tesis, el conocimiento nos convierte en garantes. Sin embargo, tal incremento desmedido de las posiciones de garantía resulta disfuncional con la dinamicidad de nuestro modelo social, caracterizado por los contactos anónimos y altamente estandarizados.

Para la imputación penal no es decisivo quién causó o produjo en términos naturalistas o fenomenológicos el riesgo prohibido por la norma, sino que interesa a quién le es imputable dicha lesión (a quién le compete o incumbe). *"Al Derecho penal le interesa un curso causal no en sí mismo, sino sólo en cuanto pueda ser interpretado como autoorganización defectuosa"*.¹² En este sentido, la pregunta es quién debió evitar la producción del riesgo realizado en el resultado, y no quién podría haberlo evitado. El profesor Günther Jakobs se ha referido a esta cuestión con una frase sencilla pero contundente: *"no todo atañe a todos"*.¹³ Así como no se imputa penalmente a quien debió evitar el resultado pero se encontraba en la imposibilidad de hacerlo, tampoco se imputa a quien podía haberlo evitado pero no tenía el deber de hacerlo.

Dada la insoportable restricción que, a la libertad general de acción, impone esta postura extrema, la doctrina ha tratado de fundamentar la tesis de que, al menos en algunos supuestos, determinadas conductas que conllevan efectivamente un favorecimiento consciente de la comisión de un delito por parte de un tercero no constituyen una participación punible, ya por ausencia de tipo objetivo, ya por ausencia de tipo subjetivo. Repasemos brevemente tales intentos de solución.

2. Posturas restrictivas

2.1. Las perspectivas subjetivas

La delimitación entre complicidad punible y conductas neutrales es situada por esta tesis en el ámbito interno de quien ejecuta la acción de favorecimiento, de modo que el carácter desaprobado del riesgo objetivo se hace depender del dolo del sujeto. La restricción fundamental opera a nivel de tipo subjetivo, considerándose que el significado o sentido de una conducta no puede aprehenderse sin valorar los conocimientos que posee quien la ejecuta. Conforme a esta perspectiva de análisis, el castigo del asesor como cómplice dependerá de si tenía conocimiento cierto o seguro de que su actividad informadora sería utilizada por su cliente en la perpetración de un delito.

Esta postura subjetivista, consistente en restringir la punibilidad de las conductas de favorecimiento en el ámbito del dolo, ha dominado la discusión dogmática. Hace más de un siglo (1840) Kieka ya había afirmado que solo habría complicidad en el delito cuando el sujeto tuviera la intención de cooperar o previera tal cooperación como consecuencia necesaria de su acción.¹⁴ Se trata de la antigua teoría de la impunidad por dolo eventual, conforme a cuyos postulados debe sancionarse como complicidad siempre que el dolo del favorecedor supere el umbral del mero reconocimiento de la posibilidad de la producción del hecho, entrando de lleno en el ámbito del dolo directo, ya sea de primer grado o de consecuencias necesarias.

Actualmente Roxin sigue una posición similar, pero con correctivos dentro de los supuestos de dolo directo. A partir de la distinción entre dolo directo y dolo eventual, considera siempre atípicas las acciones causalmente favorecedoras de delitos realizadas con dolo eventual, pues en

¹² REY SANFIZ, *La testatvo jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Madrid, 2001, p. 98.

¹³ JAKOBS, *La prohibición de regresar en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, trad. Manuel Cancio Meliá, *Estudios de Derecho Penal*, Cívitas, Madrid, 1997, p. 266.

¹⁴ *Ibid.*, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito. Límites y fundamentos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 16.

tales supuestos operaría el principio de confianza. En cambio, si el aporte es realizado con dolo directo de favorecer el delito, deberá sancionarse por complicidad siempre que la acción muestre una "referencia de sentido delictivo" y ello ocurrirá cuando la acción de quien actúa en primer lugar no posea para el favorecido con tal aporte ningún otro sentido que no sea delictivo.¹⁵

En el ámbito de las conductas de asesoramiento, de acuerdo a la tesis de Roxin, el asesor deberá responder penalmente como cómplice de su cliente cuando al momento de brindar sus servicios haya tenido conocimiento cierto y seguro de que su aporte solo podría ser utilizado en un sentido delictivo por su cliente. Sintetizando al máximo este planteamiento, puede decirse que, para el citado autor, la punibilidad del asesor depende: a) de la importancia del aporte para el cliente; b) que la inclinación al hecho delictivo que tiene el cliente sea reconocible de modo seguro para el asesor que favorece causalmente tal hecho; y, c) de la relación de inmediatez entre el aporte y el hecho delictivo. Cuando concurren estos requisitos se puede afirmar la "referencia de sentido delictivo" de la acción del favorecedor (asesor).

Estas posturas subjetivistas enfrentan una crítica contundente que pone en tela de juicio su legitimidad. Se les acusa, a mi juicio con razón, de transgredir el principio del hecho, de acuerdo al cual únicamente puede indagarse la realidad interna de una persona en la medida en que haya exteriorizado u objetivado un comportamiento externamente perturbador. Este principio encuentra su postulación negativa en la fórmula *cogitationis poenam nemo patitur*, y es explicado por Jakobs del siguiente modo: "Sin una conducta que sea tanto externa, como perturbadora (esto es: una conducta que se arrogue una organización ajena), no existe razón alguna para efectuar una indagación vinculante del contexto interno del autor y, en particular, del aspecto subjetivo de su conducta".¹⁶

Para las perspectivas subjetivas, el carácter peligroso o inocuo de un aporte se determina en función a si el sujeto que lo realiza sabe cómo este será utilizado por otro sujeto autorresponsable, y no en función al sentido que externamente posee la conducta conforme al esquema de valoración social vigente en el segmento en el que se produce la interacción. Sin embargo, un sistema de imputación que privilegia la libertad de actuación de sus integrantes y que se edifica sobre el principio de autorresponsabilidad, no puede hacer depender la sanción de un determinado comportamiento del conocimiento que la persona que lo realiza posea respecto a lo que hará otra persona (autorresponsable) en un momento posterior. Las tesis subjetivistas, adolecen de un defecto metodológico: pasan por alto que el único referente de lo subjetivo (del dolo) es el lado externo del comportamiento, al pretender afirmar la existencia de una conducta dolosa antes de constatar la creación de un riesgo objetivamente perturbador.

Robles Planas lo expresa de modo contundente: "el sentido delictivo es un dato objetivo que se desprende de la configuración externa de una conducta. Cuando puede afirmarse que la conducta posee el significado de favorecer un delito, la ausencia o presencia de una determinada voluntad por parte de quien la realiza no modifica su sentido objetivo en absoluto. Y a la inversa, si en su configuración no revela un sentido delictivo, en nada afecta al lado objetivo de la conducta que el sujeto tenga determinadas finalidades, por muy inmorales o despreciables que sean. De nuevo: el conocer o querer una acción no la convierte per se en peligrosa, so pena de infringir el principio del hecho".¹⁷

¹⁵ Vid. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la segunda edición alemana y notas de Luzón Peña/Díaz y García Castellón/da Viera Remosa, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 1006-1008. Asimismo, cf. la tesis de Reaño en BLANCO CORDERO, *límites a la participación delictiva. Los conductos neuróticos y la cooperación en el delito*, pp. 69-78.

¹⁶ JAKOBS, *Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico*, traducción a cargo de Enrique Peñaranda Ramos, Estador de Derecho Penal, Civitas, Madrid, 1997, p. 323, cursivas y texto entre paréntesis en el original.

¹⁷ ROBLES PLANAS, *Especies de riesgo permitido en la intervención en el delito. La complicidad en el delito y las conductas neuróticas*, pp. 371-372.

Adicionalmente, existe una razón de *lege lata* para rechazar las perspectivas subjetivas de análisis. Según se ha visto, posiciones como la de Roxin hacen depender la punición del asesor de la constatación de dolo directo o dolo eventual en su comportamiento, cuando el Código Penal otorga un tratamiento unitario al dolo. En efecto, la participación –complicidad e instigación– es normativamente definida como una contribución dolosa al hecho punible.¹⁶ En tal sentido, la graduación teórica del conocimiento en las categorías de dolo directo y dolo eventual, a lo sumo, puede tener impacto a nivel cuantitativo vía las reglas de individualización judicial de la pena (más pena para los casos de dolo directo y menos pena para los casos de dolo eventual), pero no existe fundamento legal para conferirle a tal distinción efectos cualitativos (pena para los casos de dolo directo, y no pena para los casos de dolo eventual). El artículo 11 del Código Penal fija la distinción cualitativa entre hechos dolosos y culposos. *Tertium non datur*.

2.2. Las denominadas “perspectivas objetivo-normativistas”

La denominación de “perspectivas objetivas” es utilizada para etiquetar a aquellos autores que intentan trazar el límite entre los aportes constitutivos de complicidad punible y los aportes neutrales de intervención, prescindiendo de los conocimientos que pudiera poseer el sujeto favorecedor (asesor) del hecho. Para las tesis objetivo-normativista, tan solo puede predicarse el significado delictivo, respecto del aporte del asesor, cuando la actuación de este haya excedido los contornos que definen su labor, y ello ocurrirá solo cuando su prestación profesional se aleje del estereotipo o *standard* que rige su actividad. El principio que rige en este ámbito reza: “no todo riesgo que se traduce en un resultado lesivo debe ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en ciertos contextos está dispuesta a soportar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios”. Dicho de otro modo, lo que en un primer momento valorativo se considera socialmente aceptado (los actos de asesoría financiera), no puede ser jurídicamente desvalorado en un momento posterior por la mera constatación de que aquello que es socialmente tolerado ha sido utilizado para producir un resultado lesivo.¹⁷

Esta perspectiva de análisis, se caracteriza por buscar el criterio delimitador entre la participación delictiva y la intervención permitida en un hecho punible, en la institución jurídico-penal del riesgo permitido. Al momento de determinar si en el desempeño de su actividad el asesor se mantuvo dentro del riesgo permitido o, si por el contrario, su aporte al hecho debe ser reputado como un riesgo prohibido, las tesis objetivas prescinden de los planes o finalidades del favorecido (cliente), haciendo depender tal calificación del sentido o finalidad autónoma de la propia aportación del favorecedor (asesor). Esta tesis es defendida por Jakobs y Frisch, quienes consideran que la conducta del asesor solo es punible cuando en sí misma considerada entraña un riesgo especial, con

Por su parte, JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 91, anota que: “Las intenciones y los conocimientos de aquel que realiza la operación son irrelevantes, del mismo modo que lo es la omisión de alguien que no es garante ni ser consciente en sentido de garante por el hecho de que conozca una posibilidad segura de sufrimiento o por tener malas intenciones. Que se ejecute algo estereotipado socialmente o de modo de respuesta, con independencia de lo que piense y sepa, mientras que aquel que se adhiere a un plan delictivo, da una razón para imputarle la ejecución”.

¹⁶ Así, el StGB define la complicidad en el § 27, en los siguientes términos: (1) Como cómplice se castigará a quien haya prestado dolosamente ayuda a otro para la comisión un hecho doloso antijurídico. (2) La pena para el cómplice se sujeto a la sanción penal para el autor. La pena debe reducirse conforme al § 49, inciso 1; y la instigación en el § 26: Aquel que el autor será castigado el instigador. Instigador es quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión de un hecho antijurídico. Por su parte, en el Código Penal peruano define la complicidad en términos similares: Artículo 25.- El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese perpetrado, será reprimido con la misma pena prevista para el autor. A lo que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena; y, lo mismo puede decirse respecto de la instigación. Artículo 24.- El que, dolosamente, determine a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

¹⁷ En palabras de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 84, 86: “Un comportamiento cotidiano e incluso no adquiere significado de un delito cuando el autor lo incluye en sus planes. [...] No le responde de las consecuencias del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales”.

independencia de los planes del cliente. Bajo esta comprensión objetivo-general de la "referencia de sentido delictivo", solo es penalmente imputable aquella conducta que objetivamente posee sentido inequívoco de adaptación al hecho delictivo, de modo que, si prescindimos de tal hecho, el aporte deja de tener sentido social. En particular, Jakobs considera que opera la prohibición de regreso cuando el favorecedor se mueve dentro de los límites de su rol, esto es, cuando no defrauda las expectativas vinculadas o asociadas a la posición jurídica que ocupa en determinado contexto de interacción.

Simplificando quizá en exceso, el planteamiento de Jakobs reza: quien contribuye a la realización de un suceso delictivo responde penalmente solo cuando su propia conducta suponga una intromisión típica en una esfera organizativa ajena. A su vez, ello ocurrirá cuando el comportamiento del interviniente supere el riesgo jurídicamente permitido en las interacciones sociales, de modo que su aporte tenga un sentido inequívoco de lesión a intereses penalmente garantizados. Pero, ¿cómo se determina este sentido inequívoco que necesariamente deben expresar los aportes de los intervinientes para ser considerados penalmente imputables?

Para asignar sentido jurídico a los comportamientos humanos, la dogmática penal ha desarrollado la teoría de la imputación objetiva de la conducta, en cuya configuración actual han influido decisivamente los trabajos de Günther Jakobs²⁰ y Wolfgang Frisch.²¹ Esta construcción teórica es un mecanismo que permite la concreción del principio de autorresponsabilidad en el análisis de la relevancia jurídico-penal de las conductas humanas, a través de sus conocidos sub-institutos: a) el riesgo permitido, b) la prohibición de regreso, c) el principio de confianza; y, d) la competencia de la víctima.²²

La función de la teoría de la imputación objetiva es determinar el significado del comportamiento para la validez de la norma penal, definiendo si tiene el sentido de defraudar las expectativas institucionalizadas en la norma o si más bien constituyen acciones neutrales al hecho. Para ello, se recurre a un esquema de interpretación tomado de la realidad social. En términos de teoría de la imputación penal, el destinatario de la norma no es el individuo concebido en su naturaleza psicofísica²³, sino la persona en cuanto construcción normativa a la que se le adjudica la administración de un ámbito de competencias de acuerdo al rol que desempeña en determinado contexto de interacción social.²⁴ La base de la responsabilidad penal reside en los ámbitos de competencia de cada persona,

²⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. M. CANCIO MELIÁ, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

²¹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004; El *reus in culpa*, Tipo penal e imputación objetiva, trad. Manuel Cancio Meliá, Beatriz De la Gándara Vallejo, Manuel Ján Vallejo y Ysid Reyes Alvarado, Madrid, 1995; FRISCH, *La imputación objetiva: Estado de la cuestión*, trad. Ricardo Robles Planas. En: ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KÖHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminaro en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, 2000, pp. 15-67; FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fáctico, lo accedido y lo problemático*, trad. R. Robles Planas. En: FRISCH/ROBLES PLANAS, *Desvolupar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

²² Sobre los sub-institutos de la imputación objetiva, vid. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 45-101.

²³ La imputación penal se fundamenta en la defraudación de las expectativas sociales que se asocian a la posición jurídica o status que ocupa el sujeto en determinado contexto de interacción, pues en los contactos sociales no nos relacionamos con individuos, sino con personas portadoras de roles. El individuo no está vinculado a nada y se motiva según sus apetencias e insipiedades, se trata de un animal inteligente que se relaciona con otros en el mundo de la experiencia y de la naturaleza (*homo phisicogenus*). Por su parte, la persona es un producto social que se constituye a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico, y opera en función al único código que conoce, el del *dólo/derecho* (*homo iurigenus*), vid. JAKOBS, *La rita de la normativización en la dogmática jurídico-penal*, trad. MANUEL CANCIO MELIÁ, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid, 2003, pp. 15-25.

²⁴ En una sociedad donde se privilegia los contactos intrínsecos y las interacciones presentan un alto grado de complejidad y estandarización, el rol social como criterio de imputación reduce la complejidad de los contactos interpersonales, vid. PINA ROCHEFORT, *Al sociu i sistema de imputación*, Tesis Doctoral, Universidad de Navarra, 2002, p. 136; p. 137, nota 421.

²⁵ Este planteamiento fue expuesto en su tesis doctoral, publicada como *Sociu Sociu-iz. El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 359 y ss., 369, 371.

deber de socorro no resulta aplicable cuando el comportamiento del asesor contribuye causalmente a la lesión de intereses patrimoniales y/o socio-económicos.

III. CONCRECIÓN DE LA PERSPECTIVA OBJETIVO-NORMATIVISTA DE ANÁLISIS EN EL ÁMBITO DE LAS CONDUCTAS DE ASESORÍA FINANCIERA

Aquellas informaciones o consejos que se suministran en el marco de una relación de asesoría, y que se sujetan a los cánones o estándares que rigen el segmento de actividad de consultoría que se trate, no deben ser reputadas aportes constitutivos de complicidad delictiva, aunque dichas informaciones sean utilizadas con fines ilícitos por quienes contratan el servicio de asesoría, e inclusive aunque el consultor tenga conocimiento que su aporte será utilizado de modo delictivo por parte de su cliente. Y es que las posiciones de garantía no se construyen a partir del conocimiento seguro o probable que pueda tener el sujeto de la imputación, sino a partir de las expectativas de conducta que regulan el rol de asesor financiero y consultor empresarial.

Esta conclusión es coherente con el pensamiento de la prohibición de regreso, denominación con la que se le conoce al supuesto de atipicidad objetiva que opera cuando el sujeto con su aporte ha contribuido causalmente a la producción del resultado, pero manteniéndose dentro de los límites de la labor que desempeña. El carácter objetivamente atípico de aquellos aportes ajustados a rol que contribuyen causalmente con un suceso lesivo, ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema al enjuiciar el conocido caso de un taxista que transportó a los autores de un hurto.³¹ En dicha sentencia afirma el Alto Tribunal:

"Que el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a 'un sistema de posiciones definido de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables', de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador; que, una vez establecido esto, cabe afirmar que tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos no es, de manera alguna, ilimitada, ya que quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro" (Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Perú, de fecha 7 de marzo de 2001, recaída en el R.N. No. 4166-99).

El desempeño de actividades de asesoría financiera o de consultoría empresarial, únicamente puede dar lugar a una imputación penal por complicidad cuando el aporte del asesor posea referencia de sentido genuinamente delictiva. Pero, ¿en función de qué criterios puede predicarse tal referencia de sentido respecto a una conducta de asesoría financiera? Revisemos a continuación los principales criterios elaborados por la doctrina especializada para solventar la problemática de las denominadas conductas neutrales de intervención en un delito, aplicándolos al ámbito concreto de los actos de

cuálificación del autor como garante es consecuencia del rechazo de la aplicación de criterios naturalistas en la teoría del delito, que es puesto de manifiesto el Alto de uno de los hitos del conocido "caso del respirador", en el que se demuestra que la conexión entre el fundamento jurídico a una posición de garantía (pp. 70-77). Se trata de un paciente que ingresa a un hospital en coma irreversible y es conectado a un aparato que le prolonga artificialmente la vida. Posteriormente, un médico suprime dicha conexión ocasionándose la muerte. La causalidad naturalista de dicha muerte, llevada a cabo de forma activa y de propia mano, no es imputable al médico que realizó la desconexión pues si a ese mismo paciente no se le hubiese conectado al respirador nadie afirmarían la comisión de un homicidio, ya que no existe un deber de prolongar artificialmente la vida de quien se encuentra en estado de coma irreversible. El médico no responde por que no es garante de la vida del paciente, ni antes ni después de conectarlo. Referencias sobre el tratamiento doctrinal de las posibles variantes de este caso, con propuestas de solución propias. En: SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, pp. 249-259.

³¹ Comentarios a esta sentencia, incluido su texto. En: CARO JOHN, La imputación objetiva en la participación delictiva, Grifley, Lima, 2003.

asesoramiento financiero. De entrada, el significado genuinamente delictivo del aporte del asesor puede ser desentrañado adoptando un punto de vista objetivo-subjetivo-concreto (atiende a las preferencias e intenciones del cliente) o un punto de vista objetivo-general (atiende a valoraciones intersubjetivas o sociales).

Uno de los representantes más significados del criterio objetivo-subjetivo-concreto es Roxin. A su juicio, debe considerarse que la conducta del asesor tiene significado genuinamente delictivo cuando, para el cliente, la aportación del asesor no posea ningún otro sentido que el de ser una colaboración para el delito que perpetrará; es decir, cuando el cliente no tenga intención de darle al aporte del consultor un uso lícito.³¹ Ahora bien, adicionalmente, como se ha mencionado en el §2.1., para esta tesis, la punición del asesor dependerá de que la inclinación del autor al hecho delictivo le sea reconocible de modo más o menos evidente, excluyéndose del ámbito punible aquellos casos en los que el asesor tiene un conocimiento tan solo probable respecto a que su aporte será utilizado para perpetrar un delito (dolo eventual). Las críticas a esta comprensión subjetivista han sido ya formuladas en el §2.1. de este trabajo.

La perspectiva objetivo-general es trazada, entre otros, por Jakobs, Schumann y Frisch. Para Jakobs, valorando el sentido del aporte del asesor desde un punto de vista intersubjetivo-social, prescindiendo de las concretas preferencias e intenciones del cliente y del asesor, se descarta la punición del consultor cuando su aporte de asesoramiento posee un sentido alternativo al empleado por el cliente, destacando como relevante el sentido social de la comunicación.³² Jakobs ilustra su posición con el siguiente ejemplo: "Si un abogado informa verídicamente, ante una pregunta, que el botín del delito que se transfiera a cierto país se sustrae a la intervención de los órganos de ejecución alemanes, ello no constituiría encubrimiento (participación tipificada), ya que el sentido social de la información aislada se agota en dar a conocer la situación jurídica (tal información puede servir tanto al acreedor de la ejecución como al deudor de la ejecución). De modo distinto ha de decidirse cuando el abogado dictamina sobre en qué países se puede poner a buen recaudo con más 'seguridad' el botín".³³

De modo muy similar, Schumann considera que el asesor se solidariza con el delito del cliente cuando intersubjetivamente no pueda verse otro motivo razonable en la conducta del cliente, distinto del delictivo. Y, en esta misma línea, para Frisch "debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena".³⁴

De acuerdo al entendimiento objetivo-general de la referencia de sentido genuinamente delictiva, debe excluirse la imputación al asesor financiero siempre que su contribución apareciese objetivamente con sentido si se prescinde del posterior hecho delictivo del cliente, siendo indiferente que tal aporte tuviera o no algún otro sentido posible para el cliente. E contrario, debe afirmarse la imputación al asesor financiero cuando, si se suprime el hecho delictivo del cliente, el sentido de su aporte decae por completo. Dicho brevemente, el consultor responde penalmente cuando su asesoramiento está exclusivamente motivado por el plan delictivo de su cliente, aclarándose que se trata de una motivabilidad objetivizada (des-psicologizada).

Ello supone afirmar la impunidad del asesor siempre que cumpla con los deberes derivados de su status o posición jurídica. Solo cuando se produzca un quebrantamiento de dichos deberes,

³¹ ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, pp. 1007-1008.

³² JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*, pp. 843-847.

³³ *Ibid.*

³⁴ Citado por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 285-286.

y el aporte de consultoría haya sido utilizado de modo delictivo por el cliente, podrá predicarse una referencia de sentido genuinamente delictivo respecto a la conducta del asesor. El asesor o consultor se extralimitará de las funciones que regulan normativamente su actividad, cuando intervenga estructurando o diseñando una operación *per se* delictiva (en el plano objetivo). En tales casos, más que una solidarización con el delito perpetrado por el cliente, su alejamiento respecto a los estándares que rigen su actividad de consultor lo aproxima al hecho delictivo originariamente perteneciente al cliente, a tal punto que también llega a pertenecerle, sea a título de cómplice o de coautor.

El criterio esbozado, según el cual solo es punible como cómplice el asesor que quebranta o se aleja en el desarrollo de su actividad de los estándares que rigen su profesión, es plenamente compatible con el principio de autorresponsabilidad y con el principio del hecho (*cogitationis poenam nemo patitur*). Ahora bien, para afirmarse el cumplimiento del rol profesional, y por consiguiente liberar de responsabilidad penal al asesor, no puede realizarse una valoración abstracta, desvinculada del contexto concreto en el que se produjo el negocio. Es necesario, contextualizar el acto de asesoramiento para desentrañar su carácter neutral o su referencia de sentido genuinamente delictivo.

Esta necesidad de contextualización lleva implícito el riesgo de aparición del fantasma de los conocimientos especiales, que en mayor o menor grado habita en el razonamiento de algunas de las denominadas tesis objetivistas. Que el aporte del consultor pierda su sentido neutral cuando es realizado en un contexto drásticamente delictivo²⁵, no debe interpretarse en el sentido de que la sola circunstancia de conocer la inminente comisión de un delito por parte del cliente, y el hecho de poder evitarlo vía abstención de un comportamiento que en sí es inocuo, estándar, cotidiano o socialmente adecuado, es suficiente para fundamentar la imputación penal por complicidad delictiva. Si la constatación de ambos datos fácticos fueran suficientes para la imputación penal, entonces debería sancionarse como cómplice de tráfico ilícito de drogas al deudor que cancela su obligación crediticia y acto seguido –sin mediar solución de continuidad– el acreedor utiliza el dinero recibido para adquirir sustancias ilícitas que luego comercializará, pues en tal caso el acto ilícito del acreedor era reconocible por la proximidad espacio-temporal con el hecho, y el deudor siempre hubiese podido incumplir su obligación de pago. Sin embargo, tal solución no puede sino sorprender.

La afirmación, según la cual el sentido del comportamiento del asesor únicamente pueda ser aprehendido contextualizándolo en el concreto ámbito en el que se produce el negocio, debe ser complementada con la aplicación del *criterio objetivo-general* descrito líneas arriba, en tanto que el sentido social de un comportamiento no puede desvincularse de las concretas circunstancias en las que se produce, y no entendida como un giro subjetivista que hace depender la valoración de la conducta de los conocimientos especiales que posea el agente. Si se toman en cuenta los conocimientos especiales del profesional, para fundamentar su responsabilidad como cómplice de su cliente, se ingresa a un escenario que contiene “un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado a conocer”.²⁶ Una solución de tal calado, beneficiaría al profesional indiferente que no

²⁵ Este criterio, conforme al cual un entorno cálido puede influir en la valoración que merece el aporte de quien actúa en primer lugar, es introducido por JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 92. Aquello que determina el sentido de un comportamiento no solo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se verifica. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado.

²⁶ JAKOBS, *Representación del autor e imputación objetiva*, trad. C. Suárez González. En: *Estudios de Derecho Penal*, p. 236.

se preocupa por conocer más allá de lo estrictamente consustancial a su función, y perjudicaría al profesional acucioso, generado así una estructura disfuncional de incentivos. La cuestión esencial para afirmar la imputación penal del asesor no es si este contaba con conocimientos especiales acerca del uso que su cliente daría a su aportación, sino si en su concreta actividad consultora se alejó de los estándares profesionalmente adecuados, al punto de estructurar una operación que de acuerdo al contexto pueda ser reputada de ínsitamente delictiva.