

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Por Alfonso Zambrano Pasquel¹

No se puede negar que hoy tiene carta de residencia la denominada *teoría de la imputación objetiva* al punto que se la considera como una suerte de *teoría dominante*, aunque para *finalistas ortodoxos* como el catedrático de Zaragoza, Luis GRACIA MARTIN es inadmisibles que se pueda sostener una *teoría de la imputación* vaciando al delito de su componente subjetivo, pues el mismo tiene un tipo objetivo y un tipo subjetivo que son inescindibles o inseparables.

En materia de doctrina y de dogmática penal este es uno de los temas centrales del derecho penal de hoy. Sin su estudio, es difícil terciar en una discusión y crítica a la *teoría de la imputación objetiva*.

El Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus ROXIN que tiene espacio propio en el tema de la *imputación objetiva* nos recuerda que la teoría de la imputación había caído en el olvido completamente en la segunda mitad del siglo 19, en el curso del pensamiento causal orientado en las Ciencias naturales se reactiva a partir de los años sesenta del siglo 20, expresando que "en la ciencia se impone cada vez más la concepción de que la imputación al tipo objetivo tiene que realizarse según dos principios relacionados entre ellos:

a) Un resultado causado por el actor solo debe ser imputado al tipo objetivo cuando la conducta del autor ha creado un peligro para el objeto de la acción no cubierto por el riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado también en el resultado concreto... Mientras que la ausencia de la creación de un peligro lleva a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico solo tiene por consecuencia la desaparición de la consumación, de tal manera que, dado el caso, puede imponerse una sanción penal por tentativa.

b) Generalmente es imputable el resultado cuando constituye la realización de un peligro creado por el autor, de tal manera que se completa el tipo objetivo. Pero aun así puede excepcionalmente negarse la imputación cuando el radio de acción del tipo no incluye el impedir

¹ Profesor de Derecho Penal, Procesal Penal, Criminología y Política Criminal. Es autor de treinta libros sobre las diferentes materias de su especialidad.

tales peligros y sus efectos... Resumiendo se puede decir, entonces, que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por un riesgo permitido y que se encuentra dentro del radio de acción del tipo".²

Aquí entra en consideración otro de los aspectos que se tienen en cuenta para llegar a la *imputación objetiva* que es el *riesgo socialmente permitido* y la determinación en el caso concreto, si el sujeto actuó dentro del riesgo que estaba socialmente permitido o se excedió del mismo, caso en el que se debe aplicarse la imputación objetiva.

La sola causación de un resultado adecuada o dolosa es insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación solamente afecta el lado cognitivo de lo acontecido sin ningún aporte social. Si en toda manifestación social se hubieren de considerar todas las posibilidades y probabilidades desde el punto de vista cognitivo simplemente se paralizaría toda actividad de la sociedad, desde la fabricación de un automóvil por el pronóstico posible de una causación de víctimas, la producción de bebidas alcohólicas por el peligro de muerte por intoxicación, la intervención quirúrgica por la posibilidad de que el paciente no soporte la operación o tenga problemas post operatorios, no se construirían los aviones o los ascensores por el temor o riesgo de un accidente, y un interminable etcétera.

Dejamos sentado el siguiente planteamiento: en la sociedad de riesgo en que vivimos, si una conducta es *socialmente adecuada* en la concepción de Hans WELZEL, debe ser estimada como no disvaliosa por ser socialmente adecuada. Podemos agregar que hoy en la concepción de la llamada teoría de la *imputación objetiva*, debe estimársela como neutra y debe funcionar u operar a favor del ciudadano la *prohibición de regreso* del Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Gunther JAKOBS, no siendo en consecuencia merecedora de reproche desde la óptica penal.

El mismo JAKOBS, al referirse al tema de la *imputación objetiva* reconoce que "la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación. La causación únicamente afecta al lado cognitivo de lo

² ROXIN Claus, *La imputación objetiva en el derecho penal. La imputación ulterior al tipo objetivo*. IDEMSA, Lima, 1997, p. 91-92-93.

acontecido y de ahí que no aporte orientación social. Si en todo contacto social, todos hubiesen se considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, ni se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión la interacción social se vería afectada por funciones de supervisión y otras auxiliares".³

Agregamos por nuestra parte que el ciudadano, inclusive el médico o el abogado, etc., debe responder si se aparta de su *rol*, pues cada persona debe asumir el correspondiente rol y responder por el mismo cuando se desvía. Como dice el mismo JAKOBS, "las garantías normativas que el derecho establece no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles- si así fuese, se produciría una paralización inmediata de la vida social- , sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción – y no a todas las personas- determinados cometidos, es decir, aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos... con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata por tanto, de una institución que se orienta con base en personas".⁴

En expresiones del mismo JAKOBS, "La responsabilidad jurídico- penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol"⁵. Admitiendo que hay dos clases de roles, el que llama *roles especiales* que cuando adquieren relevancia jurídica, siempre son segmentos referidos a personas como en la relación de padres a hijos, que deben formar una comunidad. Los titulares de estos roles al quebrantarlos deben responder como autores. En el otro grupo están los roles

³ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 19-20.

⁴ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, ob. Cit. P. 21-22.

⁵ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, ob. Cit. 71

comunes, que aluden al rol de comportarse como una persona en derecho, es decir el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.

Podemos relacionar lo dicho con las *fuentes de posición de garante*, como para responder a la interrogante de *cuando se tiene la obligación jurídica de impedir un acontecimiento?* La exigibilidad de la conducta y la posibilidad del reproche de culpabilidad son temas de alto contenido doctrinario, y hay mucho material para el debate.

Hay que advertir que no es cierto, como en más de una ocasión jueces u otros operadores de justicia afirman, que la doctrina penal es irrelevante en la toma de decisiones al momento de resolver, muy por el contrario y en el tema de la *imputación objetiva* la aplicación de la misma ya tiene un espacio consolidado en la jurisprudencia colombiana y peruana⁶, ni que decir en la jurisprudencia y doctrina españolas y alemanas. En Ecuador en forma expresa el Código Orgánico de la Función Judicial del 9 de marzo del 2009, señala en el Art. 28 que consagra el *Principio de la obligatoriedad de administrar justicia*, en el párrafo tercero:

“Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de la disposiciones que regulan una materia”.

Para destacar la importancia de la *imputación objetiva*, recordemos que hay *delitos de mera actividad* (caso de la injuria) en que el tipo se consolida por la manifestación de la conducta descrita, y los *delitos de resultado* cuando se requiere la manifestación de un resultado apreciable de manera objetiva (un homicidio). Se podría decir en principio que realizada la conducta típica en el primer caso, o producido el resultado en el segundo, podemos afirmar la tipicidad objetiva y verificar la tipicidad subjetiva para considerar concluida la tipicidad y seguir al examen de la antijuridicidad. Pero realmente se presentan casos en que por la separación entre el acto y el resultado, surgen dudas acerca de la necesidad político-criminal de hacer responsable al autor por el hecho delictuoso que se causa, tratando de determinar, que

⁶ VILLAVICENCIO TERREROS Felipe, *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*, en www.alfonsozambrano.com

el *causar* el resultado por la conducta del sujeto es *jurídicamente esencial*.

Como dice el destacado jurista peruano don Manuel A. ABANTO VASQUEZ, "desde hace algún tiempo y después de múltiples intentos por solucionar los problemas *manipulando* la teoría de la causalidad, la doctrina ha venido considerando la necesidad de agregar una exigencia mas de carácter normativo (no prevista expresamente en la ley) dentro de la *tipicidad*. Nos estamos refiriendo a la *imputación* objetiva. Según esta teoría 'para que un determinado comportamiento pueda ser entendido como que realiza el tipo, no basta la realización material del mismo, sino que es preciso que dicha realización material sea imputable jurídicamente a aquel comportamiento'⁷. Es decir no basta por ejemplo con haber causado, dolosa o imprudentemente, una muerte o una lesión corporal para que el sujeto activo haya realizado el tipo; es necesario además que dicho resultado típico pueda serle imputado objetivamente a él, con base en determinados criterios... La *imputación objetiva* implica la admisión en la tipicidad, en contra de la doctrina clásica de un elemento de valoración. Esto no es incompatible con la comprensión moderna de la tipicidad, pues se ha reconocido a esta, ampliamente un carácter de proceso de atribución valorativo⁸". La teoría de la imputación Objetiva no solamente ha encontrado aplicación en los delitos dolosos de comisión. Su importancia es inclusive mas evidente en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión), donde el tipo objetivo ni siquiera requiere una relación de causalidad propiamente dicha, sino solamente que al sujeto activo le sea *imputable objetivamente* el no haber impedido el resultado cuando debió haberlo hecho en virtud de su posición de garante".⁹

Para nosotros la teoría de la *imputación objetiva* resultaba inobjetable en los delitos culposos, porque nos permite solucionar problemas como los relacionados con la infracción del deber de cuidado, la previsibilidad, la evitabilidad del resultado. Es de tal relevancia hoy la teoría de la *imputación objetiva* al punto que solo puede ser considerado autor del resultado típico aquel a quien puede imputársele objetivamente tal

⁷ PUIG MIR Santiago, *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, 1990, p. 229.

⁸ Cf. BUSTOS RAMIREZ Juan, *El delito culposos*. Santiago de Chile, 1995, p. 30 y s.

⁹ ABANTO VASQUEZ Manuel A. *La imputación objetiva en el derecho penal. Nociones preliminares*. Lima-Perú, Idemsa, 1997, p. 14-15-16.

hecho. El principio general en que se basan los criterios de imputación objetiva, exige que la acción humana haya producido un riesgo que merezca ser desaprobado legalmente, el cual debe además haberse producido en el resultado y debe encontrarse comprendido por el fin de protección de la norma.

En opinión de Günther JAKOBS, el ciudadano que paga una obligación comenzará a pensar si el que recibe el pago va o no a darle un buen uso al dinero, en conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares¹⁰. Lo que resulta cierto es que el fabricante de un avión, de un automóvil, de un ascensor, tiene que cumplir con los estándares (requisitos, control de calidad, pruebas previas, etc.) sin que tenga que estar preocupado por lo que pueda ocurrir luego con el aparato construido. Las garantías normativas que el derecho establece, "no tienen como contenido el que todos intenten evitar todos los daños posibles - si así fuese se produciría una paralización inmediata de la vida social-, sino que adscriben a determinadas personas que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción - y no a todas las personas -determinados cometidos, es decir aseguran estándares personales, roles que deben ser cumplidos. De este modo, posibilitan una orientación con base en patrones generales, sin necesidad de conocer las características personales de la persona que actúa. Sólo de este modo son posibles contactos anónimos, o al menos, parcialmente anónimos: no es necesario averiguar el perfil individual de quien tenemos en frente, pues dicha persona es portadora de un rol".¹¹

En su momento lo que se va a examinar es si el actor o sujeto no se apartó de su *rol* en función del cargo o empleo o actividad que desempeña en una sociedad de riesgo, apareciendo lo que luego vamos a consignar como el *riesgo socialmente permitido*. Los ejemplos clásicos son ilustrativos, como el del panadero que cumple con su *rol* siéndole ajeno que quien compra pan, luego lo envenene para cometer un asesinato sin la participación o cooperación del panadero, o el caso del taxista que cumple con su *rol* y hace una carrera o servicio de taxi, pero ocurre que los ocupantes del carro van a consumir un robo en el lugar

¹⁰ JAKOBS Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*. Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, p. 20

¹¹ JAKOBS Günther, en ob. Cit., p. 21.

del destino, tal acontecimiento es ajeno para el taxista que no se apartó de su rol. Esto es perfectamente aplicable para quienes transporten drogas ilegales sin conocimiento, en que estaríamos frente a *un error de tipo* pues falta el dolo que es el *querer de un resultado típico*, y ante la inexistencia de un actuar en forma consciente y voluntaria, esto es con conocimiento o representación, y con la intención de la adecuación de la conducta al acto típico, el acto no será típico por ausencia del dolo. Lo mismo deberíamos decir del abogado que constituye compañías y las vende, el ha actuado dentro de su *rol*, su *conducta es neutra* o inocua, y debe aplicarse correctamente la *prohibición de regreso* a su favor.

Lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento es que se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un *rol*. No son decisivas las capacidades de quien actúa sino las de un portador de *rol*, definiéndose la denominación *rol* a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables, se trata de una institución que se orienta con base en personas. En los llamados delitos imprudentes esto resulta de mas fácil aplicación, pues quien conduce un vehículo a velocidad excesiva asume el *riesgo* de la causación de un delito o infracción de tránsito, y si este hecho se produce debe responder porque se apartó de su *rol* de ciudadano, que debe conducir con la debida prudencia y cuidado. Distinta es la situación del mecánico que repara o repone adecuadamente los dispositivos de freno, que cumple con el encargo de revisión de motor y cambio de llantas, pues *no se apartó de su rol*, siendo para el indiferente lo que pueda ocurrir después de que ha cumplido con el encargo atinente a su *rol* de mecánico.

Le teoría de la *imputación objetiva* es una herramienta para interpretar adecuadamente si el suceso o acontecimiento puesto en marcha por una persona debe ser apreciado como un acontecer socialmente relevante o irrelevante, como socialmente extraño o adaptado. Se busca que el acontecimiento deje de ser estrictamente naturalista, esto es que vaya más allá de ser una suma de datos que no tienen ninguna relevancia jurídica. Desde la óptica del Derecho penal no se plantea la cuestión de lo que una acción o acto ha producido de una manera objetivamente

imputable, sino si el acontecimiento por ser objetivamente imputable, constituye en realidad una acción jurídico-penalmente relevante.¹²

En palabras del propio JAKOBS se puede resumir:

1.- Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de portadores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado estándar.

2.- Entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, ha de determinarse a quien compete, por si solo o junto con otros, el acontecer relevante, es decir, quien por haber quebrantado su rol administrándolo de modo deficiente responde jurídico-penalmente – o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por si misma-. Si todos se comportan conforme al rol, solo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia.

3.- Esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes; solo que en el ámbito de hechos dolosos frecuentemente el quebrantamiento del rol es tan evidente que no necesita de mayor explicación- lo cual es menos habitual en los hechos imprudentes”.¹³

Para nosotros el *rol* del ciudadano o ciudadana se convierte en esencial, pues debemos determinar si ha quebrantado o no el *rol* que le era propio, para concluir si hay lugar a la *imputación objetiva*. Si el actor se comporta dentro de su *rol* como ciudadano la conducta resulta adecuada a derecho y en consecuencia surge la *prohibición de regreso*. Veamos un caso sencillo: el médico interviene en una operación cuyo resultado *prima facie* es bueno, y luego durante el post operatorio el o la paciente deliberada o negligentemente no cumple con las prescripciones médicas, a consecuencia de lo cual se enferma y muere. Resultaría injusto que se le pretenda imputar objetivamente el resultado al médico que cumplió con su *rol* como tal, y en este caso el resultado es atribuible estrictamente a la víctima. Si en el mismo caso, el paciente fallece a consecuencia de un accidente de la ambulancia que lo traslada a su

¹² JAKOBS Günther, en ob. Cit. P. 24. Quien agrega, " Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social".

¹³ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 25.

domicilio, todos habrían cumplido con su *rol* y nos encontraríamos con un hecho fortuito o una desgracia.

Queremos intentar respuestas en función de las distintas modalidades de adecuación típica que prevé la Ley de *lavado de activos* de Ecuador del 2005, que contempla figuras como las de asesoramiento técnico, así como de organización de sociedades o empresas que tengan el propósito de *lavado de activos*, conforme prevé el Art. 1 de la referida Ley. *Prima facie* podría aplicarse la Ley, al abogado que le vende una Compañía a quien tiene *activos maculados* que los va a *blanquear* a través de las Compañías compradas, al importador que le vende vehículos incluso a precios mayores que los del mercado, al constructor que le vende un edificio, al Ingeniero o Arquitecto que le hace el diseño de un proyecto inmobiliario, al asesor financiero que le sugiere en que sector hacer una inversión con una rentabilidad mayor, como en línea de supermercados o grandes tiendas de productos varios, al médico que asesora para que se hagan inversiones en la construcción de centros hospitalarios, de edificios para atención de médicos, o venta en propiedad horizontal, en la industria farmacéutica, en la compra o creación de una cadenas de boticas, etc.

Si todos los hechos precedentes se diesen, siendo parte de una organización criminal en la que hay reparto de trabajo, parece razonable que la *imputación objetiva* abarque a todos porque los actores son parte de una estructura de delincuencia organizada, en la que hay una división de trabajo. Si no fuese así no tiene por qué responder el abogado, el importador, el asesor financiero, el ingeniero, el arquitecto, el médico o cualquier otro profesional, que actúa dentro de su *rol* propio. Porqué debe preocuparle al abogado o a cualquiera de los otros profesionales, el destino que se le de finalmente a la compañía, empresa o negocio? Esa situación escapa al *rol* propio de cada uno de los actores que prestaron un servicio en el ámbito de su competencia funcional o profesional.

Si no se aplica correctamente la *imputación objetiva* seguramente nos vamos a encontrar con situaciones injustas, como la ocurrida a algún abogado ecuatoriano, que vendió compañías, que luego asumió la gerencia de las mismas y que recibió transferencias de banco a banco, y las utilizó para pagar obligaciones pendientes o que se contraían. El abogado fue apresado y condenado por *asociación criminal* y *lavado de*

activos que provenían presumiblemente de tráfico de drogas ilegales, no obstante que jamás recibió dinero en efectivo sino que el dinero provenía de transferencias de banco a banco. Jamás se llamo a juicio y menos se condenó a alguno de los banqueros que transfirieron dineros presumiblemente *maculados o sucios*.

Recordemos lo que nos dice el propio JAKOBS con respecto al tema de la *imputación objetiva*, recordando que hay determinados límites a los roles, al igual que sucede con las posiciones de garante, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo que fuese perfectamente evitable. El ilustre Dr. Dr. h.c. mult. Günther JAKOBS enuncia lo que él denomina cuatro instituciones que le dan soporte a la *imputación objetiva*, advirtiendo que se trata de posibles configuraciones coherentes para construir la *imputación objetiva*, es decir que no se trata de conceptos irreductibles sino que deben ser racionalizados en el momento de examinar el caso.

1.- Con respecto al *riesgo permitido*, dice el profesor JAKOBS, “no forma parte del rol de cualquier ciudadano eliminar todo riesgo de lesión de otro. *Existe un riesgo permitido*”.¹⁴

Como ilustración mencionemos ejemplos como los de diseño de un automóvil, de un avión, de una intervención quirúrgica, que deben responder a un estándar, de manera que cualquier riesgo residual es ajeno al rol del ciudadano que hace el diseño o del médico. Allí entra en consideración el *riesgo socialmente permitido* que asume quien conduce un automóvil o viaja en un avión, o se somete a una intervención quirúrgica. No es válido pensar en la posibilidad de prohibir cualquier puesta en peligro, pues de ser así se paralizaría toda actividad social. Como dice JAKOBS, “no es la propia praxis, sino las normas que determinan la práctica las que conforman el riesgo permitido. Sin embargo, resulta evidente que con frecuencia una praxis consolidada modifica las normas rectoras de la práctica hacia una regulación más laxa o más estricta. El Derecho no puede desvincularse de la evolución de la sociedad en la que ha de tener vigencia”.¹⁵

¹⁴ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 28.

¹⁵ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 29.

Por mucho cuidado que tengan los padres con respecto a los hijos, ponerlos a salvo de todo tipo de peligros es simplemente *imposible!*

2.- “Cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo. *Existe un principio de confianza.*

En determinados ámbitos – pero solo en determinados ámbitos- también se puede vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien permanentemente está controlando a otros no puede concentrarse plenamente en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda mas respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero esto no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Por el contrario la razón fundamental estriba en que los demás son a su vez, sujetos responsables. La idea de responsabilidad quedaría destruida si los demás fuesen concebidos de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujetos responsables “. ¹⁶

Es válido lo que sostiene el jurista alemán JAKOBS pues el *principio de confianza* es también importante, pensemos en el ejemplo del dueño del vehículo que lo deja en reparación y lo retira, el dueño no tiene razones para dudar de la *confianza* que le merece el mecánico aunque en un caso concreto pueda haber actuado de mala fe o con negligencia o descuido. Si se produce un hecho lamentable por parte del conductor, atribuible a las malas condiciones del vehículo, se puede llegar a determinar que el no incumplió con su *rol* y que el *principio de confianza* lo llevó a suponer que el mecánico también había actuado dentro de su *rol* aunque en realidad no hubiese sido así.

El *principio de confianza* hace factible la división de trabajo y permite en un momento dado comprobar quien se apartó de su *rol*. Quien conduce un vehículo puede confiar en que el otro conductor va a respetar el derecho de preferencia aunque en un momento dado eso no ocurra así, pero el *principio de confianza* es importante para la supervivencia de una sociedad civilizada. Aplicado al tema de *lavado de activos* podríamos sostener que el abogado que recibe el encargo de una

¹⁶ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 30.

defensa, confía en el *origen lícito* de los dineros que recibe como pago justo por su trabajo, al igual que el médico, el economista, el ingeniero, etc. El profesional no tiene porque ir a averiguar el origen de los dineros con el que se le hace el pago de honorarios, pues está actuando centro del cumplimiento de su *rol*, y en el ejercicio legítimo de una profesión, arte u oficio.

3.- Para mantener coherencia en el comentario, si un sujeto o actor no se aparta de su *rol* ni defrauda la *confianza*, que los demás tienen en su actuación, resultaría injusto que se le *impute objetivamente* el resultado que puede ser lesivo de bienes jurídicos de terceros, siendo esta situación resuelta mediante la denominada *prohibición de regreso*. Como dice el profesor JAKOBS, "el carácter de un comportamiento no puede imponerse de un modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida".¹⁷

Como hemos dicho a favor del profesional, abogado, médico, ingeniero, arquitecto, economista, etc., debe funcionar y aplicarse correctamente la *prohibición de regreso*. No obstante lo que parece justo y coherente, hemos comentado la mala e injusta experiencia del abogado ecuatoriano condenado por haber vendido compañías de papel, y haber actuado en el cargo de gerente o representante legal de las mismas. En ese caso no se encontró drogas, sino que habían inversiones de dineros cuyo origen se llegó a reputar como *maculado* aunque se trataba de dineros llegados a Ecuador mediante transferencias de banco a banco.

Aquí es válido insertar algunos ejemplos como el del panadero que cumple con su *rol* de vender el pan, o del taxista que conduce a sus pasajeros, o del abogado a quien se le consulta la constitución y compra de una compañía, o del asesor financiero a quien se le consulta sobre determinadas inversiones. Aunque el tercero pudiera sospechar lo que va a hacer quien lo consulta, o que los *activos* pudiesen tener un origen

¹⁷ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 31.

maculado esto no es de incumbencia de quien presta la asesoría o consultoría. "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".¹⁸

Se pueden discutir los límites de *la prohibición de regreso* pero este principio debe ser aceptado por quienes sostenemos que es fundamental garantizar la libertad de respetar los fines que perseguimos honestamente, y que no sean absorbidos en la maraña de los contactos sociales. Cada quien debe responder por lo que hace y por lo que deja de hacer, no tiene que responder por el hacer de los demás.

4.- El reparto de *roles* y el *principio de confianza* no puede estar al margen de la *actuación de la víctima*. Puede ocurrir que la propia víctima deliberadamente se coloque en situación de *riesgo* en ejercicio de su propio *rol*, caso en el que se le debe *imputar objetivamente* el resultado producido. Si se trata de un curso lesivo que no es cognoscible para ninguno de los intervinientes hay que pensar en la *desgracia*. No escapa al comentario la posibilidad del derecho de la víctima a su libre disposición.

En expresiones del profesor JAKOBS mas allá de los ejemplos o casos de laboratorio, mayor importancia tienen "aquellos otros supuestos en los que la víctima con su propio comportamiento da la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada; casos en los que, por tanto, la modalidad de explicación no es la 'desgracia', sino la 'lesión de un deber de autoprotección incluso la de 'la propia voluntad'; las infracciones de los deberes de autoprotección y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo de 'acción a propio riesgo'".¹⁹

Los llamados deberes de autoprotección son de libre disponibilidad de los interesados, los mismos que los pueden vulnerar de manera dolosa o intencional o de manera imprudente. Si la víctima asume un *rol* imprudente o temerario, como consecuencia de su actuación debe soportar las consecuencias de la misma. Como fruto de su

¹⁸ JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 33.

¹⁹ JAKOBS Günther, en ob. cit. p.35.

comportamiento las consecuencias conforme a un pronóstico objetivo son previsibles.

Si alguien le pide a quien está ebrio que conduzca un vehículo, asume el *riesgo* de la producción de un resultado que le resulte lesivo, y en consecuencia debe asumir (o adscribirse) al menos en parte, a las consecuencias negativas resultantes. En el caso de quien boxea como dice JAKOBS “no tiene derecho a no resultar lesionado”, o en el caso de quien tiene relaciones sexuales con una persona drogodependiente o que vive de la prostitución, *actúa a propio riesgo* ante la posibilidad de un contagio con VIH. Aquí habría una *probabilidad superior a la media* de que esté presente tal enfermedad. Otro tema interesante es el de la compensación de culpas jurídico-penalmente relevantes que puede disminuir la responsabilidad del autor sin eliminarla por completo. Esa es la tarea del juez a resolver en una situación concreta.

A decir verdad no tenemos reglas claras para decir bajo que condiciones exactas la competencia de la víctima excluye de manera absoluta la del autor. Sirve para este efecto poder decidir si se ha producido o no un *quebrantamiento del rol* también en la óptica de la víctima. Puede ser útil examinar si la víctima en verdad desempeñó su *rol* como tal o ha actuado a *propio riesgo*, asumiendo deliberadamente las consecuencias que eran previsibles.

Concluimos estas breves reflexiones recordando que el traslado de la idea del comportamiento social, como comportamiento vinculado a roles, puede ser respondido con cuatro instituciones jurídico-penales.: 1) El *riesgo permitido*. 2) El *principio de confianza*. 3) La *prohibición de regreso*; y, 4) La *competencia de la víctima*.

Nos alineamos con la idea de no poder decir de manera categórica que una institución excluye a otra, porque esto depende del caso o situación. Estos son los fundamentos para entender y aplicar la *imputación objetiva* en un caso concreto como el relacionado con el *lavado de activos* en lo que fuese pertinente. Pues como dice con sabiduría²⁰JAKOBS, “En este marco, en el que tan solo se trata de asentar los fundamentos, queda sin discutir la cuestión acerca de si la subdivisión

²⁰JAKOBS Günther, en ob. cit. p. 38.

presentada es necesaria o si cabe contentarse con un menor nivel de detalle”.

La idea central en que con los supuestos antes analizados o llamados *instituciones*, que me inclino por llamarlos *principios* podemos construir mejor una respuesta para saber cuándo se debe o no *imputar objetivamente* un resultado a la actuación de un actor o ciudadano que no se apartó de su *rol*. Si *no se aparta de su rol* debe operar en su beneficio la *prohibición de regreso*, y si se aparta de su *rol* la víctima debe asumir las consecuencias del resultado cuando la víctima es la que se aparta del *rol* y produce el resultado.