

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

(temas de participación criminal)

DR. CARLOS PARMA¹

Temario:

1. Introducción necesaria.
2. El “mapa” de la Imputación objetiva.
3. Que es la prohibición de regreso en Jakobs.
 - 3.1. Se necesita favorecer un delito.
 - 3.2. Distanciamiento
 - 3.3. Roles
4. La distribución del trabajo y la obra en común.
 - 4.1. De imprescindible consideración: bien jurídico versus vigencia de la norma.
 - 4.2. La infracción del rol y la prohibición de regreso.
5. Actuación a nombre de otra persona.
6. Actuación a propio riesgo. La persona: concepto.
7. La prohibición de regreso y su relación con el principio de confianza.
8. Casos de prohibición de regreso: los ejemplos que da Jakobs para explicarla .
 - 8.1. comportamiento natural e inocuo
 - 8.2. Hay “algo en común” (el caso del taxista).
 - 8.3. Prestación peligrosa “per se”.
 - 8.4. Inducción y complicidad.
 - 8.5. Síntesis de casos.

¹ Prof. Titular de Derecho Penal I en la Universidad Católica de Cuyo de San Luis. Profesor Titular de Derecho Penal I en la Universidad Católica de Cuyo en Villa Mercedes. Profesor Titular de Derecho penal II en la Universidad del Aconcagua (Mendoza). Profesor Titular de Derecho Penal II en la Universidad de Congreso (Mendoza). Profesor de Posgrado en la Universidad Nacional de Cuyo. Profesor Adjunto en Introducción al derecho en la Universidad Nacional de Cuyo. Juez de Cámara en lo Penal de Menores.

9. Conclusión

1. **Introducción necesaria:**

En lo prístino del sistema jakobiano se encuentra la tesis que el delito es una comunicación defectuosa en tanto la pena apunta a ser un medio idóneo para mantener la identidad social, es decir una “auto-comprobación”, lo que en términos hegelianos sería que el derecho sigue existiendo a pesar de su “negación”..

En la disyuntiva: sociedad o mundo exterior, se observa que el “autor” expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación, la otra alternativa es que no llegue a alcanzar el plano relevante para la comunicación, aunque en su fuero interno piense que sí lo ha logrado (no hay responsabilidad penal). Este dilema será resuelto funcionalmente.

Más claro lo vemos así: el derecho penal moderno –sugiere Jakobs-, ha desarrollado una teoría de conducta típica inspirada en un principio social – funcional: *la cuestión de la imputación objetiva reside entonces en una limitación de tareas*, lo que significa también enmarcamiento de la responsabilidad a un ámbito determinado.

Esto sólo es pensable si uno parte de racionalizar que el sujeto se define de un modo normativo a través del rol social que representa y desempeña, con contenido y sentido en su obrar. De esta manera podrá ser destinatario de expectativas sociales.

Jakobs sintetiza este marco previo así: **“La responsabilidad jurídico penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol”**. Este, y no otro, sería a mi juicio el vórtice de su sistema.

2. El “mapa” de la **imputación objetiva:**

Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas para articular la teoría de la imputación objetiva. Ellas son: “riesgo permitido”; “principio de confianza”; “prohibición de regreso” y “competencia de la víctima”.

- a) El riesgo permitido es “el estado normal de interacción” lo que significa un “status quo” de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de interés que dio lugar a su establecimiento. Es

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

una concepción normativa del riesgo desligado de probabilidades estadísticas de lesión.

- b) Competencia de la víctima indica supuestos en los que el sujeto ha de adaptarse al contexto concreto para evitar que su comportamiento sea típico. Esta imputación del comportamiento –enseña Cancio Meliá– se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la “víctima” de ese comportamiento.
- c) El Principio de confianza es una institución que trata de determinar cuando existe la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en la actividad riesgosa y cuando se puede confiar en la responsabilidad de estos sujetos.

Es de aclararse que es una elaboración teórica que necesitará para su aplicación la adecuación al caso concreto (uno puede al respecto recordar con justa preocupación aquellas “teorías” que en algunas ciudades de Latinoamérica en la década del los años ochenta referían al “peatón acróbata”, exigiéndosele una destreza especial para manejarse en las calles de las grandes Capitales frente a los imprudentes automovilistas)

En mi juicio este principio se encuentra en un punto equidistante entre el riesgo permitido y la prohibición de regreso, nutriéndose a la vez de ambos institutos.

3. Que es la Prohibición de regreso en Jakobs:

Lo nuclear se resume en la didáctica frase que Jakobs propone: ***“no todo es asunto de todos”***.

En palabras muy simples: no todas las personas somos responsables penalmente de cuanto delito llegue a nuestro conocimiento.

Veamos. Hay una persona que, en forma conjunta, dolosa o imprudente, realiza el tipo objetivo. La pregunta entonces surge espontáneamente: ¿esta intervención es siempre responsable penalmente?.

Este interrogante, de apariencia vulgar, se encuentra inmerso en el universo del tejido conjetural. Jakobs se decide por el “camino difícil”, digamos el más intrincado, toda vez que el arrojar una conjetura es lanzarse hacia lo desconocido. Para “con-jeturar es necesario realizar una obra de “trans-posición”, con la incertidumbre que puede aparecer por el “extra-vío”. La conjetura (en términos de Popper) no es más que un juicio que se forma de las cosas o acaecimientos por indicios y observaciones. Pues bien, éstas “suposiciones” que “ponemos” en una “realidad”, deben ser contrastadas con el plexo jurídico.

Tanto Rudolphi (como Roxin) advirtieron esta suerte de inestabilidad dogmática. Rudolphi rechazó la prohibición de regreso por considerar que lo único que puede ser decisivo para determinar si un resultado de injusto puede ser imputado a varias personas ... es la cuestión acerca de si ha sido infringido (o en que medida) un DEBER impuesto en interés de la protección de bienes jurídicos y provisto de sanciones penales. También Roxin piensa que no puede determinarse la prohibición de regreso con ayuda de deducciones llevadas a cabo a partir de conceptos abstractos y de pretendida validez general.

Jakobs refuta estos términos aclarando que existe la posibilidad de desarrollar la prohibición de regreso con un método complejo que parte del fin concreto de la pena o del Derecho Penal, al que con certeza corresponde vigencia general. Apela también a las enseñanzas de Welp que encuentra una interesante conexión entre prohibición de regreso e injerencia. Así “a causa de la “autorresponsabilidad”, todo intento de motivación desde afuera sólo es una tentación a la libertad, que de *iure* debe “estrellarse en la fidelidad al derecho”. Sin embargo, lo que de *iure* carece de efectos, de *iure* no existe, y “de este modo, quien actúa directamente” cierra a quien le ha tentado en cierto sentido el acceso a la responsabilidad por el resultado”. En síntesis, lo de Welp se plasma en que quien actúa de manera directa puede resolver el conflicto, refiriéndose así a la imputación y no a fracciones de punibilidad, aunque no contempla otros casos de prohibición de regreso (por ejemplo los supuestos de causación mediata dolosa).

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

Advertidos de éstas complicaciones filosóficas la respuesta de Jakobs intenta deslindar responsabilidad penal a través de este instituto. Si bien se deambula este sinuoso camino de la participación criminal en aras del esclarecimiento de lo permitido o aceptado por el interviniente, el desafío será saber trasponer con certeza la fina línea divisoria entre lo que socialmente se acepta y lo que está penado.

Hay un despegue de Jakobs hacia los antecedentes que se venían señalando en la materia (Roxin, Reyes, etc.) como interrupción del curso causal. Es que ahora Jakobs apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que **quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir.**

3.1. Se necesita favorecer un delito: La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir que puede ser “*distanciado*” de él (Cancio Meliá).

Como el “aporte” del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una imputación. Por eso, al encuadrar esta idea sistemáticamente, Jakobs establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación.

Al intentar configurar los límites de la participación punible, Jakobs dirá: “hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa”.

Es que para entender mejor esta idea el lector no debe abandonar la tesis que apuntalé en el apartado preliminar: delinque quien incumple con el rol. Pero esto trae un inconveniente ya que hay varios tipos de roles, entre ellos están los “especiales y comunes”.

Los titulares de los roles especiales (padres con hijos; el médico; etc.) al quebrantarlos generalmente responden a título de autores, ya que

están obligados de manera directa frente a la víctima. Obviamente aquí no finca el problema central.

El dilema que anticipé radica cuando se intenta abordar el quebrantamiento de roles sin características especiales, es decir los roles comunes. El rol de portarse como una persona en el derecho o simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano.

Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*.

Aquí descubrimos la faz positiva del rol común, pero no nos podemos quedar en esa dimensión. Como contracara de esto hay un rostro negativo en el rol: "*el deber de no lesionar a otros*". Jakobs impetra una consigna: "*no lesiones al otro, puesto que también es partícipe del ordenamiento jurídico, déjale en paz*".

Resulta útil pensar que "para dejar en paz al otro" es imprescindible que pueda ser percibida una colisión con ese otro, es decir que el "otro" esté cerca..

4. La distribución del trabajo y la obra en común:

En el campo de las tareas definidas precedentemente como negativas , el trabajo para lograr una obra única se reparte entre varias personas donde cada una de las cuales aporta su parte.

Este aporte excluye aquello que no participa en la "ejecución" del hecho a través de un comportamiento anterior al mismo, como así también todo lo que acontece después, es decir lo posterior al hecho.

Por todo esto hay que dejar en claro que si consideramos un solo autor, quien practica la ideación del plan se encuentra fuera del hecho delictivo salvo que consideremos la regla de la instigación.

Jakobs clarifica la cuestión diciendo que quien realiza actos ejecutivos no sólo materializa su propio hecho sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes.

"LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS"

Vale la pena entonces formular una advertencia al respecto: la persona que participa en la fase previa no responde jurídico penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio.

Digo así que algo "es propio" no sólo cuando concurre una realización de propia mano sino cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido.

La responsabilidad del colectivo se forma con aquellas personas que han organizado objetivamente la obra y como tal tenga sentido para todos. De este círculo forman parte, aparte del ejecutor, el inductor y el cómplice.

Como lo merituó a su tiempo su maestro Welzel, ahora Jakobs focaliza la idea en lo que llama el "sentido delictivo". Esto es lo que convierte el injusto en injusto propio, que es el injusto que en definitiva es imputado. Dicho más sencillo: lo que se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas.

Debo aceptar que veo en Jakobs un cierto "culto" a la *evitabilidad*, pues los delitos deben poder concebirse como algo hecho, como algo que a su vez podría haberse evitado.

Al autor se le imputa un resultado si pudiendo evitarlo y estando obligado por el derecho a ello, no lo evitó. Es decir se le imputa "*no evitar lo evitable*", siempre y cuando se ubique en situación de garante. Esto se admite cuando el "evitar" forme parte del rol a cumplir.

El contenido del "rol" queda determinado por los institutos de la imputación objetiva. Quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol.

Quien no hace nada que contradiga su rol, tampoco defrauda ninguna expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado. El rol es "un sistema de posiciones precisadas normativamente". El mandato debe decir: "no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho".

Lo complejo del asunto está dado por el insostenible aumento de los supuestos fácticos que hacen que se desdibujen las fronteras entre la acción y la omisión, especialmente en casos relacionados con manejo de maquinarias o técnicos.

a) De imprescindible consideración: Bien jurídico o la vigencia de la norma

Resulta impensable abordar ningún tema Jakobiano sin indicar someramente al menos la idea que aun permanece en la mente de Jakobs con respecto al bien jurídico protegido. Jakobs se sincera “ab initio” reconociendo que la doctrina dominante entiende que el Derecho Penal protege bienes, y que éstos serían preexistentes al Derecho (por ej. La vida, la propiedad, etc.).

Prontamente se constata –aclara- que en la gran mayoría de las ocasiones hay bienes jurídicos que no le interesan al Derecho Penal. Abona su posición el hecho de la muerte natural, un aluvión que destroza un campo, etc.. Jakobs asiente que “la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico... por lo tanto el Derecho Penal no sirve para la protección genérica de bienes, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques”.

El maestro dice que el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que el derecho es la estructura de la relación entre personas. Por lo tanto, “el Derecho Penal como protección de bienes jurídicos significa que *una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona*”

Jakobs afirma: “Carece de valor la referencia al bien jurídico de la persona sin referirse a deberes negativos y positivos, a las posiciones de garante y a la imputación objetiva entendida como no permisión de la conducta”.

Así se entiende que el Derecho Penal garantiza la expectativa de que no se produzcan ataques a bienes. Ejemplificativamente sería así: la propiedad no debe ser lesionada, pero el titular del bien puede permitir su destrucción, y si el bien está en peligro no significa que otros deban

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

ayudar al titular a salvarlo. Entonces razona Jakobs que desde este punto de vista el bien no ha de representarse como un objeto físico, sino como norma, como expectativa garantizada. Porque así se representa el derecho en cuanto a estructura de la relación entre personas y no puede representarse como un objeto físico.

La consigna será “el derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”.

No es posible esquematizar la cuestión enfrentando *bien* contra *moral*. Pues la supervivencia de ciertos bienes se deberá adecuar a ciertas condiciones. Veamos: “sólo en un Estado con una Administración de Justicia segura podrá haber propiedad segura”.

El funcionario, como el padre o el administrador, al abandonar su rol, ha lesionado expectativas que existían frente a él en cuanto a titular de ese determinado rol, cual es “realizar una institución” (precisamente por lo que representan). Jakobs dice “Junto con el ordenamiento en función de la posesión de bienes, que implica para los demás el deber negativo de no lesionar tales bienes, existe aquél de las instituciones positivas, es decir: que los padres han de ocuparse de sus hijos; que los jueces deben pronunciar sentencias justas, y no injustas; que la policía debe prevenir delitos y perseguir a los delincuentes; que una confianza especial, como la que existe cuando se asume la administración de un patrimonio ajeno, no sea defraudada; que el servicio estatal de emergencias esté en condiciones de operar en caso de necesidad, etc.”.

Se insiste entonces en “buscar la referencia a la infracción de un rol”.

El profesor de Bonn se apoya en la “Imputación objetiva”, tesis que ha demostrado que “no existen prohibiciones genéricas de lesión ni tampoco mandatos genéricos de salvamento”. Siempre que se indica una intervención se estará de cara a una *competencia asumida o a asumir*, y de allí la responsabilidad, dado que puede existir culpa (competencia) de la propia víctima o de otra persona (un tercero). Finalmente puede darse la posibilidad que nadie haya cometido un error y en ese caso se trata de una desgracia (*casum sentit dominus*), lo que sería inocuo para el Derecho Penal.

No estará ausente de todo este análisis la mención al “lado subjetivo del hecho”, precisamente cuando nos enseña: “... La específica protección jurídico-penal de bienes, o mejor dicho, la específica estabilidad jurídico-penal de derechos es todavía más limitada. Todo aquél que reconozca un tipo subjetivo no puede dudarle: Si faltan el dolo o la previsibilidad individual no existe un injusto”.

La causación de la pérdida de un bien *per se* no significa nada respecto de la competencia por esa pérdida. Jakobs trasmite una impronta: “*quien no hace nada que contradiga su rol legal, tampoco defrauda una expectativa, sino que se conduce de modo socialmente adecuado, cuando adquiere relevancia causal respecto de la lesión de un bien*”.

El contenido de un rol –según Jakobs– queda determinado por los institutos de la imputabilidad objetiva. Por eso “quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también; quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza. En conclusión, no es tan importante la configuración concreta de distintos institutos como el hecho de que en el comienzo del mundo normativo, precisamente, no sólo hay posesión de bienes, sino también, con igual carácter originario, ámbitos de responsabilidad; por consiguiente, no se espera de todos y cada uno que evite toda lesión de un bien, sino precisamente, sólo de aquél al que ello le incumbe, y en esa medida sólo el cuidado suficiente por aquello que le compete”².

La regla será: “*no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho*”.

b) Actuación a cargo de otra persona:

Jakobs sostiene que “las acciones que pueden dar lugar a un daño no son lesiones de un derecho si es tarea de otra persona conjurar dicho

2 Cfr.: “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?; Jakobs, Günther; pág. 28 y 29; Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, año 2001.

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

daño, pudiéndose confiar en un cumplimiento de la tarea en el caso concreto. Por ejemplo, en el tráfico diario se puede *confiar* en los casos normales que las personas obligadas ceden el paso a los que tiene preferencia. Además, el que realiza una acción totalmente estereotipada socialmente no participa en lesión de derecho alguna si otros transforman previsiblemente el proceso en un hecho delictivo. Por ejemplo, quien devuelve un préstamo no tiene que preocuparse de si el receptor del pago consigue un explosivo para un atentado gracias a ese dinero. Es evidente que el atentado es una lesión de un derecho, pero el deudor que devuelve el dinero no ha participado en dicha lesión: *Prohibición de regreso*. Modifico el ejemplo para todo aquél que albergue dudas: una deuda es cancelada a su debido tiempo y el acreedor utiliza la suma recibida de forma delictiva, ¿ Podría haberse podido negar el deudor al pago arguyendo que no está garantizada la utilización legal de la suma a entregar por parte del acreedor ?”.

c) Actuación a propio riesgo:

Debe preliminarmente advertirse que Jakobs posee un criterio distintivo de “persona” que no es visto –según él- como un cuerpo animado o algo similar, sino un ámbito de organización, lo que quiere decir, un centro diseñado para actuar en la coordinación y la administración de derechos y deberes.

Su idea de persona parte de los correspondientes conceptos sociales; del sujeto mediado por lo social, donde hay que tener especialmente en cuenta el ámbito de la competencia y la norma como expectativa social institucionalizada. Ser persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara (cita en su aval a Hobbes y Luhmann)

Lo central es que cada uno se haga cargo de su propio rol . Por eso “nadie tiene que tener a otra persona bajo su tutela en la medida en la que es de su incumbencia configurar por sí mismo su ámbito de organización; si la configura defectuosamente se trata de una *actuación a propio riesgo*”.

Para explicar esto Jakobs apela a un ejemplo: “Mi vecino sufre una lesión en un brazo y por ello me pide que le taladre un agujero en la

pared en un determinado lugar de su casa. Como nuestra casa tiene una construcción idéntica sé que por ese lugar pasa la conducción eléctrica y se lo aviso al vecino. Éste contesta al borde del enfado que no debo detener mi trabajo por exceso de escrúpulos. Si él tuviera el brazo sano ya habría terminado la obra. Yo taladro sabiendo que no es improbable que destroce la red eléctrica, lo cual acaba sucediendo.

Me ofrecí a mi vecino en el rol de un asesor especializado y él me relegó al rol de peón, es decir, me encargó la simple ejecución de tareas de cuyo resultado él mismo asumía el peligro. El que degrada a otro a la categoría de peón debe aportar los conocimientos especializados necesarios, procurárselos de otro modo o, en todo caso, resolver él mismo el problema del daño. El peón no lesiona derecho alguno del que ha rechazado la ayuda si actúa como un peón”.

7. La prohibición de regreso y su relación con el principio de confianza.

Ya apuntamos supra la idea básica del principio de confianza. Ahora vamos a ver que en los comportamientos entre humanos el parámetro “confianza” siempre se encuentra presente y esto hace que la cuestión no sea comparable estadísticamente a los casos en que personas se relacionan con máquinas.

Los límites amplios de las viejas enseñanzas de Stratenwerth que advertían: “cuando entran en contacto comportamientos de varias personas, por regla general cada uno de los implicados debe poder confiar en que los demás se comporten conforme al cuidado debido, ya que también éstos se hallan sometidos a las exigencias del ordenamiento jurídico”, se ven superados en la visión de Jakobs, ya que éste insiste en que hay que buscar un equilibrio entre el permiso de confiar (que pasa de lo fáctico a la jurisprudencia) y la confianza de origen normativo (hipotética).

La solución estará en delimitar ámbitos de responsabilidad.

8. Casos de prohibición de regreso:

Los ejemplos que da Jakobs para explicarla.

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

Vamos a ver aquí, según Jakobs, que en los dos primeros casos (I y II) no hay responsabilidad penal posible en tanto en los dos restantes (III y IV) si existe conexión con el contexto criminal.

- I) Comportamiento natural e inocuo: El autor (A) ata su obrar al comportamiento de otra persona (B) que lo hace en forma cotidiana. Así “A” lleva su conducta hacia lo delictivo. Por ejemplo: “A” le dice a “B” que si sigue casado con “C” va a cometer un atentado contra alguien. Como “B” no accede al pedido “A” comete el atentado. En este caso “B” no tiene ninguna responsabilidad.

Esto demuestra que *un comportamiento natural e inocuo no participa* aun cuando el autor lo haya incorporado a su plan, precisamente porque la ejecución no le es propia.

Espeta Jakobs: “un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes”.

Finalmente es dable destacar que entre “A” y “B” no existe nada en común.-

- II) Hay “algo en común”: En este segundo caso entre el autor y la otra persona hay algo en común, pero eso en común es una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, sin riesgo especial. Entonces “B” podría haber “evitado” el siniestro. Sin embargo Jakobs aplica a este caso la prohibición de regreso.

Aparece en escena el polémico caso del “taxista”. El ejemplo dice que un taxi es abordado por delincuentes que solicitan al taxista los lleve a un destino determinado.

En el camino lo anotan que en ese lugar van a robar.

El caso ya nos señala que hay entre el taxista y los delincuentes “algo en común” pero –según Jakobs- ese algo en común carece de todo significado delictivo, de allí que el taxista no quebranta ningún rol, porque su función es precisamente esa: llevar gente a un lugar

determinado y cobrar por ello un precio. Su función entonces es inocua.

Jakobs dice que “tiene que diferenciarse lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo... únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; éste es el sentido socialmente válido del contacto. En síntesis: *nadie responde de las consecuencias que derivan del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales*”.

En un homenaje a Hirsch, Jakobs menciona, a modo de ejemplo, un paralelo entre “el taxista y el pianista” que resulta por demás ilustrativo. Veamos: “... en la realidad de la vida social a nadie se le ocurre la idea de considerar como “obra” del taxista la actuación de un pianista al que aquel ha llevado a la sala de conciertos, entonces tampoco puede argumentarse que el taxista haya tenido algo que ver con la “obra” si el pianista se convierte en un artista de performance que maltrata –sin autorización del propietario- el teclado con un martillo. La obra de una persona es el producto de su propia libertad; en el caso que nos sirve de ejemplo, se trataría para lo bueno y como para lo malo... la situación es la misma en el caso del “actuar a propio riesgo”...”.

Hasta aquí se han considerado dos casos sin responsabilidad.

- III) Prestación “peligrosa per se”: aquí lo común viene determinado por la configuración de la prestación, peligrosa *per se*. Sobre esto surge inescindible un hecho delictivo. Es que este tipo de prestaciones ya pueden considerarse prohibidas pues constituyen en sí mismas una puesta en peligro abstracto.

Se trata de una persona que ya conoce lo ilícito y en ese sentido sabe de las consecuencias delictivas que su prestación generará. Como diría Jakobs: los ejemplos sobran. Veamos: aquel que entrega estupefacientes para la venta o suministra explosivos al terrorista.

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

Jakobs llega más lejos aun y compromete la responsabilidad de quien a título de “culpa” no custodió debidamente estos materiales tan riesgosos.

Tal imprudencia hace que se vincule con las consecuencias delictivas. Por esto el Maestro escudriña esta frase: “quien es garante de la no disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber”. Concluye diciendo: “la imputación objetiva no depende de las circunstancias psíquicas de los intervinientes, sino del sentido social del comportamiento”.

En la postura de Frisch el ejemplo “culposo” no funcionaría dentro de este esquema pues él recurre al “contenido de sentido” en la conducta del autor. Por eso sostiene desde esta perspectiva que el obrar del autor debe exhibir un específico sentido de favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo.

La encrucijada no es de fácil solución. Cancio Meliá dice que no puede haber responsabilidad de quien almacena así una sustancia peligrosa sin sospechar que alguien pueda penetrar en su vivienda. Pero ¿qué sucede en este caso intermedio?. Agrega el profesor madrileño: No se trata de si un comportamiento doloso en más o menos “objetivamente peligroso” que una conducta imprudente. De lo que se trata es de si el dato subjetivo -el conocimiento- puede concluirse en el juicio objetivo o no. Y ésta es una cuestión normativa: si se da preferencia al factor “disposición sobre la propia morada” se negará la tipicidad”

- IV. Inducción y complicidad: El caso que en este punto se plantea se relaciona con la “inducción” y la “complicidad”. El enunciado manda así: “el partícipe no practica una prestación neutral, al contrario. Digamos que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento”. Como puede advertirse a simple vista, este supuesto no está socialmente estereotipado como neutro.

Lo que nuestro examinado pretende descubrir aquí está dado por aquellas personas que “determinan” a la comisión final del hecho. En términos concretos los instigadores, los iductores, la complicidad psíquica o bien física (cuando prestan cosas o servicios) diseñados de tal modo que son aportes que cuadran perfectamente en la empresa delictiva.

Jakobs pone los siguientes ejemplos prácticos para que sean comparados por el lector, tanto aquellos que tienen responsabilidad como los que no la tienen. Así lo expresa “ no es lo mismo que alguien pida a otro que cometa un delito o que se limite a constatar que una casa carece de vigilancia; que alguien explique cómo pueden neutralizarse los vigilantes de un banco o que sólo explique el funcionamiento de una cerradura normal; que alguien organice la ruta de huida o que sólo aporte un plano de la ciudad; que alguien venda un juego de llaves de reserva o tan sólo un destornillador; que alguien recorte, tal como se le indicó, el cañón de una escopeta o que sierre una vulgar barra de hierro; que alguien espere delante del lugar del delito con el motor en marcha o que simplemente lleve a cabo un servicio de taxi...”. Y agrega esto: “Puede que todos estos comportamientos tengan el efecto de favorecer el delito, pero sólo en los supuestos enunciados respectivamente en primer término, el sentido del comportamiento es el de favorecer un delito que de este modo también se convierte en propio delito interviniente; los supuestos enunciados en segundo término agotan su sentido en lo socialmente adecuado”.

Voy a volver una vez más sobre éste eje temático que en su origen relata esto: “quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado *no responde*”. Este axioma no funciona como una ecuación matemática inexorable, siempre va a estar a las situaciones de tiempo, modo y lugar, con más las condiciones subjetivas que engloben el caso.

Se señala entonces –con razón- que hay que estar a las circunstancias del caso concreto, pues no siempre algo estereotipado socialmente se mantiene alejado del comportamiento delictivo. Veamos con un ejemplo: “la venta de una pala en una tienda de artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarro-

“LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS”

llando una pelea, y en la tienda irrumpen personas heridas que participan en la pelea, requiriendo que se les haga entrega inmediata de una pala, puede que las cosas sean distintas. Este tipo de dificultades no son razón para retornar a un punto de vista naturalista – casualidad, conocimientos-“.

a) Síntesis de casos dados por Jakobs:

1. Ejemplo verosímil: Alguien paga, tal como estaba obligado, su deuda a un acreedor, sabiendo que el acreedor se va a procurar con el dinero medios para cometer un delito; ¿complicidad?. Ejemplo raro: un amante de la naturaleza cultiva flores, aun cuando sabe que su vecino, conocido practicante de la estafa matrimonial, va a robar precisamente esas flores para utilizarlas como regalo en la estafa, como efectivamente así ocurre: ¿responsabilidad por complicidad en la estafa?.

En ambos ejemplos habrá que distinguir entre intervenciones “propias” e intervenciones de “otros” realizando el tipo.

2. No obrar conjuntamente: La amenaza sobre una persona efectivizada así: “Si te marchas (hacer), mato a alguien”, no comporta que responda el que se marcha por participación en el homicidio. El marcharse carece de sentido delictivo.
Otro: Un juez en un proceso contra exaltados llega a saber que van a asesinar a un político si sigue adelante con el proceso; incluso la exposición de la defensa en el proceso penal se encuadra en este grupo. Su sentido se agota en el enjuiciamiento del hecho inculpado; si terceras personas toman la defensa como incitación para ulteriores hechos, ello no guarda relación con el defender (se).
3. Negocios comunes: El panadero no responde por la participación en el homicidio si al vender los panecillos sabe que el comprador va a envenenar al producto para servirlo a sus invitados. El empleado de la gasolinera no responde por las consecuencias, que advierte, de que siga circulando un vehículo con los neumáticos peligrosamente desgastados, al que ha echado gasolina. Quien otorga un préstamo no afectado a determinada finalidad, no responde por el eventual empleo delictivo de su valor.

En esta serie de casos que cita Jakobs, se desea llegar a una conclusión: “nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación”.

Lo que si se pretende esclarecer en éstas “intervenciones conjuntas” es que la responsabilidad decae en los casos en que el contacto social se agota con la prestación o contraprestación de un objeto o de un servicio, y la realización del objetivo perseguido SUBJETIVAMENTE además no pasa de SER ASUNTO PROPIO DE CADA UNO.

4. Si se responde: Cada cual es garante de conducir reglamentariamente cuando va en un vehículo; si conduce en zig-zag, y si el vehículo que le sigue sin embargo intenta adelantarlo y se sale de la carretera, debe responder. Se intenta entonces la evitación del proceso causal dañoso.

Véase que la responsabilidad rige tanto para el dolo como para la imprudencia, siempre que ésta sea punible, aun cuando el ejecutor actúe sin dolo.

También Jakobs señala que “si el interviniente actúa conjuntamente con el autor, y el comportamiento del interviniente se caracteriza por el hecho de que el autor puede emprender cierta acción, precisamente la acción delictiva, aquél responde por intervención en el delito”. Será un caso de inducción y complicidad.

9. Conclusión:

- La prohibición de regreso intenta explicar que un aporte hecho no “participa” en tanto se trate de una conducta que se encuentra dentro de un “rol”, es decir que respeta una posición definida normativamente, la cual –a su vez- se vincula a deberes dentro de la sociedad.
- Si quien interviene se limita a efectivizar un aporte inocuo y cotidiano, en referencia a un rol aceptado, y el autor toma provecho de ello para materializar un evento dañoso, no habrá responsabilidad del interviniente.

"LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN EL PENSAMIENTO DE JAKOBS"

- Los casos difíciles –admite Jakobs- se encuentra en el ámbito de la prohibición de regreso y en la actuación a propio riesgo. Cuando se trata de la atribución de "obras", la "dominabilidad objetiva" debe abrirse a la problemática que se denomina "imputación objetiva"
- El rol se deberá mover dentro del riesgo permitido, que para Jakobs, ampliando la opinión de Reyes Alvarado, se encuentra delimitado por un cálculo de costos y beneficios, cuestión que no necesariamente se debe expresar en el marco de lo jurídico, sino que debe mirar a lo socialmente adecuado.
- Los límites de la prohibición de regreso pueden ser tan difíciles de determinar en el caso concreto, pues el comportamiento depende del contexto.
- En los delitos de omisión no basta la evitabilidad del resultado, debe agregarse la responsabilidad del capaz de evitarlo, en tanto en la comisión, a la causalidad (evitable) ha de añadirse la responsabilidad por la consecuencia. Se debe observar el supuesto que quien origina un curso causal dañoso, en el caso el autor, no se podrá distanciar de las consecuencias.
- Al interviniente sólo se le puede atribuir aquello que "es asunto suyo", lo que le incumbe dentro de la realización del tipo. Debemos respetar la consigna: *"no todo es cuestión de todos"*.