

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO CRITERIO NORMATIVO DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO PENAL: Fundamento y consecuencias dogmáticas*

*Bernardo Feijóo Sánchez***

I. INTRODUCCIÓN

1. Como he mantenido ya en algún trabajo anterior, creo que la principal función del derecho penal consiste en asegurar la confianza general en las normas penales y mantener el respeto general a dichas normas. Para desempeñar esta tarea creo que no

* Abreviaturas utilizadas: AK, Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch; ADP, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP, Actualidad Penal; ARSP, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie; BGH Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania); BGHSt Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales -colección oficial-); CPC, Cuadernos de Política Criminal; ed., edición; edit., editor; -FG, Festgabe; -FS, Festschrift; GA, Goldammer's Archiv für Strafrecht; -GS, Gedächtnisschrift; JA, Juristische Arbeitsblätter; JR, Juristische Rundschau; Jura, Juristische Ausbildung; JuS, Juristische Schulung; JW, Juristische Wochenschrift; JZ, Juristenzeitung; KK-OWiG; Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten; LK, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch; NJW, Neue Juristische Wochenschrift; NK, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch; NSTz, Neue Zeitschrift für Strafrecht; PJ, Poder Judicial, citada por n° de revista; RDCirc., Revista de Derecho de la Circulación; RG, Reichsgericht (Tribunal Supremo Imperial alemán); RGSt, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Imperial alemán en asuntos penales -colección oficial-); SK, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch; VRS, Verkehrsrechtssammlung; wistra, wistra, Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht; WK, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch; ZStW, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, citada por n° de revista; ZVerkS, Zeitschrift für Verkehrssicherheit.

** Profesor Titular interino de la Universidad Autónoma de Madrid.

resulta legítimo en un sistema jurídico como el nuestro utilizar como instrumento para este fin la intimidación –prevención general negativa–¹, sino que es preciso acudir a una prevención general de índole positiva que no parta de una visión valorativa del ciudadano como un delincuente potencial permanente². Aunque no se debe omitir que la doctrina dominante en nuestro país, a pesar de que esta opinión es ampliamente sostenida por parte de la influyente doctrina alemana, no comparte este punto de partida³.

Sin embargo, es cierto que aunque el mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma no se entienda como fin o función primordial del derecho penal no se puede negar que esta es una de las funciones del derecho y, por tanto, del derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, o, al menos, que la confianza en el comportamiento de los otros de acuerdo con las normas es un efecto fáctico o empírico de la existencia de normas de conducta y normas de sanción. En definitiva, que en un Estado de derecho no impera el principio de desconfianza como principio orientador de las relaciones sociales sino todo lo contrario: se parte como principio de que los otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales. En cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general. Aunque, como ya he señalado, la posición aquí mantenida está estrechamente relacionada con una determinada visión del derecho penal, es posible compartir los fundamentos y conclusiones de este trabajo desde otras perspectivas⁴.

2. En este trabajo se parte de la idea de que ésta no es una mera concepción colectiva casual, sino que el principio de confianza en la vigencia de las normas o, de forma más personalizada, en que los otros respetarán las normas es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico. Y como principio general del derecho puede presentar una importante utilidad como criterio normativo de imputación en el marco de la

-
1. Feijóo Sánchez. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, pp. 32 y ss.
 2. Nota 1, pp. 36 y ss., con más referencias.
 3. Cabría destacar, sin embargo, que en la doctrina española también se va abriendo una brecha en favor de estas consideraciones normativas. Ver por todos, Bacigalupo Zapater. *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, 1997, pp. 15 y ss.: “la prevención general positiva tiene mucho a su favor”; Cuello Contreras. *El derecho penal español, Curso de iniciación. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 1996, pp. 81 y ss. Es tradicional en la doctrina española (Mir Puig, Morales Prats, Morillas Cueva, Pérez Manzano, Silva Sánchez) considerar que la prevención general positiva no tiene una función fundamentadora sino limitadora de la pena y, por tanto, del derecho penal. Ver en sentido crítico Feijóo Sánchez, nota 1, p. 36. Sobre las críticas a otras teorías de la prevención general que entienden ésta en sentido psicológico o psicoanalítico bien como función primordial o bien como función correlativa y derivada de la intimidación (Luzón Peña), Feijóo Sánchez, (nota 1), pp. 74 y ss.
 4. Por ejemplo, Murmann. *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Berlín, 1993, pp. 253 y ss., desde una perspectiva que parte del liberalismo racional-subjetivista (sobre esta corriente doctrinal, Feijóo Sánchez, -nota 1-, pp. 76 y ss.), ha otorgado un contenido al principio de confianza coincidente en muchos puntos con el defendido en estas páginas.

teoría jurídica del delito. Por ello es preciso hacer alguna referencia a los fundamentos del principio de confianza (o a la negación de la desconfianza como principio) –entendido de modo más amplio que el utilizado tradicionalmente en el ámbito del delito imprudente por parte de la doctrina penal– como criterio interpretativo o como principio general que informa o da forma sustancial al ordenamiento jurídico-penal (art. 1.4 del Código Civil)⁵.

II. EL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

1. El orden jurídico, social y político de un Estado de derecho se constituye a partir de un presupuesto valorativo mínimo: el reconocimiento recíproco como iguales. Es decir, “reconocer a los otros como otro yo”⁶ de una forma vinculante. En palabras de Hegel, “El mandato jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como persona”⁷. A partir de ese reconocimiento surge el mundo del derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación. Sin ese reconocimiento no es posible constituir una comunidad jurídica. Esta surge del reconocimiento recíproco de reglas. Mediante este reconocimiento del otro como un igual se construye algo objetivo que supera el *bellum omnium contra omnes*⁸. Sólo en un estado natural o presocial se podría comportar uno pensando exclusivamente en sí mismo sin tener nada más en cuenta. Pero con el reconocimiento de al menos una regla común surge la libertad en sentido normativo. El derecho, mediante un procedimiento unificador, reconvierte el conjunto de arbitrariedades subjetivas en libertad abstracta. La libertad en sentido normativo tiene límites de los que carece la “libertad salvaje” del estado natural⁹. Sobre esa reciprocidad vinculante¹⁰ se constituye el derecho a través de la

-
5. Sobre el papel de los principios generales del derecho en el ámbito del derecho penal, ver por todos, Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español I. Parte general*. Introducción, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 159 y Luzón Peña, *Curso de derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 157.
 6. Feijóo Sánchez, nota 1, pp. 39 y ss., con más referencias; Jakobs. *Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlín, 1997, passim.
 7. Hegel. *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (edit. por Johannes Hoffmeister), 4ª ed., Hamburgo, 1955, § 36.
 8. Al respecto Hobbes, *Leviatán*, Caps. XIII ss. Esta obra marca el inicio del pensamiento positivista moderno. La legitimación del sistema social ya no se basa en los dioses o en el derecho natural. La legitimación del Estado se basa utilitariamente en que el orden estatal siempre se ha de mostrar para sus ciudadanos como la menos mala de todas las alternativas. Sobre las aportaciones de Hobbes, en sentido crítico, Jakobs, nota 6, pp. 24 y ss.
 9. Rousseau. El contrato social, cap. VIII del Libro Primero: “es preciso distinguir la libertad natural, que no tiene más límite que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general”.
Sobre la constitución de la libertad normativa, como una libertad que es siempre libertad de los otros, Zaczyk. *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlín, 1989, pp. 128 y ss.
 10. Habermas. “Sprachspiel, Intention und Bedeutung”, en Wiggershaus, Rolf (edit.), *Sprachanalyse und Soziologie*, Frankfurt a. M., 1975, pp. 333 y ss.; Kratzsch. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, Berlín, 1985, pp. 350 y ss., con abundantísima bibliografía; Luhmann. *Grundrechte als*

comunicación entre iguales¹¹. Estos “iguales” se reconocen la capacidad de determinarse conforme a valores y normas, lo cual comporta el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ese reconocimiento por parte de los otros, esa “dignificación”, conlleva, pues, el reconocer recíprocamente a los otros integrantes del orden social también como iguales; es decir, como sujetos que tienen los mismos deberes y derechos que uno mismo. Pero en una sociedad compleja ya no es posible el reconocimiento individualizado. Ello sólo es posible conceptualmente en sociedades primitivas, cerradas y pequeñas. Por ello ese reconocimiento de los demás se ve sustituido en sociedades complejas por el reconocimiento de las normas. La dignidad o el ser reconocido como integrante del sistema social conlleva el reconocimiento recíproco de un ámbito de autodeterminación y autorresponsabilidad que va variando en función de la configuración y evolución de la realidad social.

2. El Estado de derecho queda configurado sobre la base del principio de autonomía, autorresponsabilidad o autodeterminación de los ciudadanos¹². El ciudadano se define como tal y no como mero súbdito cuando detenta la competencia exclusiva sobre sus decisiones. Estos principios presuponen el respeto de los ciudadanos al derecho. Sin

Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlín, 1965, p. 59: “Es cierto que el hombre es libre, o mejor dicho, que tiene derecho a la libertad, pero ha de respetar los derechos de los otros; es cierto que tiene derecho a la propiedad, pero tiene que aceptar para el disfrute de su propiedad compromisos sociales”; el mismo, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, 1987, p. 33; Luzón Peña, ADP 89, p. 16, con más referencias; Maihofer, JuS 63, pp. 168 y s., con una curiosa referencia al mismo principio en ciertos órdenes o concepciones morales o religiosas (Confucio, los 7 sabios de Grecia, Viejo testamento, Jesucristo en el sermón de la montaña, imperativo categórico kantiano); Vehling. *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt a. M., 1991, p. 93; E. A. Wolff. “Die Grenzen des dolus eventualis und der willentlichen Verletzung”, en *Gallas-FS*, Berlín y Nueva York, 1973, pp. 214 y ss.; el mismo, *ZStW* 97, pp. 806 y ss., a partir de la conocida fórmula del imperativo categórico kantiano “actúa sólo conforme a aquella máxima que puedas querer que se convierta en una ley general”.

11. Kleszczewski. *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Berlín, 1991, pp. 156 y ss., desarrollando de una forma brillante las construcciones de Hegel sobre la “sociedad civil” (bürgerliche Gesellschaft).
12. Derksen. *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992, p. 179; Dürig. *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1991, art. 1 I/18; Kratzsch, nota 10, pp. 192 y ss.; Vehling, nota 10, p. 100.
Rodríguez Mourullo. *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Madrid, 1978, p. 227: “Nuestro orden social y jurídico responde al principio, consagrado como clave en la época del Estado liberal de derecho, de que cada uno posee una propia parcela de señorío, dentro de cuyos límites es autónomo”. Sobre el principio de autonomía: Kindhäuser. *ZStW* 107, pp. 718 y ss.; Larenz. *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927, pp. 63 y ss.; Schumann. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tubinga, 1986, pp. 1 y ss. Sobre los conceptos de libertad y autonomía en Kant y Hegel, ver la clásica monografía de Larenz, nota 12, pp. 17 y ss., 39 y ss. Köhler. *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982, pp. 133, 199 y ss., realiza un estudio filosófico de gran calado a partir de las concepciones del idealismo alemán (Kant y Hegel fundamentalmente). En la interesantísima, aunque no compartida en este trabajo, línea de este autor han profundizado otros autores: Schild, AK, antes de 13/49 ss., expone también una teoría material del delito desde las concepciones del idealismo alemán, más comprensible que la anterior, a partir del concepto de autorresponsabilidad; Zaczyk, nota 9, pp. 128 y ss.

esa adscripción de respeto a las normas o sin la existencia de ese deber general de respeto al derecho como orden vinculante sería imposible que el Estado respetara la competencia privativa del ciudadano para tomar decisiones y actuar de acuerdo con ellas. No es comprensible la libertad sin esa atribución de responsabilidad que se constituye en un deber irrenunciable como ciudadano de respetar las normas. Hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad. El ámbito de autonomía que disfruta un ciudadano es equivalente a su ámbito de responsabilidad. La libertad de organización que tiene cada ciudadano sólo es posible “gravando” al ciudadano (persona imputable) con la disposición a comportarse de acuerdo con las normas y haciendo de esta disposición un asunto particular. Esta disposición a respetar las normas se convierte así en un presupuesto fundamental e irrenunciable del estatus de ciudadano.

3. De acuerdo con este punto de partida normativo los contactos sociales y la convivencia se basan en la necesidad de que el ordenamiento garantice o establezca ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber en una determinada situación lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que esperan éstos de nosotros¹³. Una estandarización mínima hace que los sujetos no se encuentren a merced de impresiones momentáneas, instintos o satisfacciones particulares de otros sujetos. El derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la interacción social. Nadie se podría orientar en la vida social si tuviera que contar en todo momento con cualquier conducta discrecional de otros seres humanos. Cada contacto social supondría un riesgo incalculable. El derecho tiene como función potenciar el horizonte personal de los integrantes del sistema social. Las posibilidades de contacto están en relación directa con la confianza que los ciudadanos depositen en las normas (ya que en una sociedad compleja la confianza personal tiene una utilidad muy limitada): cuando la confianza en éstas se ve afectada las posibilidades de contacto social se reducen y la vida social se entumece; por el contrario, donde existe confianza en que todos respetarán las normas las posibilidades de contacto son mucho mayores. Para que los contactos sociales sean posibles es necesario que no todo sea inseguridad. Esto sólo se puede conseguir estabilizando el respeto a las normas. En una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes disponemos de pocos más datos de las otras personas que su deber de respetar las normas jurídicas. Ello no significa que desaparezcan como individuos, sino que tenemos en cuenta su dimensión social como personas. Por ejemplo, el conductor que se acerca a un cruce y observa cómo un automóvil se acerca por su izquierda, no tiene en cuenta a dicho conductor como alguien con nombre y apellidos, sino como un participante responsable en el tráfico que respeta las normas. El no tener en cuenta a los otros participantes en el tráfico social como personas (sujetos que respetan las normas) obligaría a estar a expensas

13. Feijóo Sánchez, nota 1, pp. 53 y ss., con más referencias.

de su arbitrio¹⁴. Cada contacto social conllevaría un riesgo incalculable y la desconfianza e inseguridad harían que la vida social se acabara extinguiendo o que, al menos, no se pudiera seguir concibiendo como la concebimos hoy en día.

Cuando se vive en sociedad las posibilidades de actuación de los no-yo son aquellas con las que se tiene que contar a la hora de planificar cada actuación. Sin expectativas o reglas, donde sólo existe el caos, no se puede pensar en organizar los asuntos particulares de forma planificada. Sólo podemos hablar de sociedad cuando el derecho garantiza al sujeto un cierto horizonte conforme al que orientarse (exclusión de ciertas posibilidades de actuación de los no-yo). Esta garantía jurídica se concreta en lo que ciertos sociólogos y ciertos partidarios de la teoría de la prevención general positiva han venido denominando expectativas normativas, como expectativas garantizadas por el ordenamiento jurídico que hacen que se pueda operar en la vida social sin tener que contar con comportamientos que las contradigan. En el momento en que los hombres sienten la necesidad de tratar unos con otros, necesitan ciertas reglas o normas de comportamiento. Estas normas no se refieren al comportamiento del ser humano como hecho fáctico sino al “deber ser” de las otras personas, a lo que toda persona puede excluir como posibilidad. Igual que las ciencias naturales persiguen establecer pautas de orientación con respecto a la naturaleza, el derecho tiene como función establecer pautas de orientación con respecto a los otros integrantes del sistema social.

4. Es preciso hacer alguna referencia a la razón por la que se denominan estas expectativas como normativas (normas). En la relación con la naturaleza el hombre debe aprender de cara al futuro a base de las defraudaciones que le ofrecen las fuerzas naturales como fuerzas incontrolables. Hemos asumido que la naturaleza “se comporta” de acuerdo con ciertas leyes que no pueden ser alteradas. Sólo pueden ser conocidas o desconocidas. Estas expectativas referidas a la naturaleza se vienen denominando expectativas cognitivas. Las ciencias de la naturaleza se dedican a desarrollar reglas empíricas para un mejor conocimiento de la realidad. Todo lo contrario sucede con respecto a los comportamientos de las personas, que ya no se pueden tratar como procesos naturales (exceptuando algunos supuestos como los niños o los enajenados). Si una persona defrauda una expectativa normativa –infringe una norma–, el conflicto no puede ser superado simplemente con el aprendizaje pro futuro. Los ciudadanos no tienen que aprender a salir a la calle con un chaleco antibalas, armados hasta los dientes o con varios guardaespaldas. Se reacciona de otra manera: el conflicto se explica sólo como una conducta incorrecta del autor por no respetar las normas. No se aprende de cara al futuro, sino que se mantiene la expectativa contrafácticamente, es decir, con independencia de que la expectativa sea o no cumplida en la realidad. La validez de la expectativa es ajena a su cumplimiento o incumplimiento en la realidad. Estas expectativas normativas, frente a las cognitivas, son expectativas en las que, en

14. Luhmann. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M., 1987, p. 397: “La expectativa surge mediante la limitación del margen de posibilidades”.

caso de defraudación, no hay que aprender y modificar la visión que se tiene del mundo, sino que las personas pueden mantener firme su confianza en las mismas a pesar de la defraudación. Es decir, estas expectativas se sostienen como válidas incluso contra experiencias que contradicen dicha validez. En ese aspecto precisamente reside su carácter normativo. Las expectativas normativas son aquéllas en las que el que corre con los costes del conflicto es el defraudante en el momento en el que se explica el conflicto como algo que le es imputable a él. El deber de respetar las normas, como expectativa normativa, no garantiza el éxito en los contactos con los otros pero disminuye, indudablemente, las posibilidades de fracaso. Aunque es importante resaltar que no se trata de que cada ciudadano excluya a la hora de contactar con otros lo que no le gusta, sino que sólo puede excluir la falta de respeto a las normas.

El dato fáctico de que en la práctica se puede constatar que existen personas que no respetan las normas no afecta a la validez del deber de respetarlas. Luhmann afirma, en este sentido, que “en un mundo que es incontrolable se quiere, en principio, por lo menos estar seguro de qué expectativas son reconocidas por el derecho y con qué modos de proceder se puede contar en el consenso social aunque existan siempre personas que se comporten de otra manera”¹⁵. Esto se puede denominar confianza en el carácter obligatorio y contrafáctico del derecho. Por ejemplo, en la vida cotidiana, nadie se tiene que preocupar por el hecho de pasar por debajo de una lámpara. El derecho permite a los individuos no tener que andar esquivando los lugares donde puede caer una lámpara. “¡No se renuncia a la expectativa de un suelo sólido y transitable si una vez se resbala!”¹⁶ Esta confianza normativa surge en los estadios más primitivos, como ya hemos visto, de la idea de que existe una estrecha conexión con los otros que, a pesar de las diferencias personales, hace que una serie de reglas sean vinculantes para todos y no puedan ser subjetivamente cuestionadas. Pero a medida que el sistema social se hace más complejo la confianza en la norma ha de adoptar la función de esa confianza original en los otros. “La confianza original se ve sustituida por la ‘confianza en el sistema’ para posibilitar la interacción social”¹⁷. Cuanto más anónimos son los contactos el aumento de la desconfianza entre los individuos es mayor y son más necesarias las normas que garantizan ciertas expectativas¹⁸. El derecho no protege toda confianza que alguien deposite en los otros (el optimista se vería privilegiado) ni garantiza lo que terceros pueden hacer para no defraudar la confianza de cada sujeto, sino sólo lo que terceros deben hacer para no defraudarla. No todo supuesto en el que un tercero no es digno de la confianza depositada interviene el derecho, sino únicamente cuando el tercero no se ha comportado de acuerdo con su deber.

15. ARSP 71, p. 31.

16. Luhmann, nota 10, pp. 31 y s.

17. Otto. *ZStW* 87, p. 561. Ver también Luhmann, *Individuum, Individualität, Individualismus in Gesellschaft und Semantik*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 155 y s.

18. Otto. *ZStW* 87, pp. 554 y ss.

5. Todo lo dicho hasta ahora afecta sin lugar a dudas a la función social de la pena. Si una persona no respeta las normas el derecho debe responder. De lo contrario, la confianza en las normas acabará desapareciendo y el deber de respeto a las normas ya no se entenderá como algo vinculante. Si el derecho se queda cruzado de brazos como si no hubiera pasado nada, está dando por bueno el contenido simbólico de esa acción: las normas no tienen un carácter vinculante¹⁹. El delito perturba el hecho de que ciertas posibilidades se vayan desechando de la vida social. Estoy de acuerdo con Kindhäuser –claramente influenciado en este sentido por el pensamiento de Jakobs– cuando afirma que “si la norma no se reconoce como efectiva frente a los comportamientos se aminora su valor como criterio rector de la conducta; se defrauda –aunque sólo sea caso por caso– la confianza de los ciudadanos en el reconocimiento de la norma”²⁰. Por el contrario, si la norma responde imponiendo una pena al que no se ha comportado conforme a deber, se trata a la conducta que pone a la norma en entredicho como una excepción que no afecta a la regla. La existencia del derecho penal está justificada en la medida que resulta un instrumento que reacciona (retribuye) contra la infracción de la norma. El delito es un “ejemplo insoportable” que desorienta a los ciudadanos que están dispuestos a tener en cuenta las reglas básicas de convivencia. La pena es un instrumento que vuelve a dejar las cosas como estaban, no para la víctima, sino para la validez del derecho. Si no se impone la pena se destruye la confianza de los ciudadanos en las normas y el mal ejemplo que queda sin respuesta puede crear escuela. No se puede dejar de reaccionar como si nada hubiera pasado.

III. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA DENTRO DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO

1. Sin embargo, en este trabajo no pretendo desarrollar una teoría sobre el contenido normativo o fin de la pena sino analizar el papel que el principio de confianza puede tener como criterio de imputación, principalmente como límite normativo de la responsabilidad penal. Se trata de hacer fructíferas las ideas desarrolladas hasta ahora en el marco de la teoría jurídica del delito. El hecho de que nuestro ordenamiento parta del principio de confianza en el respeto a las normas en lugar del principio de desconfianza no sólo tiene eficacia para defender una teoría positiva de la prevención general en lugar de una teoría negativa o intimidatoria, sino que puede tener eficacia, como veremos, en diversos lugares dentro de la teoría jurídica del delito. Especialmente como criterio normativo de imputación que delimite o determine el alcance de los tipos penales, poniendo un especial énfasis en aquéllos más necesitados de

19. Hart. *Recht und Moral*, Gotinga, 1971, p. 63; Hegel, nota 7, § 218. 3; Jakobs, nota 26, pp. 98 y ss.

20. *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt a. M., 1989, p. 30. p. 134: “La contraposición a la norma disminuye la utilidad de la norma como instrumento de regulación social para la estabilización de expectativas”; *GA* 94, p. 201. En un sentido similar, Otto. “Strafwürdigkeit und Strafbefürftigkeit als eigenständige Deliktstypen”, en *Schröder-GS*, Munich, 1978, p. 68.

configuración doctrinal o jurisprudencial: los delitos puros de resultado (homicidio, lesiones, daños, incendios, etc.).

No se trata de hacer referencia al principio de confianza desde la perspectiva de las potenciales víctimas del delito, sino desde la perspectiva de aquellas personas que pueden dañar o poner en peligro bienes jurídicos si entran en contacto con personas que incumplen las normas.

Evidentemente las consecuencias dogmáticas del principio de confianza que se desarrollarán en este trabajo están estrechamente relacionadas con las consideraciones realizadas al principio de este trabajo. Sin embargo, aunque no se comparta dicho punto de partida, no cabe duda de que –con un alcance mayor o menor– la doctrina le concede cierta relevancia al principio de confianza. Lo que se ha pretendido en las páginas anteriores es otorgar un fundamento normativo sólido a dicho principio y determinar el objeto de la confianza a la que se suele referir la doctrina penal: se trata de una confianza en la vigencia de la norma o, en todo caso –desde una perspectiva más personal–, en que los otros respetarán las normas.

2. El principio de confianza, que parte una visión de los otros como individuos autorresponsables y racionales con una motivación respetuosa con el derecho, o el principio de no-desconfianza en comportamientos antijurídicos de terceros tiene especial relevancia con respecto a aquellas instituciones de la teoría jurídica del delito que se ocupan de la tipicidad de la conducta en relación con el comportamiento de terceras personas (es decir, cuando se puede imputar a una persona lo que ha hecho otro)²¹. Así, a manera de ejemplo, partir del principio de confianza o del principio contrario condiciona la interpretación de los requisitos objetivos de la participación criminal. El alcance que se le otorgue a las conductas típicas de participación (el inducir a o el cooperar a de los arts. 28 a), 28 b) y 29 CP) depende de que se parta de una visión de las relaciones sociales basada en la protección de bienes jurídicos mediante la desconfianza generalizada o que se tenga en cuenta no sólo como dato interpretativo el dato fáctico de la peligrosidad de estas conductas para los bienes jurídicos sino también el dato normativo de la inexistencia de una sociedad de la desconfianza. Sin embargo, no desarrollaré aquí el papel que puede desempeñar esta idea para limitar la responsabilidad penal en el ámbito de la participación criminal permitiéndome remitir el tratamiento de esta cuestión a mi libro sobre los límites de la participación criminal y la “prohibición de regreso” donde se puede comprobar lo fructífera que puede resultar la toma en consideración de un principio general de confianza en este ámbito²².

21. Frisch. *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 268 y ss., 350 y s., con más referencias; Freund. *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, Colonia y otras, 1992, pp. 228, 253.

22. Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?, Granada, 1999.

Donde sin duda el principio de confianza ha desempeñado desde siempre un papel esencial es en el ámbito de la imprudencia como criterio de determinación del deber de cuidado. Desde esta perspectiva es desde la que el principio de confianza ha tenido una función dogmática más evidente y consolidada.

IV. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA DOGMÁTICA DEL DELITO IMPRUDENTE

1. En determinados supuestos aunque alguien haya creado un riesgo para los bienes de otras personas o sea garante con respecto a un riesgo o de la indemnidad de un determinado bien puede que su comportamiento no se encuentre jurídico-penalmente desaprobado porque no esté vinculado a la infracción de una norma de conducta. En concreto, en el ámbito del delito imprudente con la infracción de una norma de cuidado. El principio de confianza, como principio general, es un instituto que presenta una gran utilidad para determinar los límites de la norma de cuidado o, lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una determinada persona en una determinada situación.

2. El principio de confianza en este ámbito implica la limitación de la previsibilidad como fundamento psicológico de la responsabilidad penal. El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas²³. Ciertas consideraciones

23. Burgstaller. *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Viena, 1974, p. 59; Cerezo Mir. *Curso de derecho penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 171; Choclan Montalvo. *Deber de cuidado y delito imprudente*, Barcelona, 1998, p. 113; Gropp. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín y otras, 1998, 12/36; Krümpelmann. “Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation”. en *Lackner-FS*, Berlín y Nueva York, 1987, p. 299; Maiwald. *JuS* 84, p. 441; Peter. *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht. Voraussetzungen und Grenzen des Vertrauensgrundsatzes*, Baden-Baden, 1992, pp. 12 y ss., argumentando como la idea de la previsibilidad no puede servir para fundamentar el principio de confianza; Puppe, *Jura* 98, p. 22; Reyes. *Imputación objetiva*, Santafé de Bogotá, 1994, pp. 143 y s.; Schmidt-Salzer, *NJW* 88, pp. 1940 s.; Schumann, nota 12, p. 9; Stratenwerth. *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, en Eb. Schmidt-FS, Gotinga, 1961, pp. 387, 392 y s.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3ª ed., Colonia y otras, 1981, nº marg. 1155; el mismo, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Berna, 1982, 16/52; Wilhelm. *Jura* 85, p. 186.

En sentido contrario, Brinkmann. *Der Vertrauensgrundsatz als eine Regel der Erfahrung*, Berlín, 1996, pp. 138 y ss., entendiendo el principio de confianza como una regla de la experiencia que permite prever los comportamientos de otras personas; Schröder, *LK*, 16/169; Umbreit. *Die Verantwortlichkeit des Arztes für fahrlässiges Verhalten anderer Medizinalpersonen*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 195, 246 y s. y *passim*, que al darle al principio de confianza un contenido psicológico y no puramente normativo relacionado con el principio de autorresponsabilidad, concede un alcance más

valorativas o normativas tienen como consecuencia que no siempre resulte legítimo exigir la previsión de todo lo que es posible prever. En principio, no existe un deber general de prever la comisión de comportamientos antijurídicos.

3. El principio de confianza desempeña un importante papel dentro de la dogmática de la imprudencia porque en determinados ámbitos sociales la lesividad de ciertas conductas asumidas por el ordenamiento jurídico depende no sólo de la persona que las realiza sino también de los otros participantes en ese subsistema o en esa actividad. Por ejemplo, la lesividad de conducir un automóvil no depende sólo de como uno conduzca sino de como se comporten los otros participantes en el tráfico rodado. O la lesividad de un producto que se comercializa depende de cómo lo utilice el consumidor²⁴. En casos como éstos no cabe duda de que crear un riesgo especial fundamenta una posición de garante con respecto a otras personas con base en la idea de injerencia (por ejemplo, otros participantes en el tráfico rodado o consumidores) incluso aunque se comporten de forma defectuosa. Pero los deberes de garante también tienen límites²⁵. Uno de ellos es el principio de confianza.

1. El principio de confianza como instituto autónomo: fundamento y diferencias con el riesgo permitido

1. En ámbitos como los ya mencionados del tráfico viario o de la fabricación y comercialización de productos de consumo los límites están muy relacionados con el riesgo permitido, ya que se trata de ámbitos intensamente reglados por el ordenamiento jurídico²⁶. Ello ha provocado que un sector numeroso de la doctrina considere que el principio de confianza no es más que un supuesto especial o concreto de riesgo permitido que tendría el mismo fundamento que este instituto tradicional²⁷.

limitado al principio de confianza en el ámbito médico-quirúrgico que el concedido en este trabajo al mismo instituto.

S. T. S. de 29 de mayo de 1961 (Pte. Quintano): el deber de previsión no alcanza a comportamientos imprudentes ajenos.

Sobre la "previsibilidad objetiva", ver por todos, Feijóo Sánchez. *Homicidio y lesiones imprudentes: Requisitos y límites materiales*, Madrid, 1999, pp. 187 y ss.

24. Sobre el principio de confianza en el ámbito de la responsabilidad por el producto: Brinkmann, nota 23, p. 151 y passim, en la única monografía dedicada a esta cuestión; Cramer, Schöнке/Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., Munich, 1997, 15/223; Deutscher/Körner, *wistra* 96, p. 330; Kuhlen. *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, pp. 133 y ss.; Paredes Castañón. *El caso de la colza: Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, pp. 140 y s.
25. Peter, nota 23, pp. 119 y ss.; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, p. 387; Vogel. *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993, pp. 207 y ss.
26. P. Frisch. *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlín, 1973, p. 101.
27. Cancio Meliá. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Barcelona, 1998, p. 324; Corcoy Bidasolo. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, p. 171; ERB, JuS 94, p. 453; Herzberg. *Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung im Betrieb*, Berlín y otros, 1984, p. 171; Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die*

Sin embargo, el fundamento del principio de confianza no se encuentra en la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y en el carácter de *ultima ratio* del derecho penal²⁸. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de autorresponsabilidad²⁹. Por ejemplo, no hay que tener el mismo cuidado con un peatón menor de edad que con un peatón mayor de edad e imputable. O con un perro y una persona imputable. El fundamento de la impunidad está más relacionado con la idea de que en principio –salvo excepciones que se analizarán– nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero³⁰. Si a alguien que se

Zurechnungslehre, Berlín y Nueva York, 1991, 7/51; Kirschbaum. *Der Vertrauensschutz im deutschen Strassenverkehrsrecht*, Berlín, 1980, pp. 208 y ss., con respecto al principio de confianza en el ámbito del tráfico viario, aunque prefiere fundamentar el principio de confianza en el “reparto justo de riesgos” pp. 220 y ss., que según este autor precisa la idea del riesgo permitido; Krümpelmann, nota 23, p. 298; Niewenhuis. *Gefahr und Gefahrverwirklichung im Verkehrsstrafrecht*, Gelsenkirchen, 1984, p. 109; Reyes, nota 23, pp. 145 y s.; Romeo Casabona. *El médico y el derecho penal I: La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981, pp. 248 y s.; Roxin. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Munich, 1997, 24/22, 40; el mismo, *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, 1992, p. 99, considerando que es opinión absolutamente dominante en la doctrina alemana; Samson. SK, anexo a 16/21; Schmidhäuser. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Tübinga, 1975, 9/42; Schünemann. *JA* 75, p. 719; Umbreit, nota 23, pp. 114, 246; Wilhelm. *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, Stuttgart, 1984, pp. 59, 65, 128, aunque señala unas diferencias entre ambos institutos muy cercanas a la línea de este trabajo; la misma, *Jura* 85, p. 186.

28. Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 194 y ss.

29. Zugaldía Espinar. *RDCirc.* 81, p. 343: “El peligro al que se refiere –intentando prevenirlo– un deber de cuidado puede provenir tanto de un suceso natural como del comportamiento descuidado de otra persona. Si el peligro al que se refiere el deber de cuidado proviene de un suceso natural rige el principio según el cual todo riesgo debe ser evitado si es previsible y evitable y no está autorizado por un interés mayor. Pero cuando el peligro al que se refiere el deber de cuidado proviene, por el contrario, del comportamiento de otra persona, entonces rige el principio diametralmente opuesto. Esto es: el riesgo no es necesario que se tome en consideración –ni aun en el supuesto de que sea previsible– pues las personas son seres responsables y hay que confiar en que actuarán de forma respetuosa con el derecho”.

30. Con respecto al fundamento del principio de confianza desde esta perspectiva es básica la contribución de Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, pp. 389, 392 y s.; nota 23, PG, nº marg. 1155; nota 23, Schw. Str., 16/52.

Ver además, Jakobs. *ZStW* 89, pp. 13 y ss., 29 y ss. p. 18: “Sólo *prima facie* parece indiferente que se trate del porcentaje de errores de una máquina, por ejemplo, o de seres humanos. Que el porcentaje de errores de una máquina sea soportable, estos es, la modalidad de uso de esa máquina aun se encuentre dentro del riesgo permitido depende tan sólo del precio máximo de desgracia que puede pagarse a cambio de los beneficios a obtener. Por lo tanto, los defectos solamente pueden ser liquidados (es decir, ser considerados tolerables) a través de la compensación con los beneficios. Sin embargo, al tratarse del comportamiento defectuoso de seres humanos, además existe la posibilidad de resolución de imputar a aquél que ha defraudado la confianza. Por consiguiente, el principio de confianza es algo más que una magnitud estadística”. El propio Jakobs señala a pie de página como abandona su posición contraria expuesta anteriormente en *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín y Nueva York, 1972, pp. 88 y s., nota 170 y que “por supuesto, también el riesgo permitido, en lo que se refiere a la ponderación de consecuencias de la acción y libertad de acción, es más que una estadística”. Posteriormente, nota 27, 7/51 y ss. y *La imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, 1996, p. 105

comporta de forma cuidadosa se le imputa un hecho sólo porque otro se ha comportado de forma defectuosa no se le estaría reprochando un injusto propio, sino un hecho ajeno. Y tal modelo de imputación infringe, sin lugar a dudas, no sólo el principio de culpabilidad sino también ciertos principios generales de un Estado de derecho que lo sustentan y le otorgan un contenido material: los principios de autonomía y autorresponsabilidad.

En principio, pues, uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas ya que ello está garantizado por el derecho, a no ser que tenga ya evidencias de lo contrario. En sentido contrario, partir de una sociedad de la desconfianza en la que se presupusiera lo contrario –la disposición permanente a infringir las normas por parte de los otros ciudadanos– sería atentar contra la idea del derecho como orden vinculante en las relaciones sociales³¹. El principio de desconfianza conduce al contrasentido de que el derecho se desautorice a sí mismo como sistema regulador de conductas vinculante para todos los ciudadanos. Por ejemplo, en una sociedad en la que primara la desconfianza y el legislador sospechara siempre de las personas como infractoras de las normas, ni siquiera se podría aceptar una actividad como el tráfico rodado por suponer una oportunidad para que los ciudadanos se comporten de forma defectuosa y lesionen antijurídicamente bienes jurídicos.

Además, no cabe duda de que detrás del principio de confianza, al igual que sucede con el instituto del riesgo permitido, se encuentran razones prácticas a tener en cuenta:

(“cuando el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol de ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás”, añadiendo que el fundamento de este instituto se encuentra “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”). Sin embargo, cabe resaltar lo zigzagueante que resulta la opinión de Jakobs con respecto al fundamento del principio de confianza, habiendo cambiado de opinión casi cada vez que se ha ocupado de esta cuestión.

También Maiwald. *JuS* 84, p. 441, como una consecuencia del reconocimiento de ámbitos de responsabilidad y organización; Murmann, nota 4, p. 253, como una consecuencia del principio de autonomía personal que fundamenta su teoría de la acción y del injusto y de la delimitación de ámbitos de responsabilidad; Reyes, nota 23, p. 145: “El principio de confianza tiene su fundamento en el más genérico postulado de la autorresponsabilidad”; Schumann, nota 12, pp. 6 y ss.; Ulsenheimer. *Arztstrafrecht in der Praxis*, Heidelberg, 1988, pp. 92 y ss.; Wolff-Reske. *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung. Ein Beitrag zu den Grenzen der Beihilfesträufbarkeit*, Baden-Baden, 1995, p. 121.

Peter, nota 23, pp. 14 y ss., 135 combina la idea del riesgo permitido con el principio de autorresponsabilidad para fundamentar dogmáticamente el principio de confianza.

En contra de la posición de estos autores: Brinkmann, nota 23, pp. 131 y ss.; Kirschbaum, nota 27, pp. 208 y ss., basándose en el ámbito del tráfico viario; Kuhlen, nota 24, pp. 130 y ss., aunque reconoce que la idea de autorresponsabilidad también juega un papel con respecto a la ponderación de intereses que fundamenta el principio de confianza; Schröder. *LK*, 16/172; Wilhelm, nota 27, pp. 61 y s.

Arroyo Zapatero. *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, p. 177, nota 30, considera que el T. S. “parece inclinarse a fundamentar el principio no en el riesgo permitido sino en la idea de ‘responsabilidad por uno mismo’”.

31. Wehrle. *Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt-Regressverbot ?*, Basilea y Frankfurt a. M., 1986, pp. 56 y s.

se extienden las posibilidades de libertad de actuación, se favorecen ciertos contactos sociales de carácter anónimo, se favorecen actividades o prestaciones de valor general que de otra manera sería imposible desarrollar, etc.³². Si el que persigue una finalidad en un determinado ámbito social puede contar con que los otros van a comportarse de forma correcta, ello tiene como consecuencia que se pueda organizar la consecución del interés que se persigue (en beneficio propio o de terceros como en los casos de los médicos) de una forma más racional. Por tanto, el principio de confianza posibilita una organización más razonable de los contactos interpersonales. Si la figura del riesgo permitido está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como “sociedad del riesgo” y por ello cada vez ocupa un lugar más preeminente como objeto de discusión doctrinal, la figura del principio de confianza está estrechamente relacionada con la configuración de la sociedad como una sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones. Normalmente en el ámbito urbano sólo sabemos de los otros que son personas que tienen el deber de respetar las normas. Al mismo tiempo, sólo controlamos directamente ámbitos muy concretos, sobre todo en lo referente al ejercicio de una profesión o trabajo. El principio de confianza, pues, está estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad.

2. En el campo de la dogmática del delito imprudente este principio tiene una función muy concreta: delimitar el alcance de la norma de cuidado determinando los límites del deber de cuidado, atención o diligencia con respecto a la actuación de terceras personas.

3. Si se entiende el riesgo permitido como un instituto amplio que delimita las conductas irrelevantes para el derecho penal de las típicas evidentemente el principio de confianza es un supuesto especial³³. Pero dentro de esta idea general, es preciso distinguir los diversos fundamentos de la atipicidad de la conducta desde consideraciones normativas o valorativas. En unos casos la conducta es atípica teniendo en cuenta la permisión jurídico-social general de ciertas actividades peligrosas (instituto del riesgo permitido en sentido estricto), otras porque teniendo en cuenta el principio de autorresponsabilidad no se puede hacer responder a alguien de las conductas infractoras de terceras personas (principio de confianza) y otras porque con base en el mismo principio, nadie tiene un deber de cuidado mayor que el propio titular de los bienes jurídicos salvo que exista un deber de garante específico (instituto que se

32. Herzberg, nota 27, p. 171; Kuhlen, nota 24, p. 133; Maiwald. *JuS* 89, p. 188; Reyes, nota 23, pp. 142 y s., 170 y s.; Roxin, nota 27, *Política criminal*, p. 99; Schmidhäuser, nota 27, 9/42; Schröder. *LK*, 16/170, con más referencias; Wilhelm, nota 27, pp. 26 y s., 65 y s.

Jakobs, nota 30, p. 105: “En determinados ámbitos –pero sólo 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 en su propia tarea y de ahí que en la mayoría de las ocasiones pierda más respecto de la realización de la propia tarea de lo que obtiene a través del control de los demás. Pero ésta no es ni la única razón, ni siquiera la razón fundamental”.

33. En este sentido, por ejemplo, en tiempos recientes Brinkmann, nota 23, p. 113, con nota 15.

puede definir de muchas maneras: actuación a propio riesgo, competencia de la víctima, etc.). Por ello es preciso distinguir el fundamento de la atipicidad de la conducta con base en la idea de que el ordenamiento jurídico-penal debe tener en cuenta que el ordenamiento en general tolera ciertos riesgos o con base en la confianza permitida en otras personas de acuerdo con el principio de autorresponsabilidad. El alcance de los deberes en ambos supuestos no es el mismo. Ello es evidente si pensamos que en circunstancias equivalentes no hay que tener el mismo cuidado con una persona imputable (libre y responsable) que con un niño, un enajenado o un animal. El ganadero puede confiar en que sus pastores serán cuidadosos, pero no puede confiar de la misma manera en sus perros pastores o el agricultor en que sus jornaleros serán cuidadosos, pero no en que sus mulas no dañarán a nadie si no adopta las medidas pertinentes. En definitiva, como señala hoy en día la doctrina mayoritaria, sólo se puede imputar el resultado a la persona que ha creado (o no ha evitado como garante) un riesgo jurídico-penalmente desaprobado que se ha realizado o concretado en el resultado. Pero el riesgo puede no encontrarse jurídico-penalmente desaprobado por diversas razones: por ejemplo, porque era objetivamente imprevisible, porque estaba amparado por un riesgo tolerado por la sociedad, porque estaba cubierto por el principio de confianza o porque era un supuesto de competencia exclusiva de la víctima.

4. En consecuencia, el principio de confianza es un principio amplio que tiene su fundamento normativo en el principio de autorresponsabilidad y que no tiene el mismo fundamento que el instituto del riesgo permitido, entendido éste en sentido estricto y no como una forma de definir todos los institutos que limitan valorativamente la tipicidad de un comportamiento.

2. Alcance

1. El principio de confianza, entendido como instituto que sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas, tiene una especial relevancia práctica con respecto a dos fenómenos característicos de nuestras sociedades contemporáneas:

- La constante existencia de contactos anónimos, en el que las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que no conocemos (tráfico viario) e, incluso, con las que nunca llegamos a establecer un contacto sensitivo (comercialización de productos, donde el fabricante sólo contacta con los consumidores a través de su producto).

- Existen actividades o trabajos peligrosos con un permanente reparto de funciones en beneficio del desarrollo de la actividad (empresas³⁴, trabajos de construcción e

34. Cramer, nota 24, 15/223; Deutscher/Körner. *Wistra* 96, pp. 328 y ss.; Jorge Barreiro. *Omisión e imprudencia*, Cuadernos de Derecho judicial 1994, pp. 235 y s.; Lascrain Sánchez. *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 267 y ss.; el mismo, "Fundamento y

ingeniería³⁵, equipos médicos³⁶, distribución de productos de consumo³⁷, etc.). Como he señalado ya, el principio de confianza no sólo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos.

2. Los garantes o los que crean riesgos para los bienes de terceras personas están amparados por el principio de confianza no sólo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o cuidado, sino también cuando confían de forma aceptable (permitida) para el derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tienen por disposiciones legales³⁸. Ejemplos de la primera modalidad serían los siguientes: un conductor sigue las indicaciones de una persona a la hora de hacer una maniobra en la que carece de visibilidad o un padre le encomienda su hijo menor de edad a un monitor de tiempo libre o a una guardería. Es decir, alguien delega sus deberes como garante. Pero, como he dicho, de acuerdo con el principio de confianza el cirujano tampoco tiene que desconfiar de que se le rompa el bisturí o de que la sangre que se transfunde no haya sido debidamente cribada³⁹, el conductor de un automóvil tampoco tiene que

límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un derecho penal económico europeo*, Madrid, 1995, pp. 218 y ss.; Meier. *NJW* 92, pp. 3195, 3198; Pérez Céspedes. *La responsabilidad de los administradores de sociedades*, Barcelona, 1997, pp. 185, 314 y ss., 436, 444; Rudolphi. “Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Bediensteten von Betrieben für Gewässerverunreinigungen und ihre Begrenzung durch Einleitungsbescheid”, en *Lackner-FS*, Berlín y Nueva York, 1987, p. 868; Schmidt-salzer. *NJW* 88, passim; el mismo, *NJW* 90, pp. 2967 y ss.

35. Jorge Barreiro, nota 34, pp. 237 y s. Ver a título de ejemplo, la S. T. S. de 24 de febrero de 1964 (Pte. Quintano), donde se exculpa al arquitecto director, aunque no se haga mención del principio de confianza.

36. Cerezo Mir, nota 23, pp. 171 y s.; Fiandaca/Musco. *Diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Bolonia, 1995, p. 500; Jorge Barreiro. *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, pp. 113 y ss.; el mismo, nota 34, pp. 241 y ss.; Kamps. *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt*, Berlín, 1981, passim; Kirschbaum, nota 27, p. 222; Mantovani. *Diritto Penale*, 2ª ed., Padua, 1998, p. 335; Maurach/Gössel. *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 7ª ed., Heidelberg, 1989, 43/71, 76; Muñoz Conde. *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Valencia, 1996, p. 105; Peter, nota 23, passim; Reyes, nota 23, p. 154; Romeo Casabona. *El médico ante el derecho*, Madrid, 1985, pp. 75 y ss.; Roxin, nota 27, PG, 11/25; el mismo, nota 27, Política criminal, p. 101; Schick. “Die ärztliche Behandlungsfehler in strafrechtlicher Sicht”, en Schick, Peter (edit.), *Die Haftung des Arztes*, Graz, 1983, pp. 45 y ss.; Ulsenheimer, nota 30, pp. 90 y ss.; Umbreit, nota 23, passim; Wilhelm, nota 27, passim; la misma, *Jura* 85, passim; BGHSt, *NJW* 80, p. 650.

37. Brinkmann, nota 23, passim; Kuhlen, nota 24, pp. 135 y ss.; Paredes Castañón, nota 24, pp. 133 y ss.

38. Con respecto a la fabricación de ciertos productos, Deutscher/Körner. *Wistra* 96, p. 330; Kuhlen, nota 24, p. 14; Schmidt-salzer. *NJW* 88, pp. 1939 y s.

En general, Murmann, nota 4, p. 240, nota 35; Reyes, nota 23, pp. 154 y s.; Schumann, nota 12, pp. 23 y ss.

39. Sobre la responsabilidad por la utilización de sangre, órganos o semen infectados, Eberbach. *Rechtsprobleme der HTLV-III-Infektion (AIDS)*, Berlín y Heidelberg, 1986, pp. 46 y ss.

Un supuesto de estas características es el que un médico oculista utiliza una solución estéril para usos oftalmológicos infectada por la presencia de un bacilo es enjuiciado por la S. T. S. de 23 de junio de 1961 (Pte. López Ortiz). Se absuelve al médico que se comporta correctamente confiando en la idoneidad del producto para los fines a los que estaba dedicado.

desconfiar de que el sistema de frenado del coche nuevo que ha comprado se encuentre en malas condiciones, el participante de una carrera de coches no tiene que desconfiar de una organización defectuosa de la carrera que ponga en peligro a los espectadores o el fabricante de coches puede confiar en que los tornillos que le suministra otra industria prestigiosa han sido elaborados correctamente. Es decir, una persona, en el momento de configurar su conducta, puede partir, en principio, de que otros han cumplido sus deberes. Si se produce el resultado porque el bistorfú está mal construido, la sangre no ha sido cribada, el sistema de frenado del coche nuevo es defectuoso, la organización de una carrera no ha cumplido con sus deberes o alguien ha sido imprudente en la fabricación de tornillos no tendremos un injusto por parte del que causa el resultado directamente. Se tratará en muchos casos de un instrumento en manos de la persona que se ha comportado imprudentemente⁴⁰.

3. En conclusión, la extensión de contactos sociales de carácter anónimo y la división del trabajo han hecho que la problemática de la confianza y sus límites esté presente en todo momento en la vida social, tanto en su vertiente profesional como privada. El principio de confianza es un instituto que sirve para determinar los deberes de cuidado que tienen que ver con terceras personas operando como límite objetivo o normativo de la responsabilidad por imprudencia. Y expresado de forma gráfica, el principio de confianza opera en todas las “direcciones” afectando al deber de cuidado con respecto a comportamientos de terceros, tanto, si son anteriores como si son coetáneos o como si son posteriores.

Algunos autores⁴¹, de forma errónea a mi entender, han limitado el alcance del principio de confianza considerando que dicho principio sólo tiene virtualidad en aquellos ámbitos en los que el derecho de manera expresa o tácita ha asumido dicho límite a la imputación (principalmente en el tráfico viario). Esta idea está muy vinculada a la de aquellos autores que entienden que el principio de confianza no sería un instituto autónomo, sino sólo un caso especial de riesgo permitido. En este trabajo he intentado argumentar cómo el principio de confianza es un principio general, por lo que no sólo tiene eficacia normativa en determinados ámbitos o subsistemas sociales, sino que simplemente se manifiesta fenomenológicamente con mayor claridad en ámbitos como el tráfico viario o en supuestos de trabajo en equipo. Por ejemplo, los padres que dejan a su hijo menor de edad al cuidado de una niñera aparentemente competente y capa-

40. En profundidad, Schumann, nota 12, pp. 19 y ss. Sobre la autoría mediata en el ámbito del delito imprudente, Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 109 y ss., con especial referencia a estos supuestos en pp. 117 y s.

41. BURGSTALLER, (nota 23), p. 63 o Schmidhäuser, nota 27, 9/42. En contra de estos autores, entre otros, Reitmaier. *Die objektive Erfolgszurechnung im österreichischen Strafrecht*, Berlín, 1998, pp. 50 y s., de acuerdo con Stratenwerth; Schumann, nota 12, p. 20; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, p. 389; Umbreit, nota 23, p. 70; Wilhelm, nota 27, pp. 64 y ss., centrándose la argumentación de esta autora en la defensa de la aplicación del principio de confianza en el ámbito de la medicina. Sobre el principio de confianza en el ámbito del tráfico viario: Reyes, nota 23, pp. 151 y s.; Roxin, nota 27, PG, 24/21 y ss.; Schumann, nota 12, pp. 7 y ss.

citada mientras salen a cenar están amparados por el principio de confianza aunque no exista regulación alguna al respecto.

V. ESPECIAL REFERENCIA AL FENÓMENO DE LA DIVISIÓN DEL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

1. En los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa o de un equipo médico es tan importante el principio de confianza entre sujetos que trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de igualdad) como entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada donde uno recibe instrucciones de otra persona que se encuentra en un nivel superior y es controlada por ésta (relación de supra y subordinación). En el primer caso la doctrina se refiere a una división horizontal de funciones o del trabajo (por ejemplo, relación entre cirujano y anestesista⁴², entre médico y farmacéutico⁴³, entre médicos de distintas especialidades⁴⁴, entre piloto de avión y controlador, entre maquinista de ferrocarril y vigilante de paso a nivel o entre las diversas secciones de una empresa fabricante de productos de consumo) y en el segundo a una división vertical de funciones o del trabajo (por ejemplo, jefe de planta con sus empleados o jefe de un equipo médico con otros médicos y con profesionales de la enfermería, etc.)⁴⁵.

2. Los fenómenos de la división vertical y horizontal del trabajo son datos puramente fácticos que precisan una valoración jurídica desde el punto de vista de la existencia de deberes de cuidado con respecto a otras personas con las que se realiza una tarea común. Y en esa valoración jurídica juega un papel esencial el principio de confianza como límite de la imputación jurídico-penal. Pero se debe resaltar que cuando se hace referencia a una actuación en régimen de división de tareas sólo se describe un fenómeno que debe ser analizado de acuerdo con criterios normativos de imputación. Y cuando alguien tiene una competencia –este es un punto de partida esencial–⁴⁶ con otras personas con respecto a un riesgo o a la indemnidad de un bien el principio de

42. Jorge Barreiro, nota 36, pp. 117, 136; el mismo, nota 34, pp. 242 y s.; Kamps, nota 36, pp. 218 y ss.; Silva Sánchez. *Derecho y Salud* Nº 2, 1994, p. 57; Ulsenheimer, nota 30, pp. 95 y ss.; Wilhelm, nota 27, p. 4.

43. Kamps, nota 36, pp. 208 y ss.

44. Kamps, nota 36, pp. 212 y ss.

45. Jorge Barreiro, nota 36, pp. 116 y s.; el mismo, nota 34, pp. 242 y ss.; el mismo, “Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico”, en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, 1994, pp. 368 y ss.; Kamps, nota 36, pp. 217 y ss.; Paredes Castañón, nota 24, pp. 143 y ss., que distingue entre a) varios sujetos actuando conjuntamente con tareas funcionalmente diferenciadas (división del trabajo, especialización, complementariedad) y b) subordinación de todos los intervinientes a un plan inicial común y a una posterior dirección unificada (jerarquía); Peter, nota 23, pp. 19 y ss. y passim; Silva Sánchez. *Derecho y Salud* Nº 2, 1994, p. 66; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, passim; Ulsenheimer, nota 30, pp. 93 y ss.; Umbreit, nota 23, pp. 76 y ss., 246; Wilhelm, nota 27, pp. 3 y ss.; la misma, *Jura* 85, p. 184.

46. Sobre los diversos fundamentos de estas competencias, Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 37 y ss.

confianza es un principio básico para delimitar las responsabilidades penales individuales.

3. La división horizontal del trabajo, por ejemplo, facilita que cada especialista se pueda ocupar de su ámbito especializado sin perder energías controlando si la otra persona se comporta correctamente. El principio de confianza, como ya he dicho, posibilita algo socialmente positivo: una mayor efectividad, seguridad y calidad del trabajo realizado conjuntamente y una explotación racional del mismo⁴⁷. Al mismo tiempo, la enorme especialización que caracteriza nuestra sociedad en la actualidad tiene como consecuencia que cada uno sólo se pueda ocupar con garantías suficientes de un ámbito muy limitado⁴⁸.

4. También en los supuestos de división vertical del trabajo cumple un importante papel el principio de confianza. El que ocupa la posición superior puede confiar en principio en que sus instrucciones serán seguidas y el que ocupa una posición inferior en que las instrucciones recibidas son correctas⁴⁹. Pero el principio de confianza no tiene ya la misma eficacia en sentido “descendente” o en sentido “ascendente”. La vigencia del principio de confianza es mucho más evidente para el que recibe órdenes, sobre todo cuando existen grandes desniveles en cuanto a la preparación (por ejemplo, relaciones entre médico y enfermera, entre arquitecto y contratista⁵⁰ o entre aparejador y obrero de la construcción). En sentido inverso, cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior y, correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza⁵¹. No es lo mismo dar una instrucción a una enfermera con escasa experiencia que a un médico experimentado, aunque ambos ocupen una posición subordinada.

5. Estas consideraciones nos vinculan con una idea general: en los supuestos de división vertical del trabajo el principio de confianza tiene un alcance mucho más limitado para el “superior jerárquico” que en los supuestos de división horizontal en los que existe una relación de igualdad⁵². Por ello el deber de cuidado con otras personas

47. Jorge Barreiro, nota 36, p. 119; el mismo, nota 34, p. 242; Puppe. *NK*, antes de 13/150; Reyes, nota 23, pp. 152 y s.; Stratenwerth, nota 23, PG, nº marg. 1160; Umbreit, nota 23, pp. 116 y s., 198; Wilhelm, nota 27, pp. 26 y s., 65 y s., 96; la misma, *Jura* 85, p. 183.

48. Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, p. 388; Wilhelm, nota 27, pp. 26 y s., 65 y s., 92; la misma, *Jura* 85, p. 183.

49. Cerezo Mir. *ADP* 83, p. 484; Cramer, nota 24, 15/153; Deutscher/Körner. *Wistra* 96, p. 330; Herzberg, nota 27, pp. 172 y s.; Maurach. *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, p. 567; Maurach/Gössel, nota 36, 43/76; Reyes, nota 23, p. 154; Romeo Casabona, nota 27, p. 251; el mismo, nota 36, p. 76; Wilhelm, nota 27, p. 123.

50. S. T. S. de 28 de marzo de 1967 (Pte. Cid).

51. Cerezo Mir. *ADP* 83, p. 484; Kamps, nota 36, p. 224; Lascrain Sánchez, nota 34, Seguridad e higiene, p. 274; el mismo, nota 34, Deber de garantía del empresario, p. 222; Peter, nota 23, p. 27, nota 63; Romeo Casabona, nota 36, p. 76.

52. Jorge Barreiro, nota 34, p. 243: “En la división de trabajo horizontal el principio de confianza juega en toda su intensidad”; Peter, nota 23, pp. 27 y s., 30 y ss.; Ulsenheimer, nota 30, p. 108; Umbreit, nota 23, pp. 76 y ss.

depende de la posición que se ocupe en un colectivo y de los deberes de garantía que se derivan de dicha posición. Por ejemplo, la norma de cuidado exige que el que da las instrucciones vigile y controle la aplicación de las mismas o se asegure de que han sido bien entendidas cuando el no seguimiento estricto de las mismas puede encerrar peligros (tanto para terceras personas como para la propia persona que ejecuta las instrucciones)⁵³. En caso de una defectuosa actuación del subordinado se debe intervenir⁵⁴ (por ejemplo, paralizar la producción de un producto, la prestación del servicio o la actividad laboral). El alcance de dicha intervención depende de las circunstancias del caso concreto (no es lo mismo la coordinación de una gran empresa que de un pequeño taller). Evidentemente, toda indicación defectuosa, imprecisa o incompleta a un subordinado supone ya una infracción del deber de cuidado⁵⁵. Éste actúa como un “instrumento”. Por ello en algunas profesiones se intenta paliar esta posibilidad mediante una serie de medidas de seguridad que se entienden como adecuadas para evitar fallos en la comunicación (por ejemplo, en el ámbito médico llevar en orden el libro de visitas y la hoja del enfermo o dar las instrucciones de medicación o de tratamiento por escrito)⁵⁶. El jefe de un equipo médico, por ejemplo, tiene en sus manos las decisiones generales y finales por lo que ostenta la responsabilidad general y final⁵⁷. Ello es debido a su posición dentro del colectivo.

Sin embargo, ello no implica tratar a los subordinados como personas irresponsables. El que recibe las instrucciones debe asegurarse de que ha entendido bien dichas instrucciones o solicitar algún tipo de aclaración o instrucciones complementarias cuando le surge alguna duda con referencia a la corrección de lo que ha de hacer⁵⁸. Todas estas cuestiones están estrechamente relacionadas con los límites del principio de confianza. O lo que es lo mismo, ¿Hasta dónde opera el principio de confianza como límite de la responsabilidad penal? ¿Hasta dónde está permitido confiar?

53. Binding. *Die Normen und ihre Übertretung IV* (Die Fahrlässigkeit), Utrecht, 1965, p. 605; Kamps, nota 36, pp. 192 y ss.; Puppe. *NK*, antes de 13/152; Reyes, nota 23, p. 157; Schmidt-Salzer. *NJW* 88, p. 1941; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, p. 395, con abundantes ejemplos entresacados de la jurisprudencia alemana; Ulsenheimer, nota 30, p. 109; Umbreit, nota 23, pp. 86 y ss., 136 y ss., 247; Wilhelm, nota 27, p. 115; la misma, *Jura* 85, p. 187.

54. Arroyo Zapatero, nota 30, pp. 208 y ss.; Lascurain Sánchez, nota 34, Seguridad e higiene, p. 273; el mismo, nota 34, Deber de garantía del empresario, p. 221; Schmidt-Salzer, *NJW* 88, p. 1941; el mismo, *NJW* 90, p. 2968. Aquí se puede apreciar la tradicional estructura de imputación de un deber de actuación o deber de cuidado externo (en este caso intervención en la actuación del subordinado) que tiene como presupuesto un deber de control o vigilancia o deber de cuidado interno. Este deber de intervención es mucho más intenso que los deberes de prevención de conductas peligrosas de los subordinados, pero ello es debido a que los motivos que impulsan a actuar tienen un carácter especialmente crítico o excepcional.

55. Ver por ejemplo, S. T. S. de 15 del enero de 1986 (Pte. Latour).

56. Jorge Barreiro, nota 36, pp. 116, 165.

57. Ulsenheimer, nota 30, p. 108; Umbreit, nota 23, pp. 86 y ss.

58. Schumann, nota 12, pp. 30 y s.; Wilhelm. *Jura* 85, p. 187.

VI. LÍMITES AL PRINCIPIO DE CONFIANZA. LA CONFIANZA PERMITIDA

1. El principio de confianza, entendido como criterio que sirve para determinar el alcance del deber de cuidado con respecto a terceras personas, no tiene un alcance ilimitado o contrafáctico⁵⁹. No siempre y en toda situación es posible confiar. Por ello en la práctica resulta decisivo determinar hasta dónde resulta permitido confiar en el comportamiento correcto de terceras personas. Como ya he señalado, es evidente que el nivel de confianza permitido depende del ámbito social en el que se mueva una persona y la posición que ocupe dentro de ese ámbito social o la situación dentro de un orden jerárquico. Pero éste no es el único dato a tener en cuenta a la hora de determinar en un supuesto concreto el nivel de confianza permitida –que no incurre en descuido o temeridad–. Por ello en un trabajo sobre el principio de confianza no se puede prescindir de un desarrollo de los límites generales al principio de confianza⁶⁰.

1. ¿Sólo le está permitido confiar al que se comporta de forma cuidadosa?

1. Tradicionalmente se ha venido afirmando que el principio de confianza sólo ampara al que se comporta de forma cuidadosa⁶¹. Sin embargo, esta tradicional excepción al principio de confianza no es más que una tautología. El que se comporta de forma

59. A diferencia de lo que puede suceder con otras instituciones desarrolladas por la doctrina como la “prohibición de regreso” o la delimitación de ámbitos de competencia (de garantía). Sobre esta cuestión, Cancio Meliá, nota 27, p. 324; Feijóo Sánchez, nota 22, pp. 94 y s.

60. En la medida en la que el principio de confianza opera como criterio de determinación del deber de cuidado, también se puede tener en cuenta en casos de infracción de la misma para determinar la intensidad de la infracción y, por tanto, para determinar la pena en caso de que exista una infracción imprudente. Bien para calificar una imprudencia como grave o leve o para determinar la pena en el marco de alguno de esos supuestos –que se distinguen sólo por la intensidad de la infracción de la norma de cuidado–. Por ejemplo, no es tan grave confiar un tratamiento médico a alguien que dispone de la preparación técnica suficiente aunque le falte experiencia que en alguien que ya carece de dicha mínima preparación técnica. El exceso de confianza puede presentar diversos niveles de gravedad dependiendo del caso.

Esto es lo que suele suceder en los casos denominados de “concurencia de culpas”, aunque sea criticable la influencia automática que tiene la concurencia en materia de determinación de la pena. Como señalé anteriormente (*Homicidio y lesiones*, pp. 262 y ss.), la imprudencia de terceros afecta a la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. A dichas consideraciones me remito.

61. Bockelmann/Volk. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Munich, 1987, p. 162, en referencia a las sentencias *BGH* 12, p. 172 y *VRS* 36, pp. 116 y 181; Cerezo Mir. *ADP* 83, p. 483; el mismo, nota 23, p. 171; Cramer, nota 24, 15/215; Choclan Montalvo, nota 23, p. 116; Kirschbaum, nota 27, pp. 118 y ss., 136 y ss., 213, 218, 261; Krumme. *ZVerKS* 61, p. 2; Maiwald. *JuS* 84, p. 441; el mismo, *JuS* 89, p. 188; Romeo Casabona, nota 27, p. 249; el mismo, nota 36, p. 76; Schünemann. *JA* 75, p. 719; Stratenwerth, nota 23, Schw. Str., 16/53, en referencia a una abundante jurisprudencia suiza; Umbreit, nota 23, pp. 120 y ss.

En nuestra jurisprudencia, ver por todas SS. T. S. de 21 de noviembre de 1980 (Pte. Moyna) y 24 de abril de 1984 (Pte. Cotta).

Sobre esta excepción en la jurisprudencia alemana: Cramer, nota 24, 15/215; Kirschbaum, nota 27, pp. 118 y ss.; Krümpelmann, nota 23, pp. 291 y s., con abundantes referencias también de la literatura;

antijurídica ya no puede decir que se le está haciendo responder de un injusto ajeno⁶². Se trata de una persona que ya ha infringido la norma de conducta.

2. Como ya señaló Stratenwerth⁶³, el principio de confianza es un límite del deber de cuidado, pero ello no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otros. El principio de confianza determina el deber de cuidado, pero no dispensa de su cumplimiento. No se puede esperar sin motivos asumibles por el ordenamiento jurídico que otro evite las consecuencias de la propia infracción del deber, ya que cada uno es responsable de lo que hace⁶⁴. Si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero. Esa persona está realizando ya un comportamiento antijurídico con indiferencia de que concurra con una conducta defectuosa de otra persona. Por ejemplo, si el superior en un supuesto de trabajo en equipo no proporciona a sus subordinados los medios necesarios para realizar el trabajo de forma cuidadosa o no forma a sus subordinados para controlar ciertos riesgos ya está infringiendo su deber de cuidado, con independencia de que los subordinados incurran a su vez en una “imprudencia por asunción” o en una “asunción imprudente de actividad”. En definitiva, el que infringe la norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado.

3. A pesar de lo dicho hasta ahora, no se debe incurrir en la idea versarista de que se le puede imputar a una persona que actúa imprudentemente cualquier consecuencia que esté vinculada causalmente con su conducta imprudente⁶⁵. Puede ser que el

Niewenhuis, nota 27, p. 110; Puppe. *NK*, antes de 13/153; Roxin, nota 27, PG, 11/24; el mismo, nota 27, Política criminal, p. 100; Schumann, nota 12, p. 18; Wilhelm, nota 27, p. 57. En la austriaca: Burgstaller, nota 23, p. 62, con referencias a la literatura. Según Krümpelmann, nota 23, p. 298, esta teoría se sustenta en la antigua “teoría del premio” según la cual el que se comporta correctamente puede confiar en la misma lealtad por parte de los otros. En profundidad sobre esta “teoría del premio”: Brinkmann, nota 23, pp. 117 y ss., rechazándola como fundamento material del principio de confianza; Kirschbaum, nota 27, pp. 120 y ss., 261, que la utiliza posteriormente en su monografía para, por ejemplo, ser uno de los pocos autores que considera irrelevante la toma en consideración de conductas hipotéticas adecuadas a derecho a efectos de imputación del resultado (pp. 147, 261); Niewenhuis, nota 27, pp. 110 y ss.; Peter, nota 23, p. 34; Schröder. *LK*, 16/168, con más referencias.

En el mismo sentido parece entender también nuestro T. S. (23 de abril de 1992 –Pte. Bacigalupo–) este principio: “Un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben”.

En contra de esta limitación del principio de confianza, Jakobs, nota 27, 7/55; Niewenhuis, nota 27, pp. 112 y ss., 270, con el apoyo de una abundante jurisprudencia; Peter, nota 23, pp. 34 y ss., al menos en el marco de la división del trabajo en la actividad médico-quirúrgica.

62. S. T. S. de 4 de septiembre de 1991 (Pte. Mtnez.-Pereda).

63. Nota 23, PG, nº marg. 1161. Ver también Burgstaller, nota 23, p. 62; Peter, nota 23, p. 33; Schumann, nota 12, pp. 18 y s.

64. Niewenhuis, nota 27, pp. 117 y ss.; Roxin, nota 27, PG, 11/24; el mismo, nota 27, Política criminal, p. 100; Schumann, nota 12, p. 19; Umbreit, nota 23, pp. 120 y ss.

65. En el mismo sentido, Cramer, nota 24, 15/215; Niewenhuis, nota 27, pp. 126, 270; Peter, nota 23, pp. 36 y ss.; Roxin. “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten” en *Gallas-FS*, Berlín y Nueva York, 1973, pp. 257 y s.

resultado no esté relacionado con su infracción de la norma de conducta (de cuidado) sino que el resultado tal y como se ha producido en el caso concreto se deba sólo a la conducta defectuosa de un tercero. Cuando se entrecruzan diversas conductas imprudentes también hay que tener claro que no basta con que un resultado tenga una relación causal con una infracción del deber de cuidado. Hace falta algo más: esa específica relación normativa que siempre ha exigido la doctrina entre la conducta antijurídica y el resultado⁶⁶. Por el contrario, en la práctica jurisprudencial esta excepción al principio de confianza de que el que actúa incorrectamente no puede confiar en la conducta correcta de los demás acaba siendo una “puerta de atrás” por la que se cuelan ideas versaristas que permiten imputar un resultado sin determinar si dicho resultado es realmente una concreción del riesgo creado imprudentemente. Pero esta problemática ya no tiene que ver con la determinación del deber de cuidado, ya que la infracción del deber de cuidado ya existe, sino con la imputación del resultado a título de imprudencia (con la constatación de que el resultado se ha producido “por imprudencia” o que es efectivamente uno de los que la norma de cuidado pretendía evitar)⁶⁷. Sin embargo, este no es el lugar para profundizar en esta cuestión relativa a la “concurrency de culpas”⁶⁸.

Además, las consecuencias prácticas de esta excepción al principio de confianza serían insoportables. El primero que no se comportara de forma correcta quedaría a merced de terceros. Esto sería muy grave, por ejemplo, con respecto a los peatones que no se comportan de forma adecuada. Como dice la S. T. S. de 16 de mayo de 1974⁶⁹ “no puede otorgarse una especie de ‘derecho de vida o muerte’”. Nadie puede considerar que ya no tiene que cumplir con su deber de cuidado si otras personas a su vez son descuidadas siempre que esos descuidos pertenezcan todavía a su ámbito o posibilidades de organización (por ejemplo, el conductor de un automóvil es garante de los peatones con independencia del comportamiento de éstos salvo casos extremos –peatón que se sujeta a la parte posterior de un autobús en marcha y a pesar de los ruegos del conductor no se quiere bajar–).

Corcoy Bidasolo. “Imputación ‘objetiva’ en el delito imprudente”, *Cuadernos de Derecho judicial* 1994, p. 56, considera que “esta concepción del principio de confianza no sólo lo convierte en ineficaz, sino que es, una vez más, expresión del siempre denostado, pero siempre superviviente, *versari in re illicita*”.

66. Sobre los fundamentos dogmáticos de esta idea, Feijóo Sánchez, nota 1, pp. 111 y ss.

67. Burgstaller, nota 23, p. 62; Corcoy Bidasolo, nota 27, p. 330; Choclan Montalvo, nota 23, p. 116; Exner. “Fahrlässiges Zusammenwirken”, en *Frank-FG*, Tubinga, 1930, pp. 582 y s., hablando todavía de “interrupción de la relación de causalidad”; Lampe. *JR* 94, p. 81; Niewenhuis, nota 27, pp. 122 y ss., 126; Peter, nota 23, pp. 36 y ss.; Puppe. *Jura* 98, p. 23; Reyes, nota 23, p. 150; Schumann, nota 12, p. 19.

68. Ver Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 253 y ss.

69. Pte. Díaz Palos.

2. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero

1. Como ya he dicho, se puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas, a no ser que se disponga ya de evidencias de la existencia de un comportamiento contrario a derecho⁷⁰. De aquí se deriva la excepción general al principio de confianza cuando existen motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona. Por ejemplo, el cirujano sabe que todos los bisturíes anteriores de la misma partida le han fallado, la enfermera recibe una instrucción distinta a la habitual cuando el médico se encuentra en un evidente estado de embriaguez o el administrador de una empresa tiene conocimiento de una situación anormal o de crisis relacionada con una defectuosa actuación de sus subordinados. En este caso el deber de cuidado exige una compensación de la actividad imprudente del tercero. La compensación puede llegar a exigir en el caso concreto suspender la actividad.

Los motivos que obligan a configurar de forma distinta la propia actuación tienen que ser objetivos, sólidos y concluyentes, no bastando una intuición o un presagio.

70. Arroyo Zapatero, nota 30, p. 179; Bockelmann/Volk, nota 61, p. 162; Burgstaller, nota 23, pp. 60 y s., 64; Cerezo Mir. *ADP* 83, p. 482; Deutscher/Körner. *Wistra* 96, p. 330; P. Frisch, nota 26, pp. 101 y s.; Frisch, nota 21, p. 189; Gropp, nota 23, 12/39, en referencia a la sentencia BGHSt 4, p. 182; Jakobs, nota 27, 7/55 a; Jorge Barreiro, nota 36, p. 119; el mismo, (nota 34), p. 243; Köhler. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín y otras, 1997, p. 189; Kuhlen, nota 24, pp. 140 y ss.; Luzón Peña, nota 5, pp. 504 y s.; Maiwald, *JuS* 84, p. 441; Murmann, nota 4, p. 242; Niessen. *Die Berücksichtigung rechtmässigen Alternativverhaltens beim fahrlässig begangenen Erfolgsdelikt*, Münster, 1994, p. 87; Peter, nota 23, pp. 29 y ss.; Puppe. *NK*, antes de 13/150; la misma, *Jura* 98, p. 23; Rehberg. *Zur Lehre vom "erlaubten Risiko"*, Zurich, 1962, p. 225; Reyes, nota 23, p. 147; Romeo Casabona, nota 36, p. 76; Roxin, nota 27, *PG*, 24/21, 23; el mismo, "Die Lehre von der objektiven Zurechnung", en *Chengchi Law Review*, Vol. 50, Mayo 1994. Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium, p. 222; el mismo, nota 27, *Política criminal*, pp. 98 y ss.; Rudolphi. *SK*, antes de 1/72; Samson. *SK*, anexo a 16/21; Schumann, nota 12, pp. 12 y ss., 26, con abundantes referencias jurisprudenciales; Stratenwerth, nota 23, *Eb. Schmidt-FS*, p. 400; el mismo, nota 23, *PG*, n^o marg. 1157; el mismo, nota 23, *Schw. Str.*, 16/53; el mismo, "Zur Individualisierung des Sorgfaltsmasstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt", en *Jescheck-FS*, Berlín, 1985, p. 301; Umbreit, nota 23, pp. 150 y ss.; Welzel. *Das deutsche Strafrecht*, 11^a ed., 1969, p. 133; Wilhelm, nota 27, p. 91; la misma, *Jura* 85, p. 186; Wolff-Reske, nota 30, p. 120; Zielinski. *AK*, 15,16/102.

Zugaldia Espinar. *RDCirc.* 81, p. 343, exige que el peligro ya haya surgido como consecuencia del comportamiento descuidado ajeno.

Cabe señalar que prácticamente todo autor que define el principio de confianza introduce esta excepción en la definición.

En el ámbito del tráfico viario, el T. S. hace referencia al principio de seguridad (ver por todas, *SS. T. S.* de 24 de enero de 1969 -Pte. Escudero-; 29 de diciembre de 1972 -Pte. Díaz Palos-; 22 de enero de 1973 -Pte. Sáez-).

En las relaciones entre cirujano y anestésista, ver entre otras, *S. T. S.* de 11 de octubre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño).

Ver a título de ejemplo, la *S. T. S.* de 10 de marzo de 1969 (Pte. Pera), en la que aunque no se acude al principio de confianza, se hace referencia a que la preferencia de paso decae cuando ya se conoce la existencia de otro automóvil en un cruce.

Tiene que evidenciarse la conducta antijurídica como actual o inminente con base en los datos que percibe el sujeto en la situación concreta.

Por otro lado, se insiste en que sean concretos porque los motivos estadísticos no bastan como excepción al principio de desconfianza. La mera frecuencia de una conducta incorrecta, un conocimiento estadístico o saber que en esos casos los otros suelen comportarse de manera incorrecta no suponen motivos suficientes para desvirtuar el principio de confianza⁷¹. Debe existir objetivamente un indicio concreto, no bastando indicios abstractos⁷². De lo contrario, el principio de confianza se vería absolutamente desvirtuado y acabaría perdiendo su razón de ser⁷³. Tiene que tratarse de datos relacionados con la situación concreta. Así, por ejemplo, aunque la experiencia nos diga que los conductores de ciertos modelos de automóviles suelen ser irrespetuosos con las normas que regulan la circulación o que los conductores de coches rojos son los que menos respetan las reglas de circulación, ello no es suficiente para desvirtuar el principio de confianza mientras en la situación concreta ese conductor concreto no evidencie una infracción de la norma de conducta (de cuidado). Por citar otro ejemplo de mayor complejidad, si un vendedor de ruedas avisa al fabricante de que una partida de ruedas es defectuosa, puede confiar en que las nuevas ruedas que le suministren se encuentran en buen estado mientras no tenga ningún motivo objetivo concreto para sospechar lo contrario⁷⁴. El vendedor no tiene deberes de control con respecto a la calidad de las ruedas. Sólo si de nuevo los defectos se hacen ostensibles el vendedor infringirá su deber de cuidado si vende las ruedas sin informar al consumidor de los defectos que ha descubierto de nuevo. De acuerdo con estas ideas, pues, cabe resaltar que el principio de confianza sólo se puede ver desvirtuado por acciones determinadas y concretas de una persona, no por acciones estadísticas o típicamente peligrosas (adelantamientos, maniobras en rotondas, etc.).

2. Al mismo tiempo, hay que señalar que se puede confiar mientras no se evidencie que el que ha infringido la norma no puede o no quiere evitar definitivamente la lesión. Mientras el infractor de la norma tenga la posibilidad de evitar la lesión se

71. Burgstaller, nota 23, p. 61; Cerezo Mir, nota 23, p. 171, nota 53; Donatsch. *Sorgfaltsbemessung und Erfolg beim Fahrlässigkeitsdelikt*, Zurich, 1987, p. 193; Maiwald. *JuS* 89, pp. 188 y s.; Schumann, nota 12, p. 16; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, pp. 392 y s.; el mismo, nota 23, PG, n° marg. 1157.

En sentido contrario, Jakobs, nota 27, 7/55; Samson. *SK*, anexo a 16/21, con referencias jurisprudenciales.

72. P. Frisch, nota 26, pp. 102 y s.; Kuhlen, nota 24, pp. 144 y ss.; Schmoller. "Fremdes Fehlverhalten im Kausalverlauf. Zugleich ein Beitrag zur fahrlässigen Beteiligung", en *Triffterer-FS*, Viena y Nueva York, 1996, p. 224; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, pp. 397 y ss.

Por ejemplo, el cirujano debe darse cuenta de que en ese momento el anestesista asiste a dos pacientes: S. T. S. de 11 de octubre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño). Sobre este tipo de supuestos, Jorge Barreiro, nota 36, pp. 138 y s. y (nota 34), pp. 244 y ss., con más referencias jurisprudenciales.

73. Schumann, nota 12, p. 16.

74. Kuhlen, nota 24, pp. 135 y ss.; Scholl. *NJW* 81, p. 2737 y passim.

puede confiar en que configurará de forma correcta su conducta. El infractor tiene la competencia preferente para resolver la situación conflictiva, peligrosa o de necesidad⁷⁵. Por ejemplo, si en una carretera local un conductor que conduce correctamente ve acercarse de frente pero todavía lejos un coche por su carril puede confiar en que dicho coche se apartará al lado izquierdo en cuanto lo divise. En estos supuestos es posible confiar sólo hasta el momento en que se evidencia que si la persona que se comporta correctamente no evita la lesión, la otra persona no la va a intentar evitar o no la va a poder evitar.

3. Con respecto a la importancia de configurar correctamente este límite del principio de confianza y de la relevancia de los requisitos expuestos resulta interesante hacer una mención ejemplificativa de las cuestiones relativas a la concesión de permisos de salida por parte de funcionarios penitenciarios o jueces de vigilancia penitenciaria que pueden facilitar un quebrantamiento de condena o la comisión de futuros hechos delictivos⁷⁶. Nadie puede negar que la concesión de un permiso a un delincuente que cumple condena puede provocar una lesión a bienes jurídicos de forma “objetivamente previsible”⁷⁷. Si bastara una previsibilidad general para desvirtuar el principio de confianza serían muy pocos los casos en que se podrían conceder beneficios penitenciarios. Sin embargo, el funcionario o el juez no infringe ninguna norma de conducta si se atiene a la regulación existente para este tipo de permisos y no tiene a su alcance ningún motivo objetivo concreto para no conceder el permiso de acuerdo sobre todo con los datos disponibles sobre el recluso. En estos casos el ordenamiento ha decidido correr el riesgo de que un recluso realice hechos delictivos durante la ejecución de la pena privativa de libertad en beneficio de consideraciones preventivo-especiales que tienen la finalidad de evitar hechos delictivos de ese mismo recluso después de haber cumplido la pena privativa de libertad o de preparar su vida en libertad. Recordemos que el artículo 1º de la LGP y el artículo 2º del reglamento penitenciario establecen que las instituciones penitenciarias “tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad” y “la retención y custodia de detenidos, presos y penados”. En estos casos la función de retención y custodia cede ante las ventajas para la reeducación y reinserción social de los que cumplen penas privativas de libertad⁷⁸. Si el funcionario o el juez se adecua a las pautas de conducta recogidas en

75. Jakobs, nota 27, 7/55 a, con más referencias.

76. Sobre esta cuestión: Feijóo Sánchez, nota 22, p. 88, con más referencias; Freund, nota 21, pp. 256 y ss.; Kusch. *NSZ* 85, passim; Rössner. *JZ* 84, pp. 1065 y ss., en especial p. 1071; Schaffstein. “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteter für den Missbrauch von Vollzugslockerungen”, en *Lackner-FS*, Berlín y Nueva York, 1987, pp. 795 y ss.; Wolff-Reske, nota 30, pp. 167 y ss., con más referencias.

77. Frisch. *ZStW* 102, pp. 709 y s., refiriéndose a estadísticas existentes en Alemania; Schaffstein, nota 76, p. 801.

78. La S. T. S. de 10 de junio de 1985 (Pte. Vivas) lleva a cabo las siguientes reflexiones sobre los permisos penitenciarios: “La legislación penitenciaria propende loablemente a la única meta de lograr la corrección, la reforma y la reinserción social del delincuente, pero olvida, si se trata de individuo

el ordenamiento jurídico (arts. 47 LGP y 154 ss. del reglamento penitenciario) no puede estar infringiendo su deber de cuidado mientras no tenga motivos objetivos para sospechar que un determinado delincuente que va a recibir un determinado beneficio penitenciario tiene una propensión a delinquir⁷⁹. Hay que recordar, sin embargo, que la mera infracción de una norma jurídica no supone que la salida del recluso del centro penitenciario suponga ya una infracción de una norma penalmente relevante, aunque sea ya un injusto extrapenal al igual que estamos viendo que el respeto a la norma extrapenal no sirve en caso de que se conozcan circunstancias excepcionales. La norma penitenciaria tiene una función indiciaria desde el punto de vista del derecho penal⁸⁰. Por ejemplo, si se le concede a un condenado un día más de salida en un año que lo preceptivo, ese día de diferencia puede carecer de relevancia a efectos de imputación del delito cometido por el recluso en libertad. Además, las normas jurídicas penitenciarias que regulan este ámbito tienen un carácter genérico, lo que hace depender la corrección de una actuación de las circunstancias del caso concreto.

3. El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables

1. El principio de confianza es válido frente a personas imputables (incluyendo los semiimputables), pero no frente a inimputables⁸¹. En este caso ya no existe la expectativa garantizada jurídicamente de que los inimputables van a respetar las normas de conducta. Este límite consustancial al fundamento del principio de confianza tiene amplia aceptación en el ámbito del tráfico viario⁸². Pero también se debe tener

sumamente peligroso, que es también muy importante inocularlo, teniéndolo a buen recaudo, tutelar y proteger a la sociedad y a sus miembros honestos". Ver para una perspectiva constitucional del problema la STC 81/97, de 22 de abril, que contiene una exhaustiva referencia a la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Frisch. *ZStW* 102, pp. 748 y ss.; Wolff-Reske, nota 30, pp. 169 y s., con más referencias.

79. El propio artículo 156 del reglamento penitenciario que trata sobre el informe del equipo técnico establece que "el informe preceptivo del equipo técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno".

80. Kusch. *NSiZ* 85, p. 392; Schaffstein, nota 76, pp. 806 y s.

81. Schumann, nota 12, pp. 13 y s.

En el ámbito del tráfico rodado, el T. S. se refiere al principio de defensa que excepciona el principio de confianza (entre otras, SS. T. S. de 24 de enero de 1969 –Pte. Escudero–; 14 de diciembre de 1970 –Pte. Díaz Palos–; 22 de enero de 1973 –Pte. Sáez–; 29 de enero de 1973 –Pte. Hijas–; 5 de febrero de 1973 –Pte. Díaz Palos–; 28 de noviembre de 1974 –Pte. Díaz Palos–; 26 de abril de 1977 –Pte. Castro–; 17 de mayo de 1977 –Pte. Díaz Palos–; 6 de febrero de 1978 –Pte. Gil–; 17 de abril de 1978 –Pte. Díaz Palos–; 29 de mayo de 1978 –Pte. Gil–; 15 de octubre de 1979 –Pte. Gil–; 8 de junio de 1985 –Pte. Gil–; 27 de diciembre de 1986 –Pte. Gil–, aunque en alguna de estas sentencias no se haga mención expresa de dicho principio). Ver también la S. T. S. de 7 de diciembre de 1940.

82. En profundidad, sobre la problemática de los niños con respecto al tráfico viario, Corcoy Bidasolo, nota 27, p. 355; Kirschbaum, nota 27, pp. 239 y ss., con un extenso tratamiento de las soluciones de la jurisprudencia alemana.

en cuenta con respecto a otro tipo de actividades peligrosas como la fabricación de productos (juguetes) o la prestación de servicios (lugares de recreo: parques de atracciones o parques acuáticos) para bebés o niños pequeños⁸³. El principio de confianza sólo es válido frente a personas libres y responsables.

Ello no significa que las posiciones de garantía carezcan de límites con respecto a inimputables y siempre que se atropella a un niño o un bebé se lesiona con un producto infantil haya que afirmar la existencia de un injusto. Pero con respecto a inimputables ya no opera el principio de confianza como límite sino sólo el instituto del riesgo permitido. Los inimputables tienen el carácter jurídico de procesos naturales⁸⁴, por lo tanto no se debe operar con los patrones propios del cuidado con personas responsables sino del cuidado con riesgos naturales. El deber de cuidado normalmente se ve ampliado en beneficio del menor o del inimputable o para otorgarle una mayor protección. De acuerdo con esta idea las reglas generales de cuidado que regulan, por ejemplo, el tráfico viario o la fabricación de ciertos productos establecen los límites del deber de cuidado para situaciones estándar en las que el que realiza algo peligroso no tiene conocimiento de unos mayores factores de riesgo que los contemplados por las reglas generales de cuidado (por ejemplo, salida de una escuela, la presencia de una pelota en la carretera, etc.). Naturalmente, el deber de cuidado exigido en las situaciones no-estándar depende de los factores de riesgo que se conozcan (por ejemplo, el conductor que pasa por delante de un colegio a la hora de la salida sólo tendrá que mantener una velocidad adecuada y prestar una mayor atención, mientras el que ve pasar de repente una pelota por delante de su coche en una calle estrecha con coches aparcados que dificultan su visibilidad deberá prácticamente detener su marcha o, por citar otro ejemplo, las medidas de cuidado en una determinada situación dependen de la edad que aparente un menor)⁸⁵. El cumplimiento de las reglas generales de conducta en situaciones en las que no se tienen datos que indiquen una mayor peligrosidad de la habitual en ese tipo de situaciones acarrea un “riesgo residual” para inimputables, pero se trata de un riesgo asumido por el ordenamiento jurídico. En unas ocasiones en interés del menor y de su desarrollo y, en otras, en beneficio del normal desarrollo de la actividad. Por ello las reglas generales de cuidado son válidas mientras no se tenga evidencia de lo contrario en una situación concreta por su carácter excepcional. Esto es evidente con respecto a lo que he denominado en otro trabajo

83. Kuhlen, nota 24, p. 140.

84. Feijóo Sánchez, nota 1, pp. 29 y ss.

85. Sobre esta cuestión, Kirschbaum, nota 27, pp. 244 y ss, con más referencias.

Por ello es evidente la afirmación de Corcoy Bidasolo, nota 27, p. 355 de que “la ampliación del ámbito de responsabilidad penal del autor, debería de limitarse en el sentido de que ésto sólo fuera posible cuando éste pudiese, *ex ante*, advertir la configuración de la víctima y, con ello, su posible actuación ‘imprevisible’ y no aplicar el principio de defensa cuando el autor no pudo conocer la ‘clase de víctima’, a la que afectaba su conducta”. Se trata de un principio general de la imputación jurídica penal (*ultra posse nemo obligatur*). En estos casos se dan los requisitos del tipo objetivo, pero no existe una infracción del deber de cuidado si ha habido un comportamiento diligente cubierto por el riesgo permitido.

—en consonancia con un sector de la doctrina alemana— “riesgos ubicuos”⁸⁶. Por ejemplo, quien tiene un hijo de ocho años no tiene el deber de cerrar con un candado el cajón de los cubiertos.

2. Un tratamiento similar se merecen aquellas personas imputables que en una situación concreta evidencian una incapacidad para protegerse o para prestar una diligencia mínima⁸⁷. Se trata de personas incapacitadas sectorialmente. Es evidente que no tiene la misma influencia sobre los deberes de cuidado en una situación concreta que el conductor de un coche vea en la calzada a una persona que en principio puede prestar unas capacidades estándar para sortear peligros habituales o que vea una persona muy anciana⁸⁸, un minusválido —un ciego, por ejemplo— o cualquier otra persona con una deficiencia temporal —persona evidentemente embriagada o drogada, por ejemplo—. O, por ejemplo, el médico no puede delegar la administración de un tratamiento o de una medicina a la madre de un niño o al propio paciente si aprecia su incapacidad para desempeñar bien esa misión⁸⁹. O debe tener cuidado con las instrucciones a la enfermera si sabe que ésta tiene problemas auditivos.

3. El conocimiento, pues, delimita los deberes de cuidado y el nivel de confianza permitido en una determinada situación, siempre y cuando, claro está, la infracción del deber no consista ya en no conocer esa situación de mayor peligro por no prestar la atención mínima debida en ese tipo de actividades (por ejemplo, no se selecciona debidamente a los colaboradores en una actividad peligrosa o el conductor no va atento a las vicisitudes del tráfico —deber interno de cuidado—⁹⁰). El que entra en contacto con personas que por su incapacitación o por una incapacitación ajena pueden resultar lesionadas o se encuentran en una situación más peligrosa de lo normal (aunque sea sólo en ese momento o en ese sector) ya no tiene que configurar su propia conducta de acuerdo con las reglas generales de cuidado, sino buscando la exclusión de toda

86. Sobre estos “riesgos ubicuos”, Feijóo Sánchez, nota 23, p. 201.

87. Sobre la situación en Alemania: Frisch, nota 21, p. 190, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales; Krümpelmann, nota 23, *passim*, en especial pp. 301 y ss.; Puppe, *NK*, antes de 13/152; Schumann, nota 12, p. 15. En Austria: Burgstaller, nota 23, p. 60.

El T. S. también excepciona en estos casos el principio de confianza mediante el principio de defensa (SS. T. S. de 14 de diciembre de 1970 —Pte. Díaz Palos—; 22 de enero de 1973 —Pte. Sáez—; 29 de enero de 1973 —Pte. Hijas—; 5 de febrero de 1973 —Pte. Díaz Palos—; 28 de noviembre de 1974 —Pte. Díaz Palos—; 17 de mayo de 1977 —Pte. Díaz Palos—; 6 de febrero de 1978 —Pte. Gil—; 17 de abril de 1978 —Pte. Díaz Palos—; 29 de mayo de 1978 —Pte. Gil—; 8 de junio de 1985 —Pte. Gil—; 27 de diciembre de 1986 —Pte. Gil—).

Un estudio dogmático sobre esta cuestión en Frisch, nota 21, p. 188.

88. En profundidad, sobre la problemática de los peatones ancianos en el ámbito del tráfico viario, Kirschbaum, nota 27, pp. 254 y ss., con más referencias.

89. Kamps, nota 36, pp. 171 y ss., 189 y ss.

Blanco Cordero. *AP* 97, p. 580, recoge un ilustrativo ejemplo de la jurisprudencia civil alemana: un médico prescribe a una joven de 15 años un tratamiento con arsénico. A los dos meses la joven tiene que ser atendida médicamente a causa de un envenenamiento por arsénico.

90. Ver por todos, Feijóo Sánchez, nota 23, p. 206.

probabilidad de lesión⁹¹. En ciertos casos, incluso, la única medida de cuidado posible es suspender temporalmente la actividad peligrosa. Esto hace que, por ejemplo, el deber de cuidado con personas ancianas en el ámbito del tráfico rodado no dependa de la edad del peatón (por ejemplo, mayor cuidado con personas mayores de 65 años o personas que aparenten dicha edad), sino de la incapacidad o dificultades psicomotrices que demuestren de antemano. Con respecto a un peatón mayor de 70 años en buenas condiciones físicas y psíquicas no son precisas medidas de cuidado distintas que con respecto al peatón-estándar.

4. Tiene gran importancia esta excepción en el ámbito de las relaciones profesionales⁹². Si una persona al menos duda o debería haber tenido constancia si hubiera cumplido con sus deberes de control y vigilancia (selección, organización, instrucción, etc.) de que el otro profesional que trabaja con él, la persona en la que delega o sus subordinados carecen de la cualificación o preparación mínimas que exige su posición social o profesión, debe adoptar medidas adicionales que lleguen a suspender el trabajo en equipo o la delegación de funciones⁹³. Sólo se puede delegar en quien está capacitado para cumplir correctamente dicha delegación. De lo contrario, ya no cabe confiar⁹⁴.

91. Frisch, nota 21, p. 188.

92. Arroyo Zapatero, nota 30, pp. 178 y s.; Jorge Barreiro, nota 36, pp. 119, 154 y ss.; el mismo, nota 34, pp. 248 y s.; el mismo, nota 45, p. 381; Peter, nota 23, pp. 85 y ss.; Romeo Casabona, nota 27, p. 250; el mismo, nota 36, p. 76; Schmidt-salzer. *NJW* 88, p. 1941; Umbreit, nota 23, pp. 152 y ss.; Wilhelm, nota 27, pp. 86 y ss., 88 y ss., 93, 97.

93. Romeo Casabona, nota 36, p. 76; Silva Sánchez. *Derecho y Salud* N° 2, 1994, p. 58, en referencia a la relación existente entre los médicos anestelistas y los cirujanos; Stratenwerth, nota 23, Eb. Schmidt-FS, pp. 393 y ss.; Wilhelm, nota 27, p. 9, indicando cómo el personal de enfermería no puede realizar actividades que precisan una preparación médica.

94. Muñoz Conde, nota 36, p. 105; Umbreit, nota 23, pp. 152 y ss., 247 y s.; Wilhelm, nota 27, p. 93; la misma, *Jura* 85, p. 187.

Sobre la problemática tradicional de la culpa *in eligendo*, que no puede ser desarrollada en este trabajo: Arroyo Zapatero, nota 30, pp. 143 y s., 171; v. Bar. *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, T. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlín, 1907, pp. 231 y s.; Binding, nota 53, pp. 605 y s.; el mismo, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, p. 157; Bockelmann. *Strafrecht des Arztes*, Stuttgart, 1968, p. 89; Gallas. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten unter besonderer Berücksichtigung des "verantwortlichen Bauleiters"*, Heidelberg, 1963, p. 34; Jorge Barreiro, nota 36, p. 162; Kamps, nota 36, pp. 170 y ss.; Lascrain Sánchez, nota 34, Seguridad e higiene, p. 272; el mismo, nota 34, Deber de garantía del empresario, p. 221; Maurach, nota 49, p. 562; REYES, nota 23, p. 156; Rudolphi, nota 34, p. 875; Schmidt-salzer. *NJW* 88, p. 1941; Wilhelm, nota 27, pp. 112 y ss.; la misma, *Jura* 85, p. 187.

En la Jurisprudencia: SS. T. S. de 30 enero de 1967 (Pte. Espinosa); 10 de noviembre de 1978 (Pte. Hijas): afirma la existencia de una conducta imprudente "en cuanto que el condenado contrata para su clínica una mujer que dijo ser enfermera, sin tratar de constatar tal condición, esto es, si reunía los requisitos precisos, según la legislación vigente para el ejercicio de la profesión, primera negligencia grave sólo a él imputable. Tampoco comprobó la pericia de la supuesta enfermera, dando por bueno que lo era y que tenía aptitud, segunda negligencia también grave; pero además, sin tomarle siquiera los datos de identidad, ni registrar entre los libros, ficheros o registro del hospital, quién fuera la persona contratada. Por tanto se contrató a una desconocida, no identificada, y sin constancia alguna de su personalidad; se la dio por bueno que era enfermera sin comprobar que lo fuera y luego resultó no serlo; y no se comprobó su capacidad profesional, a falta de la titulación correspondiente. Con

Como ha señalado Jorge Barreiro⁹⁵, “se puede aceptar, de acuerdo con un importante sector de la doctrina penal, la regla general de que las exigencias del deber de vigilancia serán tanto mayores cuanto menor sea la cualificación del personal auxiliar”. Incluso, en casos extremos, como señala también este autor, ni siquiera será suficiente intensificar el deber de vigilancia. Como principio general, pues, no se pueden delegar funciones sin ningún tipo de control previo en aquellas personas que no han demostrado estar capacitadas para cumplirlas⁹⁶. Así como tampoco se pueden delegar funciones en personas que carecen de capacitación para desempeñar dichas funciones. En ciertos casos el deber de cuidado exige precisamente verificar los conocimientos o capacidades

estos datos la actividad desarrollada por la supuesta enfermera, necesitaba tomar precauciones excepcionales, un control de su destreza a los fines de la contratación sanitaria que supiera aquella cadena de omisión de vulgares precauciones, asequibles a cualquier persona, y exigibles desde luego, legalmente a un director de clínica, concluyendo con acierto la sentencia de instancia que fue la del director una actuación absolutamente irresponsable”.

Esta modalidad de imprudencia siempre se puede dar en supuestos de delegaciones totales o parciales (las que aquí interesan) de posiciones de garantía. No hay que olvidar que la división vertical del trabajo cobra interés para el derecho penal como dato cuando consiste en delegaciones parciales de funciones de protección o de control de riesgos. Aunque la persona a la que se le han dado instrucciones, ha asumido funciones, se ha elegido para desarrollar una función, etc. incurra en una imprudencia por asunción, ello no exime de responsabilidad a la persona que le ha dado las instrucciones, ha delegado funciones, ha elegido a esa persona incapacitada, etc.

En la actualidad la práctica demuestra que muchas veces en los supuestos de división vertical del trabajo los colaboradores o subordinados no son elegidos por el que da las instrucciones, sino por un sistema de oposiciones o por un departamento de contratación. Así, por ejemplo, la S. T. S. de 16 de enero de 1961 (Pte. García Gómez) niega la posibilidad de una culpa *in eligendo* “porque tratándose de un establecimiento benéfico público, los nombramientos de esos ayudantes y auxiliares no son de la libre designación del médico director de una de sus dependencias, sino que han de proveerse los cargos conforme a las normas legales por que se rijan la institución, previa declaración de competencia y aptitud exigidas para cada caso” y la de 26 de octubre de 1983 (Pte. Gil) por “tratarse de un hospital provincial público en que los nombramientos de personal sanitario (médicos, ayudantes o auxiliares) no eran de su designación, sino provistos conforme a las normas legales o reglamentarias establecidas para el correcto funcionamiento de aquél”. En casos como estos no desaparece toda posibilidad de imputación, sino que el que da instrucciones, debe asegurarse en un principio de que la persona que las recibe se encuentra capacitada para desempeñar un determinado tipo de funciones que entrañan o pueden entrañar peligros. Como señalan Jorge Barreiro, nota 36, p. 162, con más referencias, Kamps, nota 36, p. 200 y Wilhelm, nota 27, p. 97, no basta con que la persona auxiliar haya demostrado una excelente preparación teórica teniendo en cuenta su expediente académico o su cualificación oficial, sino que es preciso constatar su capacitación práctica y su preparación real contrastada para manejarse en situaciones peligrosas o en las tareas que han de ser encomendadas. A estas observaciones ha añadido Jorge Barreiro, nota 36, p. 162, las siguientes en relación con el ámbito médico-quirúrgico: “Mediante el cumplimiento de ese deber de vigilancia e instrucción se podrá paliar la posible falta de cualificación del auxiliar sanitario incorrectamente seleccionado”.

95. Nota 36, p. 163. En un sentido similar, Cerezo Mir, nota 23, p. 172: Cuanto menores sean la preparación real y la experiencia de sus colaboradores mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza”; Umbreit, nota 23, p. 161.

96. Por ejemplo, Jorge Barreiro, nota 36, p. 163, señala como “la exigencia del deber de vigilancia e instrucción será especialmente reclamada cuando se trata de la incorporación de una nueva enfermera, y sólo una vez que el jefe del equipo se haya cerciorado de la fiabilidad de aquélla podrá flexibilizarse el deber de diligencia mencionado”.

Esta idea parece derivarse del considerando final de la S. T. S. de 15 de enero de 1986 (Pte. Latour).

de los colaboradores antes de encomendarles o delegar en ellos tareas que pueden resultar peligrosas para bienes jurídicos de terceras personas. En este sentido, por ejemplo, la S. T. S. de 31 de mayo de 1982⁹⁷ fundamenta la imprudencia de un médico, entre otras razones, en que “confió ciegamente, y de modo excesivo, en los miembros de A. T. S. que debían observar y vigilar al traumatizado, sin tener en cuenta que, la formación científica de dichos auxiliares, con ser estimable, no permite descargar sobre ellos toda la responsabilidad técnica de un caso de suma gravedad”.

5. Cabe señalar también que pueden concurrir en una determinada situación incapacidades puntuales que hagan que ya no se pueda confiar. Pueden concurrir circunstancias especiales puntuales que excepcionen el efecto limitativo de la responsabilidad que en general presenta el principio de confianza⁹⁸. Por ejemplo, el médico se da cuenta de que la enfermera –normalmente competente– a la que le va a dar una instrucción muestra síntomas de agotamiento o se encuentra saturada de trabajo.

6. En sentido contrario, cabe señalar que al igual que el conocimiento de incapacidades o discapacidades especiales afecta negativamente al principio de confianza, parece que sería posible confiar más en personas que no sólo están dispuestas a respetar las normas sino que tienen especiales capacidades para cumplirlas. Es decir, el grado de confianza permitida puede depender de los “conocimientos especiales” sobre determinadas personas y sus capacidades, al igual que la permisión del riesgo en un determinado supuesto puede depender de los conocimientos sobre especiales factores de riesgo o sobre la especial peligrosidad de la situación⁹⁹. Ello es especialmente importante en supuestos en los que se acuerda o contrata la relación de confianza o en supuestos de reparto de trabajo. En los casos en los que no existe un conocimiento especial en uno u otro sentido habrá que partir de capacidades estándar a no ser que existan deberes especiales de comprobación de las capacidades. Pero la existencia de deberes especiales debe ser tratada en un nuevo apartado.

4. Existencia de especiales deberes de cuidado con respecto a conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza

1. En algunos casos el principio de confianza se ve desvirtuado por razones normativas relacionadas con la existencia de especiales deberes de cuidado con conductas antijurídicas o de deberes de desconfianza. Un sector doctrinal suele denominar estos deberes especiales con respecto a terceras personas como deberes secundarios con el objeto de distinguirlos de los normales deberes de cuidado (primarios), partiendo de

97. Pte. Vivas. En profundidad sobre esta cuestión, Peter, nota 23, pp. 111 y ss. y Umbreit, nota 23, pp. 152 y ss.

98. Umbreit, nota 23, pp. 175 y ss, con amplias referencias doctrinales y jurisprudenciales en relación con el ámbito médico-quirúrgico.

99. Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 215 y ss.

la existencia de un ámbito de responsabilidad directo o primario y, en algunos casos excepcionales, de un ámbito de responsabilidad indirecto o secundario que afecta al comportamiento de terceras personas. Como hemos visto, el principio de confianza se encuentra estrechamente relacionado con la delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad. Y, en algunos casos, uno no sólo toma decisiones y responde de sus comportamientos sino que su ámbito de decisión y, por tanto, de responsabilidad, se extiende hasta afectar al comportamiento de terceras personas. En ese caso, la incorrecta organización de esa esfera de señorío ampliada supone que uno no responde de un injusto ajeno sino de la propia infracción de sus deberes como garante. Esto es importante, por ejemplo, en los casos de división vertical del trabajo en los que el superior o los superiores pueden tener especiales deberes de control y vigilancia que limitan el alcance del principio de confianza. En las relaciones jerárquicas los superiores (por ejemplo, el director médico de un hospital) pueden tener deberes especiales de selección, información, entrega de medios materiales, preparación, etc. O, por ejemplo, ciertas personas con deberes de inspección no pueden partir en su trabajo de la confianza en que todas las personas susceptibles de investigación respetan escrupulosamente las normas y, con base en ello, infringir sus deberes de inspección.

2. Por citar un ejemplo, los empresarios o las personas en las que éstos delegan sus deberes de garante¹⁰⁰ tienen especiales deberes de desconfianza con respecto a los trabajadores. Esta cuestión tiene una relevancia especial en el ámbito de las relaciones laborales cuando una persona debe estar capacitada o formada o disponer de los medios para no autolesionarse o autoponerse en peligro¹⁰¹. Por ejemplo, no se le puede encomendar a un trabajador que realice un trabajo peligroso si no ha recibido la formación mínima o el equipo mínimo para controlar los riesgos de dicha actividad o carece de capacidad para llevarla a cabo¹⁰².

En mi opinión, sin embargo, no se puede hablar en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo de un “principio de desconfianza” general o de que no rige el principio de confianza¹⁰³. Es preciso realizar alguna matización al respecto. Es cierto que las diferencias de conocimientos, capacidades y poder de decisión fundamentan la posición de garante del empresario. Sin embargo, ello le obliga a tener un determinado cuidado especial con sus trabajadores, no a tratarlos como menores de edad, enajenados o incapaces. Las reglas generales de cuidado y las medidas preceptivas de seguridad ya

100. Sobre esta cuestión, ver por todos, Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 57 y ss., con más referencias.

101. Arroyo Zapatero, nota 30, p. 144.

La jurisprudencia se ha ocupado en varias ocasiones de esta cuestión: ver por todas, SS. T. S. de 22 de mayo de 1974 (Pte. Escudero) y 23 de enero de 1975 (Pte. Hijas). Ver además la bibliografía y jurisprudencia recogida en Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 57 y s., nota 85.

102. Arroyo Zapatero, nota 30, p. 143.

103. Posición bastante extendida ver por todos, Arroyo Zapatero, nota 30, pp. 180 y ss.; Choclan Montalvo, nota 23, pp. 218 y s.; Lascurain Sánchez, nota 34, Seguridad e higiene, pp. 397 y s.

Parece mantener una posición similar a la del texto, Cancio Meliá, pp. 312 y s.

están pensadas para superar las “incapacidades parciales” del personal laboral¹⁰⁴. De acuerdo con ellas se pueden determinar por regla general de forma sencilla los deberes de cuidado en este ámbito. Si, en sentido contrario, existiera un “principio de desconfianza” ilimitado ni siquiera se podrían contratar trabajadores para actividades peligrosas. Así, por ejemplo, Arroyo Zapatero¹⁰⁵, resalta cómo “no en todo supuesto en que un superior ordena a un subordinado la realización de un trabajo es obligado instruir a éste: deben excluirse, en principio, los casos en los que los trabajadores son especialistas y experimentados en el trabajo arriesgado, es decir, cuando el empresario ha seleccionado adecuadamente al trabajador para el trabajo peligroso”. Existe en este ámbito, pues, un “principio de confianza limitado” debido a la naturaleza de las relaciones laborales, pero sigue teniendo vigencia –aunque menor– el principio de confianza o, si se prefiere, se puede hablar de la existencia de ciertos deberes de desconfianza que condicionan decisivamente los niveles de la confianza permitida en las relaciones laborales. En un Estado que no se definiera como social o en el que primaran consideraciones puramente individualistas o de tipo económico, el principio de confianza tendría un alcance más amplio en este ámbito que el que tiene en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad. Por tanto, se puede apreciar cómo los límites de la confianza permitida dependen de consideraciones estrictamente normativas. Dichos niveles (al igual que los del riesgo permitido) no tienen un límite fijo y permanente sino que varían en función de cada ámbito social y de cada contexto histórico. En ciertos ámbitos como sucede claramente en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo (o en otros como la comercialización de productos) consideraciones de tipo social o de solidaridad pueden afectar a la determinación de los límites de la confianza permitida (del deber de cuidado con respecto a terceras personas).

3. En la constatación de la existencia de deberes especiales pueden desempeñar un papel indiciario la existencia de normas jurídicas que recojan esos deberes y, en menor medida, las directrices internas de reparto de funciones en un grupo o las medidas de seguridad que se entienden como adecuadas por la *lex artis* (por ejemplo, llevar en orden el libro de visitas y la hoja del enfermo o dar determinadas instrucciones por escrito). De todas maneras, es preciso partir en general de la existencia del principio de confianza y habrá que ser muy cuidadoso para fundamentar estos casos excepcionales de deberes de garantía con respecto a conductas antijurídicas de terceras personas con capacidad para respetar las normas (que algunos autores denominan deberes de cuidado secundarios). Las posiciones de garantía con respecto a comportamientos antijurídicos ajenos son excepcionales y, como tales, exigen una

104. Por ejemplo, la S. T. S. de 19 de diciembre de 1981 (Pte. Huerta) niega la existencia de imprudencia en la actividad de un empresario porque no se dejó de observar ninguna norma exigible en la industria de la construcción y el trabajador fallecido tenía la agilidad y destreza suficientes para realizar el trabajo encomendado, que era el propio de su oficio.

105. Nota 30, p. 144.

fundamentación especial con base en determinadas ponderaciones de índole normativa¹⁰⁶.

VII. LA UBICACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA. PRINCIPIO DE CONFIANZA E IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. El principio de confianza, como principio general, se puede tener en cuenta como criterio interpretativo dentro de la teoría jurídica del delito cuando se trata de desvalorar jurídicamente conductas interrelacionadas, entrelazadas o cuya peligrosidad depende del comportamiento de terceras personas. Aquí se ha resaltado la relevancia que puede desempeñar con respecto a la determinación de los límites de la participación criminal y, sobre todo, con respecto a los deberes de cuidado relacionados con los comportamientos de terceras personas.

2. Desde esta última perspectiva, donde la ciencia del derecho penal le ha otorgado una función más relevante a este principio, el principio de confianza quedará ubicado donde se analice la infracción del deber de cuidado al tratarse de un criterio de determinación de dicha infracción. Si ésta sólo se tiene en cuenta en el juicio de culpabilidad, el principio de confianza será un elemento de la culpabilidad. Si la infracción del deber de cuidado se tiene en cuenta ya como un elemento de la tipicidad –con independencia de la problemática de las capacidades especiales– el principio de confianza será un elemento de la tipicidad. A su vez, para los que consideren que el deber –objetivo– de cuidado es un elemento del tipo objetivo el principio de confianza habrá de tenerse en cuenta en este ámbito doctrinal, mientras que los que consideramos que la infracción del deber (en el delito doloso o en el delito imprudente) es un elemento de imputación personal que ha de analizarse en el ámbito de la tipicidad con posterioridad a la constatación del tipo objetivo ubicaremos en este último lugar el principio de confianza¹⁰⁷. En definitiva, la ubicación dogmática del principio de confianza como criterio de determinación del deber de cuidado depende de la

106. Feijóo Sánchez, nota 22, pp. 84 y ss.

107. Ver Feijóo Sánchez, nota 1, pp. 14 y ss., 88 y ss. y nota 23, *passim*.

Los institutos que configuran el tipo objetivo (el alcance del tipo) no dependen de los conocimientos personales. O, en otro sentido, se puede decir que son contrafácticos. Por ejemplo, facilitar un cuchillo a alguien (persona imputable) que lo quiere para cortarse un dedo o facilitarle una cuerda de escalada a alguien (persona imputable) que va a realizar una ascensión peligrosísima es un comportamiento atípico con independencia de que se conozcan o no estos datos. Facilitar una autolesión o una autopuesta en peligro de la vida son comportamientos objetivamente no descritos en los tipos penales por lo que la imputación del hecho no depende de elementos personales. Por el contrario, los institutos que sirven para delimitar la relevancia típica de una conducta dependiendo de los conocimientos de las personas (riesgo permitido o confianza permitida) son criterios normativos que determinan la imputación personal del hecho (dentro de una teoría personal del injusto, el tipo subjetivo). O, dicho de otra manera, no son contrafácticos.

construcción dogmática de la imprudencia que mantenga cada autor. Pero ello no supone un obstáculo esencial para que el principio de confianza como criterio de determinación del deber de cuidado pueda desempeñar un relevante papel en la práctica. Las consideraciones realizadas en este trabajo sobre el principio de confianza en el delito imprudente son válidas en el seno de cualquier sistemática de la teoría jurídica del delito. Aunque cuanto antes se tenga en cuenta dentro de la estructura de la infracción penal más importantes serán sus efectos limitativos.

3. Para algunos autores el principio de confianza es un instituto –más o menos autónomo– de la “teoría de la imputación objetiva”. Ello está en consonancia con la falta de claridad imperante sobre las relaciones entre la tradicional doctrina del tipo de injusto imprudente que tiene su origen en Engisch y Welzel y la “teoría de la imputación objetiva”¹⁰⁸. Es cierto que el principio de confianza en el sentido tradicional otorgado por la doctrina tiene una mayor relevancia en el delito imprudente y, por ello, este trabajo se ha centrado principalmente en este papel dogmático de dicho principio. Sin embargo, la “teoría de la imputación objetiva”, como teoría normativa o teleológico-valorativa del tipo, permite tener en cuenta como criterios interpretativos principios como el de autorresponsabilidad, el de delimitación de ámbitos de decisión y responsabilidad o el de confianza. Y ello puede afectar también al delito doloso, sobre todo en casos en los que se facilita, favorece o motiva la actuación antijurídica de un tercero. Si alguien quiere causar un resultado realizando una conducta inocua que sólo en virtud del comportamiento antijurídico de un tercero puede acabar siendo lesiva para bienes jurídicos ajenos y efectivamente lo consigue, no se le podrá imputar el resultado ni castigar a título de tentativa, siempre que se trate de un supuesto de confianza permitida. El que actúa u omite amparado por el principio de confianza ni crea un riesgo jurídico-penalmente desaprobado ni infringe sus deberes de garante con independencia de que cause o no evite un resultado o actúe con la peor de las intenciones. Como ha señalado recientemente Jakobs, un hecho doloso conforme a la

108. Algunos autores no consideran que la infracción del deber de cuidado sea un elemento autónomo de la teoría jurídica del delito, considerando el cuidado necesario en el tráfico como uno de los muchos criterios de la “imputación objetiva” o como un concepto general que ha sido disuelto en una serie de criterios de imputación: Bacigalupo, nota 3, p. 246; Roxin, nota 27, PG, 24/10; el mismo, nota 70, pp. 229 y ss.; Triffterer, “Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung”, en *Klug-FS*, Colonia, 1983, pp. 441 y s.; el mismo, *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Viena, 1985, pp. 139 y s., 141 y s., 300 y s.; Yamanaka. *ZStW* 102, p. 944.

Nuestro T. S. se inclinó hacia esta tesis en la S. T. S. de 11 de febrero de 1987 (Pte. Díaz Palos).

En contra, a favor de una clara delimitación entre infracción del deber de cuidado e “imputación objetiva”: Gimbernat Ordeig. *Estudios de derecho penal*, Madrid, 1990, p. 217; Luzón Peña, nota 5, p. 387; Schünemann. *GA* 99, p. 218 de acuerdo con su distinción –ampliamente compartida por la doctrina– entre una perspectiva *ex ante* que sirve para determinar la infracción del deber objetivo de cuidado y una perspectiva *ex post* que complementa la primera y que se correspondería con lo que él denomina “imputación objetiva”.

Brinkmann, nota 23, pp. 58 y s., considera que la propuesta de los primeros autores consiste sólo en un cambio terminológico con el que no se consigue una mayor precisión, aunque posteriormente le critica a Roxin, nota 95, p. 78, que no puede explicar los delitos imprudentes de mera actividad.

norma de cuidado sería una *contradictio in adiecto*¹⁰⁹. Y el que actúa dentro de los límites permitidos de confianza se comporta de forma cuidadosa o diligente. Aquí son válidas mis consideraciones sobre el dolo y la imputación objetiva en un trabajo anterior sobre la normativización del dolo, por lo que me permito omitir mayores precisiones¹¹⁰.

4. Lo que podemos denominar “tradicional principio de confianza” es un instituto que opera sólo como criterio de determinación del deber de cuidado. Pero ello no significa que el principio de confianza como principio general no pueda servir como criterio normativo en otros ámbitos de la teoría jurídica del delito. Este trabajo ha pretendido no sólo profundizar en el papel del principio de confianza en el seno de la dogmática de la imprudencia –donde sin lugar a dudas sigue desarrollando su papel más importante– sino en la importancia que pueden tener en el marco del creciente proceso de normativización de la tipicidad principios como el de confianza y el de autorresponsabilidad¹¹¹. La “teoría de la imputación objetiva” no añade un elemento de análisis dentro de la estructura del delito –aunque ofrezca nuevos criterios dogmáticos” sino una nueva forma o perspectiva de análisis de la tipicidad con la que no se tienen en cuenta criterios de imputación naturalísticos (causalidad, finalidad, etc.) sino fundamentalmente normativos (la existencia de riesgos asumidos por el propio ordenamiento jurídico, la delimitación social de esferas o ámbitos de organización y decisión, el principio de autorresponsabilidad, etc.). Por ello algunos institutos tradicionales del tipo de injusto imprudente, especialmente el principio de confianza, pueden ser asumidos sin problemas por los partidarios de esta nueva perspectiva normativa de la tipicidad penal¹¹². No se trata en sentido estricto de trasladar los criterios de imputación del delito imprudente al delito doloso, sino de que aquél protagonizó en primer lugar el desarrollo de una teoría normativa –no puramente psicológica o causal– de la imputación. El principio de confianza opera dogmáticamente como un límite normativo de la norma de conducta (o, si se prefiere, de la

109 Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, en *Hirsch-FS*, Berlín y Nueva York, 1999, p. 53. En un sentido similar, Bacigalupo Zapater, nota 3, pp. 191 y s., con referencia al conocido trabajo crítico con la “teoría de la imputación objetiva” de Marinucci. No hay dolo sin culpa, CPC 92, pp. 117 y ss. Ver también Herzberg. “El delito comisivo doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa”, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, 1999, pp. 50 y ss.

110. CPC 98, pp. 321 y ss.

111. Para una mayor profundización sobre estas cuestiones en el marco de la teoría de la autoría y la participación ver mi trabajo en estudios penales en memoria de Valle Muñiz sobre la participación imprudente y la participación en delito imprudente en el derecho penal español.

112. Sobre la evolución histórico-dogmática de la “teoría de la imputación objetiva” ver Feijóo Sánchez. Los fundamentos dogmáticos de la moderna normativización de la tipicidad en el derecho penal, Estudio crítico sobre la evolución histórico-dogmática de la “teoría de la imputación objetiva”, México, 1999. Sobre la discusión moderna que suscita esta teoría se pueden consultar las siguientes obras recientes: Hirsch. *Zur Lehre von der objektiven Zurechnung*, Lenckner-FS, Munich, 1998, pp. 119 y ss., en sentido crítico con la “teoría de la imputación objetiva”; Jakobs, nota 109, pp. 45 y ss., crítico con la posición de Hirsch; Schünemann, *GA* 99, pp. 207 y ss., aludiendo también al trabajo de Hirsch.

conducta típica o de la imputación del comportamiento)¹¹³. Evidentemente, de la norma de cuidado –deber mediato o indirecto de evitar un hecho típico–, pero también de la norma de conducta que caracteriza siempre el injusto doloso –deber directo e

113. Sobre este instituto es básica la siguiente literatura, entendido por unos autores como criterio de determinación del deber objetivo de cuidado o por otros como criterio de imputación objetiva: Arroyo Zapatero, nota 30, pp. 177 y ss.; Bacigalupo, nota 3, pp. 191 y s.; Brinkmann, nota 23, *passim*; Burgstaller, nota 23, pp. 58 y ss.; el mismo, *WK*, 6/52 y ss.; Cancio Meliá, nota 27, pp. 321 y ss.; Cerezo Mir. *ADP* 83, pp. 482 y ss.; el mismo, nota 23, pp. 170 y ss.; Corcoy Bidasolo, nota 27, pp. 327 y ss.; Cramer, nota 24, 15/149 y ss., 211 y ss.; Choclan Montalvo, nota 23, pp. 112 y ss.; Deutsch/Körner. *Wistra* 96, pp. 328 y ss.; Donatsch, nota 71, pp. 192 y ss.; Feijóo Sánchez, nota 23, pp. 225 y ss.; Fiandaca/Musco, nota 36, pp. 498 y ss.; Frisch, nota 21, pp. 189 y ss., en sentido crítico, con una fundamentación muy particular basada en su fundamentación general de la conducta típica; Gropp, nota 23, 12/36 y ss.; Herzberg, nota 27, pp. 170 y ss.; Jakobs, nota 30, pp. 105 y s.; Jorge Barreiro, nota 36, pp. 117 y ss.; el mismo, nota 34, pp. 241 ss.; el mismo, nota 45, *passim*; Kaminski. *Der objektive Maßstab im Tabbestand des Fahrlässigkeitsdelikts*, Berlín, 1990, pp. 52 y ss.; Kirschbaum, nota 27, *passim*, aunque este autor prefiere hablar de “protección de la confianza”, renunciando a la expresión de “principio de confianza” (pp. 204 y ss., 261) debido a la gran cantidad de excepciones que sufre este principio, posición a la que se ha adherido Rengier. *KK-OWiG*, 10/23; Köhler, nota 70, pp. 188 y s.; Kuhlen, nota 24, pp. 123 y ss.; Luzón Peña, nota 5, pp. 504 y s.; Mantovani, nota 36, pp. 334 y s.; Maurach, nota 49, p. 563; Maurach/Gössel, nota 36, 43/70 y ss.; Muñoz Conde. *Parte general*, 3ª ed., Valencia, 1998, pp. 318 y s.; Muñoz Conde/Hassemer. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995, p. 99, nota 54, considera que el “principio de confianza” “más que un criterio de la imputación objetiva es un “tópico” o punto de vista genérico susceptible, junto con otros, de ser aplicado para comprobar el nivel de diligencia debida en el caso concreto. La ambigüedad de este y de otros principios igualmente genéricos utilizados también a veces por la jurisprudencia para establecer los límites de la imprudencia (riesgo permitido, adecuación social, riesgo razonable, etc.) obliga a utilizarlos con suma cautela”; Murrmann, nota 4, pp. 253 y ss.; Paredes Castañón. *PJ* 33, pp. 431 y ss.; el mismo, nota 24, pp. 157 y ss.; Peter, nota 23, *passim*; Puppe. *NK*, antes de 13/150 y ss.; la misma, *Jura* 98, pp. 21 y ss.; Reitmaier, nota 41, pp. 48 y ss., exponiendo la situación doctrinal y jurisprudencial en Austria; Rengier, *KK-OWiG*, 10/23, que en referencia a Kirschbaum, considera que el principio de confianza tiene tantas excepciones que más bien debería denominarse “protección de la confianza”; Reyes, nota 23, pp. 141 y ss.; Romeo Casabona, nota 27, pp. 247 y ss.; Roxin, nota 27, *Política criminal*, pp. 98 y ss.; Schumann, nota 12, pp. 6 y ss.; Stratenwerth, nota 23, *Eb. Schmidt-FS*, *passim*, en un trabajo básico, en mi opinión, para el desarrollo dogmático de este instituto; el mismo, nota 23, *Schw. Str.*, 16/50 y ss.; Ulsenheimer, nota 30, pp. 90 y ss.; el mismo, “Pflichtwidrigkeitsszusammenhang und Vertrauensgrundsatz in ihrer praktischen Bedeutung für die strafrechtliche Haftung des Arztes”, en *Weissauer-FS*, Berlín, 1986, pp. 171 y s.; Umbreit, nota 23, *passim*; Vogel, nota 25, pp. 207 y ss.; Wehrle, nota 31, pp. 52 y ss.; Wilhelm, nota 27, pp. 57 y ss.; Zielinski. *AK*, 15,16/103; Zugaldia Espinar. *RDCirc.* 81, pp. 343 y s.

Parece que el primero en utilizar la expresión “principio de confianza” fue Gülde. *JW* 38, pp. 2785 y ss., en un artículo en el que es patente la influencia de la ideología nacionalsocialista, aunque Exner ya había tratado este tipo de cuestiones anteriormente, especialmente en Frank-FG (nota 67).

En la jurisprudencia, con respecto al tráfico viario: SS. T. S. de 27 de enero de 1965 (Pte. Quintano), considera que no es exigible “la previsibilidad de conductas imprudentes ajenas”; 4 de mayo de 1968 (Pte. Cid): “por muy exigente que se quiera ser con los conductores de vehículos de motor, no puede obligárseles a que prevean todas las infracciones que temerariamente o con infracciones de reglamentos cometan los demás”; 24 de enero de 1969 (Pte. Escudero); 29 de diciembre de 1972 (Pte. Díaz Palos): el principio de confianza “impone la expectativa en el mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en la circulación”; 5 de febrero de 1973 (Pte. Díaz Palos): “El derecho de circulación descansa, por regla general, en el principio de la confianza ajustado a la normalidad del tráfico, según el cual, todo partícipe en la circulación rodada que se comporta reglamentariamente, tiene derecho a esperar, en expectativa legítima, un comportamiento igualmente ajustado a la norma

inmediato de evitar un hecho típico¹¹⁴. En sentido contrario, como se ha señalado, cuando una persona conozca o deba conocer (elemento de imputación personal) una situación en la que ya no le es posible confiar –existen motivos objetivos concretos o evidencias de que otra persona no quiere respetar las normas o carece de capacidad para ello– ya será posible imputar el hecho típico a esa persona a título de dolo o imprudencia en función de sus niveles de conocimiento sobre la situación.

en los demás partícipes en el tráfico”; 16 de mayo de 1974 (Pte. Díaz Palos), como principio que “impone la esperanza en el mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en la circulación”; 28 de noviembre de 1974 (Pte. Díaz Palos): “Permite esperar que los demás participantes de algún modo en la circulación, sean los otros conductores o los simples viandantes, acomodarán también su proceder a las normas que gobiernan el tráfico”; 13 de marzo de 1975 (Pte. Díaz Palos), en el mismo sentido de la sentencia de 1978; 23 de enero de 1976 (Pte. Escudero); 4 de marzo de 1976 (Pte. García Miguel); 1 de febrero de 1977 (Pte. Díaz Palos); 17 de mayo de 1977 (Pte. Díaz Palos); 15 de octubre de 1977 (Pte. Díaz Palos), “impone la esperanza en el mutuo cumplimiento de las reglas dirigidas a cada parte implicada en el tráfico”; 6 de febrero de 1978 (Pte. Gil), en el mismo sentido que la de 1985; 12 de abril de 1978 (Pte. García Miguel): “expectativa de que los demás cumplan aquello a que vienen obligados en observancia de lo dispuesto en los preceptos o normas reguladoras de la circulación o de lo que aconseje la prudencia”; 17 de abril de 1978 (Pte. Díaz Palos): el conductor “tiene derecho a esperar de los demás un comportamiento igualmente correcto en el acatamiento de las prescripciones reglamentarias”; 29 de mayo de 1978 (Pte. Gil); 24 de septiembre de 1979 (Pte. Castro): “la responsabilidad del infractor culposo, puede ser aminorada o disminuida a tenor del principio de confianza en el tráfico, desenvuelto por la jurisprudencia de todos los países europeos, y aplicado principalmente en materia de accidentes de la circulación, y que consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales reglamentarias e incluso consuetudinarias enunciadas y acatadas generalmente en el desenvolvimiento del mismo, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales, se deba prever una conducta antirreglamentaria”; 15 de octubre de 1979 (Pte. Gil); 15 de octubre de 1979 (Pte. Díaz Palos); 27 de octubre de 1979 (Pte. Sáez); 19 de noviembre de 1979 (Pte. Vivas); 21 de enero de 1980 (Pte. Cotta); 30 de junio de 1980 (Pte. Gil); 13 de junio de 1981 (Pte. García Miguel); 10 de diciembre de 1982 (Pte. García Miguel); 17 de noviembre de 1983 (Pte. Rguez. López); 8 de junio de 1985 (Pte. Gil): “Quien desarrolla una conducta de riesgo común puede esperar que los demás se comporten conforme a las exigencias del tráfico, sin que todo conductor de vehículo haya de prever las infracciones reglamentarias que cometan los demás”; 27 de diciembre de 1986 (Pte. Gil).

En el ámbito médico-quirúrgico: S. T. S. de 11 de octubre de 1979 (Pte. Gómez de Liaño).

En otros supuestos: 17 de octubre de 1972 (Pte. Espinosa); 3 de junio de 1989 (Pte. Carrero); 23 de abril de 1992 (Pte. Bacigalupo): “aquel principio según el cual un comportamiento conforme al cuidado exigido autoriza a suponer que otros partícipes del tráfico se comportarán de acuerdo con las obligaciones de cuidado que les incumben, sin que tal suposición implique, por sí misma, una infracción del deber de cuidado”.

En la jurisprudencia alemana: RGSt 70, pp. 73 y ss. y BGHSt 1, p. 118, 3, pp. 51 y s. y 64, 4, p. 191, 7, p. 118, 9, pp. 93 y s., 12, pp. 83 y s., 13, pp. 173 y s. y 14, pp. 211 y s., *NJW* 80, pp. 649 y s. y OLG Stuttgart, *NSz* 97, pp. 190 y s., teniendo en cuenta esta última sentencia el principio de confianza como un principio general. Ver además sobre la jurisprudencia alemana: Bockelmann. *Verkehrstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Hamburgo, 1967, pp. 92 y s., expone el principio del tratamiento del principio de confianza por parte del T. S. alemán y en p. 98 las excepciones que ha establecido al principio de confianza; Kirschbaum, nota 27, pp. 18 y ss., realiza un estudio de la jurisprudencia alemana referente al principio de confianza en el ámbito del tráfico rodado; Ulsenheimer, nota 30, pp. 95 y ss. y Wilhelm, nota 27, pp. 75 y ss., llevan a cabo una exposición de la jurisprudencia alemana referente al principio de confianza en el ámbito médico.

114. Feijóo Sánchez. *CPC* 98, pp. 271 y ss.

Con este trabajo se ha pretendido otorgar un fundamento sólido –y autónomo, aunque ello siga siendo objeto de discusión– al principio de confianza entendido como un principio general del derecho que en el marco de la teoría jurídica del delito ha tenido un especial desarrollo –lógico por su relevancia práctica– con respecto a la dogmática del delito imprudente. Con ello no se resuelven todos los problemas sino que únicamente quedan planteados desde una perspectiva funcional y normativa. Queda sin lugar a dudas un margen de discusión para determinar los límites de la confianza permitida en cada situación concreta y en el marco general de cada sociedad según su momento histórico. Como hemos visto, ámbitos como el de las relaciones laborales o el de la fabricación de productos peligrosos que se encuentran en un continuo proceso de evolución jurídica seguirán motivando una interesante discusión doctrinal.

Los tres primeros apartados de este trabajo se deben entender como una contribución que pretende resaltar el papel del principio de confianza con respecto a toda la teoría jurídica del delito, tanto del doloso como del imprudente. Los apartados IV, V, VI suponen un intento de profundizar con carácter general (no sólo desde un punto de vista sectorial –tráfico rodado, actividad médico-quirúrgica, actividad empresarial, responsabilidad por el producto, etc.–) en el papel del principio de confianza en el delito imprudente. Sin embargo, ello afecta también al delito doloso. En los casos de confianza permitida (y, como hemos visto, la permisión depende de los conocimientos) no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado –ni dolosa ni imprudentemente–. El comportamiento es impune por ser atípico. En los casos de confianza no permitida la imputación personal a título de dolo o imprudencia dependerá del nivel de conocimientos del autor. Por ejemplo, el médico que sabe perfectamente que la enfermera no está siguiendo debidamente sus instrucciones, se ha confundido de medicamento y la dosis que está proporcionando a un paciente es letal realiza una tentativa de homicidio y responderá de un homicidio doloso en caso de consumación.