



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE
MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**EL PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL
DERECHO PENAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ABRAHAM PEREZ DAZA



DIRECTOR DE TESIS: DR. D. RAFAEL MARQUEZ PINERO

MEXICO, D.F.

2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIA

La Historia de la UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO se remonta al siglo XVI, cuando se establece por primera vez universidades en la Nueva España. El éxito de la colonización no reside exclusivamente en el dominio bélico por parte de los conquistadores, sino en la manera como gradualmente la cultura peninsular se fue injertando en el espíritu indígena americano, incluyendo la instrucción escolar: desde 1551 se expidió la cédula que ordenaba la función de la Universidad de México, inaugurándose a partir de esa fecha los cursos de la flamante Universidad, y como catedrático de Leyes e Instituta al licenciado BARTOLOMÉ DE FRÍAS. Por fin, el 3 de junio de 1553, la Real Universidad de México abrió sus puertas a españoles, mestizos e indígenas. Desde su creación la Universidad de México contó con los privilegios y exenciones de la Universidad de Salamanca (Ciudad cultural-académica excelsa, de donde he tenido la dicha de conocer a más que extraordinarios juristas a amigos). A lo largo del tiempo, y después de las vicisitudes de la Universidad durante la guerra de independencia, Don JUSTO SIERRA abrazó la idea de crear una Universidad Nacional, en pocas palabras, “exhortaba no reanimar la antigua Universidad colonial, sino a aprovechar la simiente dejada por ésta y crear una nueva institución, acorde con el ideario político del liberalismo mexicano y destinada a ser un centro de irradiación de cultura y educación para el país”, que a la fecha se sigue cumpliendo. La colonización tuvo aparejado la mezcla de identidades culturales, muestra de ello, la familia DAZA, encabezada por Don CARLOS DAZA CANSECO, originario de Oaxaca (1916-2002), quien dedicó su vida al más noble de los oficios: la *carpintería*, pero decir más sobre DAZA CANSECO es recordar a Don Quijote de la Mancha, lleno de grandes aventuras, anécdotas, pasajes, es decir, su vida fue en realidad un quijotismo, que complementó determinadamente con Doña MANUELA GÓMEZ DURÁN (1919-2003), mujer oaxaqueña de gran temple, sin desmeritar su nobleza que pregonará por largos años dignamente, de quien recuerdo su mirada refulgente, mirada de paz, mirada de amor, mirada de inocencia, qué mirada; juntas sus miradas ella y él, por más de sesenta y dos años de maridaje, son un ejemplo verdadero de una familia que trascendió a la prosperidad de 10 hijos (ESTHER, ISRAEL, DAVID, RUBÉN, JOEL, ELIZABETH, CARLOS, ARTURO, DANIEL Y RAÚL), todo un linaje del apellido DAZA, de donde tuvo su origen en Vizcaya, y de allí pasó a Valencia, ambas Castillas (la vieja), Extremadura y Andalucía. No fue sino, Don CARLOS JUAN MANUEL DAZA GÓMEZ, quien optó

por dar continuidad a esa larga tradición de la abogacía, que se remonta a Don BENITO JULIÁN FERNANDEZ DAZA Y CALDERÓN, bautizado en Castuera el 19 de julio de 1777, Abogado en los Reales Consejos de España. Pero hablar de Don CARLOS DAZA GÓMEZ, de sus estudios de licenciatura y doctorado en la histórica Universidad Nacional Autónoma de México, y quien profundiza sus conocimientos en Europa; sería más que una dedicatoria una reseña, por ello, he decidido distinguirlo con la tesis del filósofo TUCÍDIDES: “la *arete* es una cosa y la inteligencia práctica otra”, pero con la negación de PLATÓN a esta tesis: “quien se basa en argumentos diseñados para demostrar que sin la *arete* no se puede ser ni teórico ni práctico racional y que sin la racionalidad no se puede tener la *arete*”. Tal es mi concepción en Don CARLOS DAZA GÓMEZ, que no puede ser virtuoso el que no comprenda qué es la virtud, ello lo ha comprendido perfectamente, al ser un hijo educado con sus padres. Además, desde sus primeros pasos en esta a veces infernal vida académica, DAZA GÓMEZ, fue la imagen de la fuerza, de la constancia, de la entrega ilimitada al trabajo y al estudio, empujado por una vocación, que la armoniza con la alegría de vivir y regocijarse del mundo y de sus amigos. A él también le debo mi iniciación en la carrera universitaria, y si alguien debe ser responsable de mi pasión por el Derecho penal, que mejor que él, a usted Don CARLOS DAZA eternamente gracias. Y que decir, de Doña JOSEFINA ESTHER DAZA GÓMEZ, mujer que respeto, mujer que admiro, mujer que amo, mujer que resulta ser mi madre, qué mujer; que decide juntar su vida, con Don ALFONSO PÉREZ MONAC, hombre de temple, hombre de ímpetu, hombre que resultó ser mi padre, y gracias a esta dialéctica se produce la continuidad al legado de la inmortalidad del ser humano, ya que no solamente el alma es inmortal, sino también el cuerpo, como ejemplo de esto son mis dos hermanos ESTHER DEL REFUGIO PÉREZ DAZA y ALFONSO PÉREZ DAZA, quienes han cedido su tiempo, dedicación y cultivo a mi existencia hasta hoy en día, y sobre todo, el hacerme ver mis propias posibilidades y anhelos en mis estudios, especialmente universitarios en la Facultad de Derecho, que dignamente dirige el Señor Director Doctor FERNANDO SERRANO MIGALLÓN, al recuperar los ideales de JUSTO SIERRA, y logra una verdadera “Casa de la Libertad”. Por ello, es importante detener la atención en ciertos aportes a la justicia, y al arte, en unas cuantas personas. La naturaleza de Don RICARDO FRANCO GUZMÁN demuestra que no existe genio que no marque en sus actos visiblemente la huella de su país, ni que deje de tener patria y pertenezca a un pueblo. Por el contrario, el genio es la antítesis del apátrida, así es FRANCO GUZMÁN, un fervoroso

patriota. Debo reconocer y destacar la incansable labor de Don **RAFAEL MARQUÉZ PIÑERO**, al que me honra poder llamar <<mi>> maestro, pues sin duda lo es en la más estricta acepción del término. Su paciencia, interés y apoyo personal y científico, desde los ya lejanos años en que comencé a trabajar bajo su dirección como asistente de investigación, a usted, maestro caramente *gracias*. Don **MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN**, su libre expresión, es como el nudo comprensivo de su amplia obra escrita, la que suele trascender la pura práctica penal. Porque uno de los rasgos más característicos de la personalidad de **DÍAZ DE LEÓN**, es la de tratarse de un jurista permanente abierto al debate teórico, lo que unido a su proverbial rigor expositivo y argumentativo hace que quienes estamos próximos a él tengamos una percepción de sus cualidades académicas y personales mucho más complejas que la que puede desprenderse de la lectura de su obra científica. Al Dr. **RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA**, investigador y defensor de los Derechos Humanos, porque sin sus consejos desinteresados con lo que me he distinguido desde el día que lo conocí, nada de esto hubiera sido posible. A la maestra Doña **IRMA GRISELDA AMUCHATEGUI REQUENA** jurista de naturaleza, quien hace tiempo respondió que sí a participar en el emotivo Congreso homenaje al Dr. Don **FERNANDO CASTELLANOS TENA**, y que desde entonces, ha mostrado un incondicional apoyo a mis inquietudes académicas, porque sin su aporte y buena voluntad, esta Facultad no podría seguir alimentado el espíritu universitario, *gracias*. Mi perdurable gratitud le muestro al Doctor Don **MIGUEL ÁNGEL MANCERA ESPINOZA**, joven jurista que armoniza la práctica con la teoría no solamente por su capacidad, sino por su entusiasmo que comparte generosamente, para que la sociedad mexicana se convierta en una sociedad abierta a la confianza, porque eso es lo que muestra su persona: *confianza*. Mi acercamiento, a la práctica profesional propició que conociera la múltiple personalidad de Don **MIGUEL ÁNGEL AGUILAR LÓPEZ**, en la que predomina el Maestro, ante todo un creyente. Lúcido y crítico, pero creyente al fin y al cabo de la importancia de la función investigadora y docente del universitario. Me contagia su energía, y por él aprendí a querer y a creer en el trabajo universitario. Quiero agradecerle sinceramente el haberme aceptado entre sus colaboradores, lo que me ha dado la posibilidad de estar ante y al lado de un excelente y ejemplar jurista, pero además los años y el trato diario me han develado la humanidad y bondad de su carácter. Asimismo, a mi muy respetado maestro Don **ROGELIO MIGUEL FIGUEROA VELÁSQUEZ**, de quien recibí fácticamente muestra del principio de confianza, con que me ha aceptado bajo su magisterio. Sus aportes profesionales -y para mí más

importante- su talante humano, han sido y son inspiración permanente no sólo de estas y otras páginas, sino asimismo de mi todavía corta andadura profesional. Y ahora, a Don **JOSÉ LUIS SANTIAGO VASCONCELOS**, de quien aprendo que los principios de cada hombre determinarán el carácter y con ello el destino, porque el mundo es una ilusión, porque ningún hombre lo ve como lo ven los demás. Su realidad no es la nuestra, ni la nuestra es la suya; cada vez que **SANTIAGO VASCONCELOS**, comparte una plática conmigo, me hace recordar un pasaje de Marco Tulio Cicerón: "Algunos te dirán: <<La política es lo más importante, porque el hombre es un animal político>>, y otros te asegurarán: <<El poder es la fuerza que arrastra a todos los hombres, por tanto, si quieres ser importante, busca el poder>>. Y aún habrá otros que te manifestarán: <<El dinero es la mejor medida de la virilidad, porque bien poca cosa es el hombre que se contenta con ser pobre y desconocido>>. E incluso habrá quien te declare: <<El amor de tus semejantes es lo más necesario, por lo tanto, busca la popularidad>>. Estas son sus realidades. Puede que no sean las tuyas, ni las de millones de tus semejantes"; por ello, resulta ser más importante en Don **JOSÉ LUIS** tener principios, que sean la referencia para uno mismo, encarecidamente gracias Maestro. Expreso mi respeto y admiración a Don **CONSTANCIO CARRASCO DAZA**, fervoroso patriota y partidario de un México mejor. Mi agradecimiento se dirige también al magistrado Don **JOSÉ NIEVES LUNA CASTRO**, un ejemplo y un original jurista, su permanente guía y, en particular, sus valiosas e inteligentes observaciones, que han supuesto una auténtica orientación a esta tesis. Quiero agradecer especialmente el apoyo e interés continuo de Don **JORGE OJEDA VELÁZQUEZ**, saber que puedo contar con ello es siempre un estímulo que hace al trabajo más agradable, y que me ha ayudado inestimablemente en la elaboración de esta investigación con su vasta experiencia en la docencia y práctica judicial. Hago extensivo mi aprecio al Dr. **RICARDO OJEDA BOHÓRQUEZ** amparador de la justicia, y ejemplar precedente de vocación por conseguir un conspicuo México. Este lugar es dedicado también al Magistrado **ARMANDO HORACIO HERNÁNDEZ OROZCO**, respetable hombre de honor y valores a quien le rindo testimonio de profunda gratitud. A la par, de Don **RUBÉN ARTURO SÁNCHEZ VALENCIA**, caballero de decoros a quien le galardono su amistad y más aún, su protección absoluta a mi pensamiento que adquiere forma. Al Doctor **MIGUEL ONTIVEROS ALONSO**, sapiente del Derecho penal con formación crítica y libre de compromisos académicos; por su actitud y su permanente respaldo a mi formación profesional que ha sido determinante para seguir adelante y lo sigue siendo

para continuar, sinceramente gracias. El licenciado **AURELIANO PÉREZ TÉLLEZ** incondicional compañero, que tuvo una paciencia infinita con mis expectativas de escribir la tesis y que ahora le retribuyo recatadamente con mi amistad. Más que un amigo, un incondicional confidente de mis sentimientos por la vida, resulta ser Don **FLAVIO MARTÍNEZ MONA**, ser humano en toda la extensión de la palabra, a quien le dedico honores. A los doctores **AURELIANO** y **RAÚL FLORES MURGÍA**, conocidos por las circunstancias de mi anhelo por la Veterinaria que se vio frustrada, pero que ahora me regocijo por esta nueva vida, en la que les conozco por su benemérito padre, gracias por su amor fraternal sin tener calidad en ello. Que decir de **RAÚL RUÍZ COMPEAN** y **RODOLFO MARTÍNEZ ARROYO**, más que amigos han llegado de ser entrañables cómplices de esta etapa en mi vida, afectuosamente gracias. Igualmente al Dr. **ALEJANDRO MARTÍNEZ ROCHA**, maestro de la majestuosa Facultad de Derecho, e indiscutible amigo. El profesor **ARTURO BERUMEN CAMPOS** es mentor en la Filosofía del Derecho en nuestro país, tiene una obra que puede considerarse en conjunto como un sostenido esfuerzo por repensar –a fondo- la idea de razón y la teoría de la sociedad democrática basada en ella. Y en este aspecto, el pensamiento de **BERUMEN CAMPOS**, no tiene par en la escena contemporánea. Gracias por permitirme tener acceso a sus consideraciones de lucha por una vida más digna para todos. En este camino, corresponde reconocer la valiosa aportación a mi formación académica del Doctor **ENRIQUE ADOLFO HÜLSZ PICONNE**, y del Maestro **PEDRO ENRIQUE GARCÍA RUÍZ**, profesores de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México, mis maestros de la segunda carrera académica: “Filosofía”, pero no por ello, después del “Derecho”. De ahí, mi hermandad con mis amigos **MIGUEL ÁNGEL CASTILLO SOBERANES** y **RUBÉN QUINTINO ZEPEDA**, críticos de la vida, más aún, irónicos, pero qué mejor que ser tolerante de las cosas, que no tienen mayor sentido que el propio sentido de las cosas, ya lo hizo **CORTAZAR**, por qué no ser diferente, cuando la diferencia no hace la diferencia, sino únicamente ser diferente, o será, la diferencia un simple *dé javú*. Lo que me trae en recuerdo a la memoria, de mi amigo y compañero del Karate-Do, **VÍCTOR MANUEL JUÁREZ GARCÍA**, se fue en lo que probablemente y en los diversos ámbitos de su vida era su mejor momento, por eso, le dedico estas líneas: “A penas hace algún tiempo, tan poco que apenas ha sido verdad. Decir la verdad era hablar de lo que iba a pasar, decir la muerte era como decir lo demás. Lo que tuviera que ocurrir era un planeta lejos de aquí, tan lejos como ese Dios que nos creó y se marchó. La vida es verla pasar como una estrella, como una estrella fugaz...”

(Luis E. Aute), pero de nada sirve para luchar contra la desesperación por su ausencia. Del mismo modo me gustaría recordar a mis amigos y compañeros penalistas de España, con quienes me uno categóricamente en la lucha contra el Terrorismo.

Más allá de esta muestra de gratitud, son muchos los testimonios de agradecimiento de los que he de dejar constancia, no obstante, este lugar no es destinado a agradecer, sino distinguir a quienes me han forjado con la visión oriental del BUDO, (camino divino formulado por los dioses, la base de la verdad, la bondad y la belleza, y refleja el funcionamiento interno e ilimitado del universo. La virtud alcanzada con el entrenamiento asiduo nos permite percibir los principios esenciales del Cielo y de la Tierra), a *Sensei* MÓNICA HERNÁNDEZ por su ejemplar dedicación a la práctica del Karate-Do (*Goju Ryu*), quien dedicó largos años de su vida a mi persona, a entrenarme arduamente en el *dojo* sin esperar algo a cambio, por el contrario, transmitía sus conocimientos desinteresadamente; y posteriormente, con la atingencia de *Sensei* CRISTÓBAL LÓPEZ, quien me revela la particularidad de un *aikidoista*, como guerrero de la paz: *el arte de la paz*, camino interminable a seguir en la purificación del espíritu; ya lo decía un proverbio oriental del siglo XIX: "Si el espíritu es fuerte, nada es imposible", porque el ejemplo de *Sensei* es muestra de esa fortaleza espiritual que hace cualesquier cosa posible. Y de quien he recibido la educación de un *uchi deshi*, que espero nunca defraudarla, sobre todo la honestidad, respeto y lealtad que enmarca mi aprendizaje. A ustedes, les debo que mi vida tenga sentido y que el sentido de mi vida sea dignamente ética pero materialmente, es decir, mi dignidad será a través de la práctica del BUDO, no encuentro más palabras para reconocerles que: *¡hontoni; arigatoo godzaimashita*. A la familia Budoka, eternamente gracias. A todos los que me falta por mencionar en esta dedicatoria, y que son afines a nuestra convicción de patria, me uno a ellos, bajo la expresión siguiente: **¡Por mi raza hablará el espíritu!**

ÍNDICE.

Abreviaturas.....	V
-------------------	---

INTRODUCCIÓN

I. Objeto e interés del tema.....	VI
II. Estructura del trabajo.....	VIII

PRIMERA PARTE APROXIMACIÓN AL TEMA.

CAPÍTULO PRIMERO.

EL DERECHO PENAL ANTE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS

1. La sociedad compleja versus Derecho penal.....	2
1.1. Fundamentos de una dogmática jurídicopenal valorativo (normativo).....	13
a) La contingencia normativa.....	16
b) ¿Las expectativas normativas como objeto de protección?	18
c) El rol como dimensión material de las expectativas.....	25
d) La función comunicativa de la pena.....	27
1.3. Conclusiones.....	32

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CONFIANZA: EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

1. Sobre el concepto de confianza.....	35
a. La amistad como punto de partida en ARISTÓTELES..	35
b. La eticidad HEGEL en las relaciones de confianza.....	39
c. La confianza en el sistema de LUHMANN.....	43
d. La confianza en la norma para el sistema de JAKOBS.	50

e. La acción comunicativa de HABERMAS para una confianza racional.....	55
2. La confianza como ¿principio?.....	61
3. Acerca del sentido del principio de confianza.....	64
a) El fundamento del injusto imprudente.....	69
4. Conclusiones provisionales.....	72

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO FUNDAMENTO
DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

CAPÍTULO TERCERO
LA TIPICIDAD COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. Estructura y ámbito de la imputación objetiva.....	76
1. La adecuación social.....	79
2. El riesgo permitido.....	83
3. El fin de protección de la norma como criterio decisivo ¿para la imputación de resultados de terceros?.....	94
4. El principio de confianza como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado.....	99
4.1. Límites normativos al principio de confianza	104
4.1.1. El principio de confianza carece de validez con respecto a terceros incapaces o inimputables.....	105
4.1.2. No se puede confiar cuando se evidencia un comportamiento antijurídico de un tercero?.....	105
5. Consideraciones personales.....	106

CAPÍTULO CUARTO
DELIMITACIÓN DE LOS DIFERENTES ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD O PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN A UN ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENO.

I. Introducción.....	109
1. Actividades en el tránsito vehicular.....	110
2. El sector alimentario y producción de productos.....	114

3. En las relaciones sexuales.....	116
4. En la actividad médico-quirúrgica.....	116
5. Riesgos laborales.....	117
6. En los medios de comunicaciones.....	119
7. Actividades empresariales.....	119
PROPUESTA.....	123
CONCLUSIONES.....	124
BIBLIOGRAFÍA.....	127

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPF	Código Penal Federal
CPPDF	Código Penal para el Distrito Federal
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
DPM	Derecho Penal Mexicano
EpenCr	Estudios penales y Criminológicos
LH	Libro Homenaje.
NPP	Nuevo Pensamiento Penal
PD	Persona y Derecho
PG	Derecho Penal, Parte General
RC	Revista Criminalia
RCJ	Revista Crítica Jurídica
RDPCrim	Revista de Derecho Penal y Criminología
RFDM	Revista de la Facultad de Derecho de México
RMJ	Revista Mexicana de Justicia
RR	Revista Reflexiones
RT	Revista Tepantlato
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
UEC	Universidad Externado de Colombia.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia

INTRODUCCIÓN.

I. Objeto e interés del tema.

En el ámbito del Derecho penal, el principio de confianza surge como una forma de responder a la pregunta de hasta qué punto los sujetos deben comportarse teniendo en cuenta las posibles actuaciones irresponsables de los otros. Esta pregunta se incluye dentro de una problemática más amplia relativa al grado de responsabilidad jurídico-penal que puede llegar a tener un sujeto por los hechos cometidos por un tercero. Se trata de una problemática que, así formulada, se encuentra relacionada con buena parte de las instituciones dogmáticas de la llamada parte general del Derecho penal. En una u otra medida afecta, por ejemplo, a figuras como la participación, la imprudencia, la posición de garante o la imputación del resultado. Sin embargo, en atención al diferente desarrollo histórico que ha tenido el tratamiento de estas figuras, y sin perjuicio de los solapamientos que se producen necesariamente entre todas ellas, es conveniente centrar el estudio en la responsabilidad por imprudencia y, más concretamente, en aquellos casos en los que esta responsabilidad por imprudencia se ve condicionada por la actuación de un tercero.

Si bien con respecto a los comportamientos dolosos estos supuestos fueron desde un principio tratados como problemas de autoría y participación, con respecto a los comportamientos imprudentes se observa cómo en un primer momento se realizó un tratamiento semejante al de cualquier otro supuesto de responsabilidad por imprudencia. La actuación del tercero se consideraba un elemento más del resultado con el que la acción enjuiciada debía estar relacionada. Los tribunales resolvían así el problema en función de la previsibilidad objetiva del comportamiento realizado por el tercero. Si el sujeto podía haber previsto el resultado lesivo, tanto de manera inmediata como en atención al posible comportamiento de un tercero, se le hacía responsable del resultado

efectivamente producido. En la medida en que el comportamiento imprudente del tercero fuera algo previsible conforme a la normal experiencia de la vida se entendía que el sujeto debía también contar con ello y adaptar su conducta para evitar un posible resultado desaprobado. El comportamiento del tercero no era distinto, en ese sentido, de cualquier otro elemento necesario para la configuración del curso causal lesivo.

Como he mantenido ya trabajos anteriores¹, 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. Actualmente la doctrina extranjera, principalmente alemana y española, rechazan la idea de que la confianza es una mera concepción casual, sino que el principio de confianza juega un papel trascendental, 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 teoría jurídica del delito. Por ello, resulta necesario entender, que la confianza que se busca mantener en una sociedad que pregona un Estado de Derecho, debe ser a través de las normas de determinación con contenidos ético-sociales (bienes jurídicos a proteger), toda vez que, cualesquier conducta llevada a cabo dentro de los parámetros que la propia norma establece, las relaciones interpersonales llevarán implícito la confianza. Al margen de esto ¿cuál es, entonces, la relación que existe entre acción (humana), sociedad y Derecho penal?, que sin duda el principio de confianza, como principio general, es un instituto que presenta 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 específica persona en una determinada situación, y no como lo establece la doctrina mayoritaria que el deber de cuidado es el fundamento del principio de confianza. Por esto, el objetivo ha sido, establecer en el presente trabajo, que el fin del Estado será entonces, proporcionar espacios de libertad y responsabilidad en las personas que interactúan en actividades que de manera conjunta

¹ PÉREZ DAZA, El derecho penal ante la globalización, Revista Tepantlató, 2001; el mismo, Algunas consideraciones sobre el tipo objetivo, Revista del Poder Judicial de la Federación, 2002.

lleven a cabo, a través de normas jurídicas que determinen reglas o expectativas a seguir racionalmente.

Con el principio de confianza, propongo delimitar la actuación de unos participantes en los diferentes ámbitos de actuación, hasta donde comienza la esfera de otros: hacer posible, en definitiva, la división de trabajo. Es decir, en los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa es tan importante el principio de confianza entre sujetos que trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de iguales) como entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en 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).

II. Estructura del trabajo.

En el primer capítulo, intentaré básicamente una visión global de las sociedades actuales, por lo que determinado analizar críticamente el concepto de Derecho penal "moderno", y argumentar porque, la sociedad actual es una sociedad comunicacional (normativamente) entendida, por lo que he considerado necesario, tomar como punto de partida la tesis de JAKOBS, que ha desarrollado a lo largo de más de dos décadas; en que la sociedad posibilita cada vez más los contactos anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero, en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto presente generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno, esto conduce a que el rol que desempeña una persona es conocido, más no la propia persona, lo que implica que debe comportarse de acuerdo con las normas jurídicas o extrajurídicas sea el caso, incorporándose la categoría de la imputación objetiva a la teoría de la imputación, si bien no se trata aquí de la imputación del resultado, sino de la determinación del comportamiento no permitido. Esto conduce, efectivamente, a pensar que las personas aparecen como portadores de roles, y esto, los limita a

la socialidad de una comunicación no instrumental a una comunicación personal.

En el capítulo segundo, he optado por tomar analizar el concepto del principio de confianza, a través de autores como ARISTÓTELES, HEGEL, LUHMANN, JAKOBS Y HABERMAS, para estar en condiciones de vincular normativamente este concepto con el Derecho penal, y que consecuencias llega a tener en el Código Penal del Distrito Federal.

Posteriormente, el tercer capítulo lo dedico, a establecer que la tipicidad es una categoría de la imputación objetiva, para la determinar la responsabilidad de la persona que haya cometido un delito, y excluir de responsabilidad a la otra que no tenga participación alguna en la comisión de ese delito, esto bien, con el principio de confianza que se determina con el criterio de imputación objetiva.

Por lo que respecta, al cuarto capítulo correspondiente a la delimitación de los diferentes ámbitos de responsabilidad, considero oportuno ejemplificarlos con algunos de los casos que la práctica judicial y doctrina estudian para tratar de resolver lo más atingente posible sobre los mismos. Sin embargo, la falta de técnica legislativa aunado a la deficiencia de los medios probatorios que aplican en los procesos, son cada vez más deficientes ante la complejidad de los hechos que se presentan en los diferentes ámbitos de actividades profesionales, en los que las personas son acreedoras a una carga de responsabilidades por conductas imprudentes, que en último momento no les compete su imputación por quedar fuera de su rol, en función, a su esfera de organización, de manera que los demás no tengan que interferir en ello.

PRIMERA PARTE
APROXIMACIÓN AL TEMA.

CAPÍTULO PRIMERO.
EL DERECHO PENAL ANTE LAS
SOCIEDADES COMPLEJAS

1. La sociedad compleja versus Derecho penal

En este primer capítulo intentaré precisar porque se ha hecho denominar equívocamente al Derecho penal “moderno”, en una sociedad “moderna” como se le suele denominar actualmente.

Una primera aproximación en la historia de la filosofía, se puede decir que HEGEL no es el primer filósofo que pertenece a la época moderna, pero es el primero para el que la modernidad se torna problema¹; entonces, ¿a dónde vamos a parar? ¿qué puede significar esto en el Derecho penal y en especial a la Teoría del Delito?

Una pronta respuesta a las preguntas anteriores, se encuentra en la confrontación de sistemas, es decir, la *metodología*, y en particular, la *interpretación discursiva* de los complejos hechos que acontecen entre las relaciones de las personas en la sociedad. Bajo esta consideración, se ha concebido actualmente a la sociedad “moderna” como: sistema unitario (globalizado)², abierto (axiológico)³, postindustrial (riesgo)⁴,

¹ Lo verdaderamente relevante de HEGEL, lo que hace de él un filósofo de casta, es una increíble habilidad para unificar las más abstractas consideraciones lógico-epistemológicas con los problemas candentes de su tiempo (que en buena medida, sigue siendo el nuestro).

² De ahí el justificado entusiasmo con el que la doctrina acogió esa nueva visión teleológicamente orientada de la teoría del delito. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas*, pp. 21 y 22, “Con ello se respondería satisfactoriamente a una convicción profundamente arraigada entre los penalistas, cual es la del carácter supranacional de la ciencia del derecho penal”; DIEZ RIPOLLÉS, *Exigencias sociales y Política Criminal, Claves de la razón práctica*, núm. 85, 1998, p. 48. “La ausencia de propuestas de transformación global de la sociedad ha hecho que la reflexión social, llevada a cabo por intelectuales, comunicadores sociales o simples ciudadanos, haya dirigido su atención a conflictos valorativos de ámbito limitado, centrados en temas concretos, y que no impliquen el cuestionamiento de la estructura social básica... ha sido tal situación espiritual la que ha posibilitado que el Derecho Penal se haya visto confrontado, con una intensidad por él hasta entonces desconocida, con la mayor parte de los conflictos valorativos que en estos momentos interesan y dividen a la sociedad.”

³ Tiene razón LAURENZO COPELLO, *El enfoque teleológico*, en *Libro Homenaje a Manuel Valle Muñiz, Aranzandi*, Pamplona, 2001, p. 441 y s., al explicar “que el modo de mitigar los riesgos de <<inseguridad>> derivables del sistema abierto no se encuentra en un regreso al mito del pensamiento lógico-formal, sino más bien en el esclarecimiento de los límites de legitimidad dentro de los cuales pueden fluctuar las opciones valorativas tanto del intérprete como del propio legislador. Y en un Estado de Derecho es evidente que esa frontera viene constituida por el conjunto de principios y valores emanantes de la Constitución. Ese marco valorativo, es por tanto, el determinante del límite máximo de <<libertad de decisión>> en la construcción del sistema y en su aplicación. En sentido similar ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Barcelona, 2000, p. 56. “En la sociedad comunicativa no se busca construir una ciencia segura de sí misma, sino construir un espacio común en el que sea

pluralista⁵, o normativa (institucional)⁶, esto es, como una sociedad de masas⁷, diferenciada funcionalmente⁸; por consiguiente, e inevitablemente una sociedad mundializada. Ahora bien, el gran problema que aquí podría anotarse sería la rapidez vertiginosa de los cambios que se producen en nuestra sociedad, lo que implica la presencia de una enorme “conciencia de provisionalidad” en casi todo, de forma que este carácter transitorio y provisional afecta a los diferentes campos de nuestra actividad personal⁹. Y, lógicamente, ante

posible la convivencia de alternativas diferentes. De ahí que la sociedad comunicativa sea una *sociedad abierta*, al dialogo, a la fiabilidad (expectativas), testimonial.” Por su parte, KAUFMANN, Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 251, considera “la tarea del legislador es describir tipos. Los conceptos abstractos son de gran importancia para la configuración de las leyes, pues les confieren forma y garantizan seguridad jurídica. Pero es imposible describir un tipo en forma exacta, la descripción tan sólo se puede acercar al tipo, este jamás podrá ser abarcado hasta en los más fines detalles.

Pues el tipo es siempre más rico en contenido, más espiritual, tiene mayor sentido, es más gráfico que el concepto definido de manera abstracta. Así se da a entender que el derecho nunca puede ser idéntico a la ley, pues no es posible que sea aprehendido por los conceptos legales en la plenitud de su contenido concreto. Por esta razón no puede existir un sistema de derecho cerrado, “axiomático”, sino un sistema abierto “tópico”.

⁴ Así, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Civitas, Madrid, 1999, pp. 12 y ss; MENDOZA BUENGO, El derecho penal en la sociedad del riesgo, Civitas, Madrid, 2001, pp. 23-38; MÁRQUEZ PIÑERO, Derecho penal y la globalización, Porrúa, 2002, pp. XL y ss; SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Bogotá, 1996, p. 30; ESTEVE PARDO, Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental, Ariel, Barcelona, 1999, p. 27-32.

⁵ Así la consideran principalmente KINDHÄUSER, La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad, en Cuestiones actuales de la teoría del delito, Monografía McGrawHill, Madrid, 1999, especialmente pp. 185, 203-206; el mismo Derecho, p. 69; JAKOBS, La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 30.

⁶ Así lo defiende JAKOBS, PG, básicamente p. 11, de lo cual trataremos más adelante esta postura.

⁷ La expresión “masas” es utilizada por ROXIN, El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, Dogmática Penal y Política Criminal, IDEMSA, Lima, 1998, p. 377.

⁸ BACIGALUPO, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1997, p. 105. “Un antecedente previo a una sociedad entendida funcionalmente, se dio con las “influencias filosóficas y sociológicas, originadas por las obras de SCHELER, HARTMANN, WEBER y GEHLEN, permitirán dar una visión más amplia y completa de la persona humana, así como de su significado en la sociedad. Ello, a su vez, producirá el replanteamiento desarrollado por WELZEL sobre la función del Derecho penal y la, consiguiente, transformación en las categorías de la acción y de la culpabilidad de la teoría del delito”.

⁹ Con ello, refiere BECK, Sociedad del riesgo, Paidós, Madrid, 1996, p. 52. “...esto no significa que a la vista de los crecientes riesgos civilizatorios emerja la gran armonía. Precisamente *en* el trato con los riesgos resultan muchas diferenciaciones y conflictos sociales nuevos”. La razón, por la que la problemática del riesgo provoca tantas discusiones en nuestros días, explica LUHMANN, Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992, p. 127, “...ha sido la impresionante extensión de las posibilidades tecnológicas la que mayormente ha contribuido a llamar la atención pública hacia los riesgos inherentes a las mismas”. O bien en palabras de

este panorama de rapidez, el “tiempo disponible”¹⁰ para adoptar las decisiones que los cambios exigen es cada vez más escaso.

De esta forma, se puede anotar dos ideas básicas: en primer lugar, para que una sociedad “moderna” funcione, es preciso, que se aseguren las decepciones que surjan de los contactos sociales, y más aún, anónimos; y, en segundo lugar, la función del Derecho penal será, precisamente, la generalización de expectativas (normativas), que permitan a los sujetos desenvolverse, y al mismo tiempo que confirme la identidad social¹¹ que todo Estado de Derecho busca lograr.

De lo anterior, se desprende el primer inconveniente: el término Derecho penal “moderno”¹² aplicado a la sociedad actual conlleva a que sea de carácter **antigarantista**, pues aquello que realmente lo hace moderno es justamente su ruptura con las garantías penales del modelo liberal. En materia penal, posprincipios políticos que dieron lugar al Estado liberal de Derecho, se concretaron inicialmente, o bien con el tiempo, en una pluralidad de garantías específicas en que no es preciso insistir: legalidad, irretroactividad de las leyes desfavorables, prohibición de la analogía, culpabilidad, reglas de interpretación y de imputación estrictas, garantías procesales, etc. En segundo lugar, buena parte de los tipos delictivos modernos, verbigracia: ambientales (artículos 414-423 CPF), electorales (artículos 401-413 CPF), procreación

SCHÜNEMANN, (nota 4), p. 30, “que desde la perspectiva del Derecho penal del riesgo, la peculiaridad de la sociedad industrial actual estriba únicamente en el extraordinario incremento de las interconexiones causales”. MENDOZA BUERGO, (nota 4), p. 31. “Se dice que una sociedad del riesgo si por algo se caracteriza es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar o impresiones de seguridad.

¹⁰ En este marco, SCHULZ, De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho penal, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999, p. 461, para quien la reacción del Derecho penal ante la aceleración de las condiciones de vida deberá referirse al elemento –el autor utiliza el concepto de ‘supuesto’- de la imputación típica, sin tomar en consideración la imputación subjetiva –culpabilidad–; la razón, ciertas cuestiones clásicas de la culpabilidad ya se plantean en el tipo subjetivo.

¹¹ Véase sobre el alcance del concepto de identidad en el Derecho penal, la tesis de QUINTINO ZEPEDA, *Identidad y sistema penal*, México, 2003, inédita.

¹² Para la crítica, Derecho penal moderno en general es sinónimo de Derecho penal simbólico, véase por ejemplo, MENDOZA BUENGO, (nota 4), pp. 50 y s; GRACIA MARTÍN, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, tirant lo blanch*, Valencia, 2003, p. 146; HASSEMER, ADPCP, 1992, p. 244; SÁNCHEZ GARCÍA, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pp. 53 ss, 157 s.

asistida, manipulación genética (artículos 149-155 del CPPDF), entre otros, se orientan a la protección de nuevos bienes jurídicos de carácter universal o colectivo. A diferencia de lo que sucede con los individuales, en los colectivos, el soporte de tales bienes estaría constituido por las condiciones ideales, normativa y abstractamente definidos, de la capacidad de funcionamiento adecuado conforme a su fin de determinados subsistemas o instituciones sociales y económicos; en fin, sólo para la ampliación de la incriminación de comportamientos. El concepto de bien jurídico, por ello, tendría en el Derecho penal moderno un sentido más bien sólo “nominal”¹³. En consecuencia, será factible que los tipos orientados a la protección de aquéllos tendrían un contenido que se agotaría con las **meras violaciones de deberes**¹⁴, y, por ello, se trataría de tipos de meramente formales o de pura desobediencia.

Frente a la tesis central de la crítica del Derecho penal “moderno”, el discurso de la modernización propuesto por GRACIA MARTÍN, sostiene justamente: “que el Derecho penal moderno es uno en todo conforme con las exigencias del Estado de Derecho, pero además quiero enfatizar aquí de una vez por todas que esta conformidad se realiza en un grado tan *absoluto* que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización. Un reconocimiento de que la modernización de las garantías penales del Estado de Derecho sólo puede tener lugar, o bien a partir de una actitud epistemológica desvinculada y alejada de toda <<voluntad de saber>>, a la que normalmente acompaña una ideología conservadora y reaccionaria, o bien -y de acuerdo con una frase del lenguaje cotidiano -cuando se confunde la velocidad con el movimiento”¹⁵. Lo que propone, GRACIA MARTÍN con este discurso, es asentar las bases para definir el marco y los términos en que podría desarrollarse la modernización del Derecho penal, y a formular el concepto *material* de Derecho penal moderno, que sin embargo, el mismo reconoce, que “habría que fijar como punto

¹³ Así por ejemplo, GRACIA MARTÍN, (nota 11), p. 133.

¹⁴ Quien defiende esta posición aplicado a los delitos de omisión dentro del contexto de la sociedad moderna PERDOMO TORRES, Libro Homenaje-Günther Jakobs, p. 256.

¹⁵ GRACIA MARTÍN, (nota 11), p. 156 s, en sentido similar.

de partida dentro de aquel marco, y todo ello, con el carácter solo de hipótesis de trabajo”¹⁶.

Realizada esta primera aproximación, me parece de interés plantear un problema fundamental que cuestionare en los siguientes términos: ¿nuestra sociedad se configura actualmente desde la “justicia” o desde el “bienestar común”?; ¿domina en ella la inclinación por un “Estado de Derecho” o la de un Estado social”?; en definitiva, ¿se aspira por un funcionalismo normativo (basado en roles y expectativas) o por un funcionalismo teleológico (basado en política criminal)? Estas interrogantes preocupan cada vez más en nuestro país, toda vez que, desde el año de 1994 se realizan reformas en los Códigos Penales y Procesales de todos los Estados de la República Mexicana, con la tendencia de justificar la intervención punitiva del Estado por el “avance que la tecnología” ha generalizado, y que de ella se cometen conductas que ponen en peligro (principalmente), al igual que lesionan los intereses desprotegidos por los individuos o por el mismo Estado, por tal razón, el Derecho penal que comparto, tiene como base su funcionalidad, como medio para procurar el beneficio del hombre en sociedad.

Ahora bien, el dato lógico y conceptualmente previo al hecho de la relación social será la “comunicación”, concebida como **un proceso que transmite saber o información racional, con la peculiaridad de que en ocasiones no lo consiga** y provoquen un abandono, a los valores éticos-sociales contenidos en las normas jurídico penales como protectoras de bienes jurídicos y sus normas de determinación¹⁷.

¹⁶ GRACIA MARTIN, (nota 11), p. 162.

¹⁷ En contra de una concepción comunicativa en sociedad DÍAZ-ARANDA, PG, p. 139, para quien “sería más peligro adoptar la teoría funcionalista normativista en México, pues nuestras bases democráticas son todavía endebles, y el Poder Legislativo todavía no cumple cabalmente con su función de emitir leyes única y exclusivamente para beneficio del pueblo, de tal suerte que si aceptáramos la aplicación incuestionable de la ley por el hecho de haber seguido el proceso legislativo ordenado en la Constitución, estaríamos admitiendo que el Estado tiene derecho a sancionar lo que sea”. Es evidente, que este autor confunde la idea de comunicación en sociedad con todo un aparato institucional que establece normativamente como deba comportarse un individuo en sociedad. Toda vez que, para emitir una ley, se cuenta con todo un proceso legislativo, que pareciera no ser benéfico para el pueblo, ya que una ley, que prohíbe y amenaza con una sanción (pena-medida de seguridad) resulta ser represora, pero se justifica a través de esa racionalidad, que comunicativamente la ley dirige hacia el ciudadano que incumple el mandato normativo, y genera la aplicación de esa sanción por lesionar o poner en peligro, uno de los

De este modo, la característica más significativa de las sociedades actuales, será la “comunicación”; por lo que denominaré, de ahora en adelante “*sociedad comunicacional*”. Esto no quiere decir, que busque aplicar una ciencia segura de sí misma, sino ofrecer un espacio común, en el que sea posible ofrecer a los individuos un ámbito de libertad para realizar todo contacto necesario con los demás miembros de la misma. De ahí que, la “*sociedad comunicacional*” sea una sociedad como la mexicana¹⁸, abierta a la confianza –por supuesto normativa¹⁹-, entre **personas** vinculadas en actividades comunes.

principios fundamentales que protege el Derecho penal: el bien jurídico. Todo ello, por responder a las exigencias de los ciudadanos de una seguridad jurídica, que pregone una confianza para la sociedad”.

¹⁸ Con lo cual no comparto en lo absoluto la postura de DÍAZ-ARANDA, PG, p. 145, al referirse que la aplicación de un funcionalismo normativista de JAKOBS, “el cual desde su concepción de roles y expectativas sociales responde a las necesidades actuales de Alemania, pero su aplicación estricta significaría un gran salto al vacío en una sociedad como la mexicana, en donde la mayoría no cumple con sus roles sociales, y la expectativa de la sociedad se refleja en el dicho “las leyes se hicieron para violarlas”, lo cual rompe con el presupuesto de la “comunicación” del que parte Jakobs para sustentar la existencia de la sociedad, y, conforme a una idea como ésta, se tendría que negar la existencia de la sociedad mexicana o de los delincuentes como personas. Sin embargo ¡existimos!, y la falta de respecto a las normas da lugar a una sensación de inseguridad de los bienes más importantes para el individuo propiciada por la impunidad y la corrupción”. A mi juicio, el argumento de DÍAZ-ARANDA, es totalmente contradictorio consigo mismo, por un lado, este autor categóricamente afirma que la aplicación de conceptos como roles y expectativas que defiende JAKOBS son exclusivamente de uso para la sociedad Alemana y no para la mexicana, sin embargo, DÍAZ-ARANDA, en la introducción p. XIV, de su libro, destaca que lo más importante “radica en mi propuesta de un “sistema funcionalista social”, en el cual ofrezco una teoría de análisis del delito sustentada en el derecho positivo mexicano delimitado por los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho”, a lo que su crítica se limita a un aspecto formal de conceptos, que se emplean para establecer los derechos y obligaciones, que cada uno de los ciudadanos en la sociedad mexicana le competen respetar, y sobre todo, ser respetados, lo que no ofrece es una crítica de fondo; por que efectivamente, su propuesta de un “sistema funcionalista social” que desarrolla en las páginas 146 y 147 de su libro, corresponde exactamente a un sistema funcional-normativo, me explico: la estructura que propone de una teoría del delito conforme al “funcionalismo social”, tiene su fundamento en el Derecho positivo vigente de nuestro país, o mejor dicho, en la normatividad mexicana, porque al final JAKOBS, lo único que hace es dar cuenta de consideraciones sobre el bien jurídico, en la línea iniciada por WELZEL, derivadas de concebirlos dinámicamente e introducirlos en el Derecho penal mediante el sentido de la acción (humana); y en consecuencia, “negar la existencia de la sociedad mexicana”, es negarse a sí mismo, y entonces, para que escribir un libro de “Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social”.

¹⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, (nota 3), p. 64. “De ahí que se trate de delimitar, normativizar, reglamentar todos los sectores de riesgos relevantes socialmente, como el ámbito de la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la informática, el tránsito vehicular, la industria química, la producción masiva de alimentos, etc., determinando normativamente los alcances del riesgo permitido en cada conducta”.

Ahora bien, si no preexiste un sistema comunicacional-racional no habrá posibilidad de relación. Es decir, la relación es el hecho social. Entonces, la comunicación-racional, es por tanto, el concepto social de acción²⁰, y, podría expresarlo de la siguiente manera: *sociedad es el conjunto de sistemas de comunicación que hay en un ámbito determinado*; en consecuencia, el Derecho (entendido como sistema) y en especial el Derecho penal reduce el caos en la comunicación-irracional suscitado entre personas, estabilizándose unos mínimos deberes éticos que contiene la *norma*, y de igual manera excluir ciertas posibilidades de comportamiento con las que no se debe contar en la interacción social²¹. En palabras de FEIJOÓ SÁNCHEZ “El confiar, esperar o ansiar que el resultado no se produzca a pesar de saber que se hace todo lo necesario para matar, lesionar o dañar es algo irracional que no se puede tener en cuenta subjetivamente, y, por el contrario, una vez que se tiene dicho conocimiento lo que el sujeto espere o confíe no aporta nada a la valoración de un hecho como injusto doloso”²². Desde un punto de vista, como éste, las normas son esquemas *simbólicos* de orientación que, en la medida en que se trata de normas jurídicas, determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad²³: *el contenido comunicativo-racional del Derecho penal*. La

²⁰ Un verdadero cambio con ese modelo de sujeto tendrá lugar otra vez a partir de transformaciones en la sociología y en la filosofía. Surge una nueva perspectiva que dará lugar a un nuevo cambio de paradigma reemplazando al hasta entonces dominante. A partir de la obra de LUHMANN se produce un reemplazo de la razón práctica por la razón comunicativa. Este cambio es producto de una sociedad, hoy por hoy, tan compleja que ya no se la puede estructurar y explicar exclusivamente desde la idea del individuo. Resulta imposible los sistemas de explicación tradicionales de la sociedad, lo que produce, a su vez, la crisis de las filosofías que parten de la conciencia del sujeto. Se rompe por consiguiente con el modelo de sociedad de WEBER y PARSON.

²¹ Ya en su momento WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho, derecho natural y justicia material, Aguilar, Madrid, 1971, p. 251, sostuvo: “...el problema del Derecho, el hombre se ve situado ante esta alternativa entre inmanencia y trascendencia de una manera tan directa y tan ineludible, que tiene que hacer frente a su decisión con toda su existencia física y espiritual: si no hubiera trascendencia, es decir, si la obligatoriedad y el deber ser trascendente a la existencia solo fueran la proyección ilusionista de hechos psicológicos o sociológicos, entonces el hombre se encontraría entregado sin remedio al poder superior... Esta significación realmente <<existencial>> del problema jurídico la ha llevado a conciencia en todos los tiempos la idea del Derecho natural; una idea que ha puesto de manifiesto que la existencia de un deber ser trascendente a la existencia y vinculante es el presupuesto de posibilidad de una existencia humana *dotada de sentido*”.

²² El dolo eventual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 30.

²³ WELZEL, (nota 14), p. 266. “Un orden social es solo Derecho, si es más que la manifestación de una determinada relación de poder; es decir, si en él se contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico. Solo desde este punto de vista

anterior afirmación puede reconducirse a una idea de JAKOBS, que la misión del Derecho penal debe garantizar la identidad de la sociedad: “Eso ocurre tomando el hecho punible en su significado, como aporte comunicativo, como expresión de sentido, y respondiendo ante él”²⁴. De este modo, cabría imaginar que ya ese punto surge también entre la norma y la persona obligada a satisfacer la expectativa en cuestión. En esa relación se contendría la idea simbólica de una sujeción (deber). Por ello, la sociedad no es un conjunto de acciones específicas, sino que se estructura sobre la base del suceso universal de la *comunicación-racional* de sus medios operativos y en la imputación por una defraudación a la norma de determinación; esto es, “las reglas de la vida social en comunidad no se le transmiten al ciudadano a través de las leyes, él las aprende, más bien, en la comunicación cotidiana y en la comunicación activa entre personas. Sus representaciones sobre lo que es jurídico o antijurídico tampoco se mueven, por tanto, dentro de las categorías del lenguaje legal, sino que están condicionadas por el lenguaje corriente”²⁵. No obstante el lenguaje limita las posibilidades, pero no garantiza, por sí solo, que la experiencia de un individuo *-ego-* será aceptada por el otro *-alter-* como premisa de su propia selección. El lenguaje reduce la complejidad, pero no condensa un mínimo de motivaciones necesarias para los contactos. Frente a esto JAKOBS pretende abordar al delincuente no como individuo, sino como

puede un orden social enfrentarse con el individuo, no solo con la coacción, sino con la pretensión de *obligarle* en conciencia”.

²⁴ Imputación jurídicopenal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma, Estudios compilados, Porrúa, 2002, p. 33; el mismo PG, p. IX, afirma que “la misión de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones que se necesitan para reaccionar ante la infracción penal como acto con significado (acto con contenido expresivo) mediante un acto con significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma”. En contra esta tesis véase RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, Barcelona, 2001, p. 409. “Jakobs quiere construir un concepto de acción monista y normativo, en el que sólo introduce las acciones socialmente inadecuadas. Y, precisamente, Jakobs y con él todos los partidarios de la moderna teoría de la imputación objetiva, con esta introducción de la inadecuación social en el concepto de acción establece una relación tautológica entre la tipicidad *-perjudicialidad social* de una acción- y la acción *-sólo las socialmente inadecuadas*, esto es, las más perjudiciales socialmente-”.

²⁵ KAUFMANN, (nota 3), p. 236. En el mismo sentido, aunque con un matiz ontológico SCHÜNEMANN, La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, en Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, p. 661, “El hecho de que el *lenguaje coloquial* tenga raíces ontológicas proporciona la base ontológica más importante del Derecho, debido a que el Derecho se encuentra en el marco del lenguaje coloquial”.

miembro de la sociedad que constituye comunicativa y objetivamente, es decir, "personas"²⁶.

En este ámbito, se estudian así, los discursos conforme a los cuales actúan cada uno de los segmentos, fundamentalmente los llamados segmentos básicos (policía, ministerio público, tribunales y sistema ejecutivo); las características de las "personas" que integran a cada uno de los segmentos, es lo que hace funcionar el sistema. Y en relación con éstos y otros factores, se atiende el estudio de su problemática y las propuestas de solución, como también las del sistema y en particular el sistema penal.

Bajo estos presupuestos se hace comprensible entonces que la comunicación-racional se instaure como un sistema emergente, en el proceso de civilización. Los seres humanos se hacen dependientes de este sistema emergente de orden superior, con cuyas condiciones pueden elegir los contactos con otros seres humanos. Este sistema de orden superior es el sistema de comunicación-racional llamado *sociedad*²⁷, en la cual el Derecho penal tendrá conocimiento de la identidad de la sociedad esforzándose para comprenderla (evidentemente no de manera *interna*).

Lo anterior, es claramente visto desde inicios de los años setenta, en la evolución del Derecho penal material y del Derecho procesal penal, la cual se caracteriza, sobre todo por su notable expansión. Esta ampliación de la pretensión de control penal puede percibirse fácilmente en una serie de subsistemas sociales (p. ej. medio ambiente,

²⁶ (nota 5), p. 27. "Las personas en derecho no se caracterizan primordialmente por la seguridad óptima de sus bienes, sino por ser reconocidas de manera general como portadoras de obligaciones y derechos, es decir, por ostentar el correspondiente *status*".

²⁷ Esta noción de sociedad resulta adecuada para expresar cuestiones y referencias al conocimiento de la realidad social en sus diversas modalidades. Por ejemplo, para poder clasificar las sociedades existentes podríamos distinguir las sociedades primitivas, las sociedades medievales, las sociedades contemporáneas infradesarrolladas y las desarrolladas en ellas, es decir, las sociedades postindustriales. Este modelo de interpretación de la sociedad se pone de manifiesto, en una teoría comunicacional que concibe al derecho como un sistema de comunicación cuya función pragmática es organizar la convivencia humana mediante, básicamente, la regulación de las acciones. MALO CAMACHO, DP, p. 21. "Por la misma razón el derecho se entiende, también, sólo en función del hombre y de su naturaleza de relación, igualmente en un ámbito dialéctico, diagonal y eminentemente dinámico, que refleja el mundo de relación en que se mueve y desarrolla el hombre.

economía, comunicación política, modos de vida subculturales). El Derecho penal simbólico sustituye en estos ámbitos a la ulterior intervención de control o de carácter político-social; el control penal debe conseguir lo que con otros medios (políticos) no parece alcanzable: la prevención y la evitación de conductas socialmente lesivas o perjudiciales para la salud²⁸. Con ello, el Derecho penal y la pretensión de pena estatal se han introducido en unos ámbitos sociales que no sólo desarrollan una alta dinámica propia sino que también disponen de unos mecanismos extremadamente eficaces para dejar al ralenti la pretensión de control penal²⁹.

A esta evolución del incremento de la pretensión de control van unidos (entre otros) dos procesos que claramente han modificado la función de Derecho penal: primero, la erosión del Derecho penal del Estado de Derecho³⁰, que se traduce sobre todo en una desformalización del Derecho no sólo penal, sino también procesal, orientada al aumento de la eficiencia del sistema de justicia penal. Sin embargo, el Derecho penal no lleva de manera consecuente esta orientación más allá de la protección simbólica de bienes jurídicos: <<la flexibilización de los principios jurídicos del sistema general de justicia penal intenta armonizar el desfase entre la demanda de control simbólico por medio del Derecho penal y la capacidad de control instrumental del sistema jurídico penal³¹; segundo que el Derecho penal extienda cada vez más sus aspiraciones de control a los más variados subsistemas sociales (por ejemplo, el medio ambiente, la

²⁸ Sobre un Derecho penal simbólico DIEZ RIPOLLÉS, El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, 2001,, pp. 107 y ss; LUZÓN PEÑA, Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética, *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 131-139

²⁹ BEST/MICHEL VOß, Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 2000, p. 347.

³⁰ BEST/MICHEL VOß, (nota 22), p. 347.

³¹ Así, BEST/MICHEL VOß, (nota 22), p. 348; JAKOBS, (nota 17), p. 48, "Con esta facultad instrumental son considerados, sin embargo, sólo los límites del hombre en el "mecanismo" de la naturaleza. La conducta instrumental tiene per se tan poco sentido, como en el sentido que per se produce una máquina; formulado de otro modo: el trato instrumental con la naturaleza no es una conducta comunicativa. Pero su espíritu que reconoce la falta de sentido de la naturaleza, no tiene que resignarse pasivamente, sino que, al reconocer el vacío de sentido, obtiene la posibilidad de establecer, allí donde no se encuentra un sentido inmanente natural, su propio sentido, justamente establecerlo, por tanto, no probarlo sino afirmarlo.

economía, el matrimonio, la familia, los conflictos políticos), no se opone en modo alguno a su creciente privatización del poder punitivo del Estado, sino que está en correspondencia con ella. Es más, incluso la favorece y la promueve³², lo cual resulta únicamente posible mediante la flexibilización instrumental del Derecho penal, que se manifiesta³³.

La intervención del Derecho penal se refiere a un nivel y a una jerarquía del control claramente distinta a la de los intereses privados. Mientras el Derecho penal, como sistema de regulación simbólico, actúa en gran medida más allá del control directo e instrumental, los intereses privados de control han puesto sus miras en la intervención directa sobre aquellos subsistemas sociales que son susceptibles de ser influidos. El Derecho penal vive también, como medio de coacción estatal, de su contenido y eficacia simbólicos. En cambio, los intereses privados de control insisten en la función instrumental de los medios normativos. Estos intereses no pretenden simbolismo alguno, sino que exigen medidas que desplieguen en los aludidos campos sociales un efecto totalmente determinado. El Derecho penal con su pretensión general de validez y su sistema (aunque lleno de rasguños) de garantías derivadas del Estado de Derecho (protección jurídica), resulta ser aquí un auténtico inconveniente. De lo que se trata, más bien es de entremezclar, por así decirlo, sobre un terreno limitado espacial y temporalmente, intereses específicos, haciéndolos pasar por medidas generales de seguridad y de orden bajo el manto protector del Derecho penal³⁴.

³² BEST/MICHEL VOß, (nota 22), p. 344.

³³ Cfr. además la polémica que refieren BEST/MICHEL VOß, (nota 22), p. 348, al citar a NAUKE, quien a puesto acertadamente sobre la mesa esta <<justicia oscura y ajena al Derecho penal privado y semi-estatal anterior al auténtico Derecho penal, un producto incongruente y sin perfiles. Ese Derecho penal es poderoso porque exige la conformidad de la víctima y del autor. Pero ese mismo Derecho penal pide a los intervinientes que le nieguen su propio poder. Esta es una situación tétrica. Y no deja de serlo por el hecho de que a ese ejercicio privado del poder se le denomine "solución jurídica comunicativa".

³⁴ BEST/MICHEL VOß, (nota 22), p. 345.

1.1. Fundamentos de una dogmática jurídico-penal valorativo (normativo).

Un fundamento de la teoría de las normas, en el ámbito de las ciencias sociales sólo puede ser formulado, desde la base de una teoría estructural de la sociedad. Esto siempre y cuando el Derecho entendido como el resultado del proceso social en el cual surge³⁵, adquiere una dinámica que le permite adaptarse a las innovaciones del mundo actual, pues el creciente progreso de tecnificación y desarrollo científico le plantea al Derecho y en especial al Derecho penal un gran desafío, al cual éste debe ser capaz de responder racionalmente³⁶.

En las relaciones sociales que el Estado de Derecho, a través, del Derecho penal, pretende controlar los múltiples ámbitos de libertad (competencias), exigiéndole en primer lugar que conozca los mandatos normativos que establecen los parámetros de conducta a cada persona solo puede serle exigible aquello que atañe a su respectivo ámbito de libertad porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se pueden originar en la conducta de terceros.

Con el anterior planteamiento, la corriente liberal moderna que culmina con KANT ha postulado que el Derecho básico de las personas es una libertad originaria (*lex permisiva originaria*)³⁷. Así, en un sistema de libertades como el nuestro (Estado de Derecho) el Derecho penal no puede desempeñar la misma función que desempeñaba en el Estado

³⁵ Sobre una crítica a la fundamentación de la teoría del delito naturalística DAZA GÓMEZ, El funcionalismo, RC, 2000, pp. 177 y ss; HASSEMER, ADPCP, 1992, pp. 237 y 238; JAKOBS, Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, civitas, Madrid, 1998, pp. 67 y ss; LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pp. 20-27; MALO CAMACHO, DPM, p. 27 y s; MÁRQUEZ PIÑERO, RC, 1999, pp. 35 y ss; MÜSSIG, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, principalmente pp. 47-50; POLAINO NAVARRETE, Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal, Porrúa, México, 2001, pp. 8-15; REYES ALVARADO, Imputación objetiva, Temis, Bogotá, Colombia. 1996, pp. 51-58.

³⁶ PÉREZ DAZA, R.T., 2002, pp. 46 y ss.

³⁷ Kant, Crítica de la razón práctica, Universidad Autónoma Metropolitana/Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, p. 17. Para KANT los principios prácticos son proposiciones que contienen una determinación universal de la voluntad, a la cual se subordinan diversas reglas prácticas. Son subjetivos o máximas si la condición es considerada por el sujeto como válida sólo para su voluntad; en cambio, son objetivos o leyes prácticas si la condición es reconocida como objetiva, es decir, válida para la voluntad de todo ser racional".

totalitario y teocrático propio del siglo XVI. Actualmente, se comprende que el Estado de Derecho queda configurado sobre la base del principio de autonomía, autorresponsabilidad o autodeterminación de los ciudadanos. La libertad de organización que tiene cada ciudadano sólo es posible “gravando” al ciudadano (persona imputable³⁸) con la disposición a comportarse de acuerdo con las normas y hacer de esta disposición un asunto particular. Esto es, la disposición a respetar las normas es un presupuesto fundamental del estatus de ciudadano. Pero en cada uno de los casos la actuación del Estado es bien diferente, señala POLAINO NAVARRETE:³⁹ a) En el *Estado intervencionista, paternalista o proteccionista* la tarea de tutela de los ciudadanos frente a injerencias lesivas ajenas es preocupación primaria o fundamental del Estado, la cual se realiza mediante una regulación exhaustiva de las inactividades arriesgadas. Este sistema trata al individuo como un “menor de edad”, dejándole un ámbito muy reducido de actuación, de libertad; b) En el *Estado liberal o de autorresponsabilidad del ciudadano*, por el contrario, se intenta proteger a los ciudadanos reconociéndoles la libertad de crear un ámbito de actividades de riesgos propios, dentro de ciertos límites, los límites del riesgo permitido: cada ciudadano es *responsable de su ámbito de organización* (competencia por organización), en ejercicio de su reconocida libertad. En este sistema, el ciudadano es tratado como un “mayor de edad”, o sea, como un sujeto autorresponsable a quien se reconoce una amplia libertad de movimientos y de creación de riesgos propios, que serán lícitos siempre que no lesiones bienes o intereses ajenos.

En este sentido, en una sociedad sobre poblada implica que los contactos sociales sean casi en su totalidad anónimos, en consecuencia, se necesita que el ordenamiento garantice o establezca ciertas expectativas o reglas de comportamiento que permitan saber en una

³⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, RDPCrim., 2000, p. 96; el mismo, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, p. 79. “...La persona es una persona libre que no necesita la permanente intimidación externa, sino que organiza sus asuntos respetando los valores legítimos formalizados en el ordenamiento que son los que le permiten el desarrollo de su personalidad como ser libre, racional y autónomo. Dicha intimidación es difícilmente compatible con nuestro sistema constitucional de libertades y con los principios de autonomía y autorresponsabilidad que fundamentan la capacidad de imputación”.

³⁹ (nota 28), pp. 173 y 174.

determinada situación lo que se puede esperar de los otros participantes en el sistema social y lo que esperan éstos de nosotros⁴⁰. Así, por ejemplo, los deberes de comportamiento que a nivel social tiene quien labora como guardabosques son diversos de los que posee un turista; el chofer de un autobús debe cumplir con los deberes propios de un conductor, pero cuando lo abandona para recorrer las calles a pie debe atender las obligaciones inherentes a su condición de peatón⁴¹.

En conclusión, la sociedad requiere de un conjunto de metas articuladas, que sean compartidas, para evitar el caos, la anomia y la apatía. Y el método que regula los medios para alcanzar las metas será la norma (penal), entendida como expresión de una expectativa de conducta institucionalizada⁴², que tienen su origen en la habituación y es una tipificación recíproca de acciones habitualizadas por tipos de actores, que resulta de un proceso histórico.

Con acierto ha señalado FEIJOÓ SÁNCHEZ: “la función del Derecho penal consiste efectivamente en asegurar la confianza general en las normas penales y mantener el respeto general a dichas normas”⁴³, no mediante intimidación sino a través de la prevención general positiva⁴⁴, para la cual la misión de la pena (en concreto del Derecho

⁴⁰ Así, ya lo expresaba FEIJOÓ SÁNCHEZ, RDPCrim., 2000, p. 97.

⁴¹ El ejemplo es similar al explicado por REYES ALVARADO, El concepto, p. 28.

⁴² JAKOBS, Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional, civitas, Madrid, 1997, p. “la sociedad surge cuando la norma proporciona la pauta rectora de la comunicación, esto es, determina a qué comportamiento y cómo hay que adherirse”.

⁴³ (nota 32), p. 36, también MALO CAMACHO, DPM, p. 37.

⁴⁴ Cfr. (nota 35), p. 37. No obstante, este autor reconoce que con la utilización de la etiqueta prevención general positiva no ha resuelto los problemas de legitimación. Por ello, será preciso demostrar que esta función es compatible con el concepto de persona que tiene el Derecho, aspecto poco tratado por los partidarios de esta teoría, p. 39; por su parte JAKOBS, Sobre la teoría de la pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 32 y 33, “La prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran números de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porqué ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”. En contra ZAFFARONI, Hacia un realismo jurídico penal marginal, Monte Avlia Editores Latinoamericanos, Caracas, 1993, p. 78. “La pena -y por ende el derecho penal- como instrumento de conservación de la confianza en las instituciones, da lugar, por esta vía, a la pretendida <<nueva teoría de la pena>> conocida como <<prevención-integración>>, que poco tiene de nueva, porque no es más que un confuso resultado de neo-

penal) es la garantía de la identidad normativa de la sociedad, esto es, el aseguramiento de la vigencia de la norma: el reconocimiento o aseguramiento de su validez. Lo que permitirá que sea concebida como “un instrumento de *aseguramiento contrafáctico y cognitivo* de la vigencia de la norma: es *contrafáctico* porque se dirigen contra un hecho que quebranta la norma y es *cognitivo* porque produce en la consciencia de los ciudadanos la confianza de la validez y vigencia de la norma quebrantada”⁴⁵.

a) La contingencia normativa⁴⁶

La Dogmática jurídico-penal ha pasado en los últimos 30 años una etapa de profunda “reconstrucción” del sistema de delito en función de renovados parámetros metodológicos. Con frecuencia se imagina que el Derecho penal *limita* las posibilidades de

organicismo mezclado con el funcionalismo de Durkheim, el pensamiento sistémico de Parsons y algunas ideas hegelianas, aunque con mucho menos vuelo teórico que sus fuentes, con muchas más contradicciones y lagunas, es decir, con todas las características propias de un pensamiento cuyo bajo nivel de abstracción –frecuentemente oculto bajo un alto nivel de oscuridad expresiva– no hace más que poner de manifiesto su carácter decadente”. No obstante, ZAFFARONI, al considerar que la “prevención-integración llega a ser decadente”, considero que son inapropiadas sus consideraciones: en primer lugar, que la idea de protección de bienes jurídicos no siempre desempeña la función garantista que pretende la doctrina mayoritaria, en muchos casos tiene la función expansiva de la responsabilidad penal; y en segundo lugar, el Derecho penal protege bienes jurídicos, a través, de la estabilización de las normas de conducta imprescindibles para la interacción social.

Sobre el fin de la pena en el sociólogo francés, puede consultarse ALCÁ CER GUIRAO, Los fines de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 68-80.

⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, (nota 28), p. 120.

⁴⁶ El criterio específico de validez de la norma del derecho natural, que vincula la norma con el valor, la sustrae de la arbitrariedad, la vuelve resistente al tiempo, la inmuniza contra las elecciones, la protege contra lo posible y lo distinto: la norma no es contingente. No contingente es la norma que surge por la necesidad interna de determinadas premisas, las cuales provistas de carácter de verdad, no son falsificables: entonces la norma no es una variable; queda fuera de los procesos de decisión y adquiere así una validez que surge de la identificación del proceso cognoscitivo con el proceso productivo de la norma misma.

Esta identificación y la no contingencia que se deriva, permiten comprender la especificidad de la epistemología del derecho natural, la cual tiene, en el ámbito de su objeto, una colocación y una función que la distinguen claramente de la epistemología del derecho positivo: ésta no constituye un sistema externo del conjunto de las normas, sino un sistema que produce él mismo las normas conforme a su modelo y las distribuye dentro de sus tramas conceptuales. La epistemología, de esta manera, llega a ser una instancia de legitimación interna que el complejo normativo lleva consigo desde su constitución. (...) El sistema, entonces, es no sólo el lugar de producción del derecho, sino que es esencialmente el aparato en cuyo interior el derecho producido se legitima como verdad.

comportamiento. Pero, de la misma manera, el Derecho penal puede adoptar la función de *habilitar* un comportamiento que, sin éste, no tendría posibilidades de existir; en consecuencia, “el Derecho penal asume la garantía de esta obligatoriedad y asegura con ello la orientación necesaria en los contactos sociales, con objeto de que los hombres se puedan comunicar entre sí”⁴⁷. Ya que de no ser así, nadie podría convivir en sociedad, propiciando un riesgo inimaginable. O, en otras palabras, la función del Derecho penal es introducir un orden (de carácter social) y conserva su peculiaridad por la importancia de saber lo que se puede esperar justificadamente de los otros (y de uno mismo).

Como se puede apreciar, cobra especial relevancia para el Derecho penal actual, la identidad normativa. Eso es precisamente lo que se cuestiona ¿por qué la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social? Porque la constitución de la sociedad tiene lugar a través de normas. Esto es, para JAKOBS acertadamente “la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes”⁴⁸. Por tanto, JAKOBS considera que la reacción estatal que se da a través del Derecho penal, no se justifica en sí misma, sino a través de la identidad de la sociedad, por medio de la expectativa (social) que ha sido defraudada, pues de otra manera la sociedad y en particular el Derecho penal no podrían estar armonizados. Pero, se plantea una cuestión sobre el concepto de identidad, para describir toda una realidad a la que, también, se suele hacer referencia con el término de seguridad jurídica; toda vez, que los sistemas jurídicos cuentan con una serie de requisitos respecto a las labores de creación administración y aplicación de normas jurídicas y en particular penales, que efectivamente, pueda lograrse el resultado. Ello sucederá cuando las personas afectadas por las normas y en

⁴⁷ LESCH, (nota 28), p. 24.

⁴⁸ (nota 28), p. 26. En el mismo sentido POLAINO NAVARRETE, (nota 28), p. 203. “De este modo, al reconocer la naturaleza normativa de los conceptos jurídico-penales, se está resaltando que son conceptos jurídico-penales, se está resaltando que son conceptos creados ad hoc por la norma, por el legislador, por el Derecho. Es decir, se opera con categorías normativas que no se encuentran en la realidad en la realidad (no preexisten al Derecho), sino que los crea el propio sistema jurídico para aplicarlos funcionalmente a la resolución de los concretos problemas que puedan presentarse.

especial las normas de determinación puedan saber a qué atenerse, es decir, puedan conocer cuál es la norma que se va aplicar a una conducta, incluso con anterioridad a la realización de la misma⁴⁹.

b) ¿Las expectativas normativas como objeto de protección?

En una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes, disponemos de poco más datos de las otras personas que su deber de respetar las normas jurídicas, toda vez, que una persona (entendida en el plano jurídico) tiene en sí mismo un juicio por los valores ético-sociales contenidos en las normas (bienes jurídicos fundamentales como el respeto a la vida, integridad corporal, robo, etc.). Por ejemplo, “el conductor que se acerca a un cruce y observa como un automóvil se acerca por su izquierda, no tiene en cuenta a dicho conductor como alguien con nombre y apellidos, sino como participante responsable en el tráfico social como personas (sujetos que respetan normas) obligaría a estar a expensas de su arbitrio”⁵⁰. Cada contacto social conllevaría un riesgo incalculable y la “desconfianza”⁵¹ e inseguridad harían que la vida social se acabaría extinguiendo.

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

⁴⁹ Sobre la búsqueda de un modelo penal véanse entre otros ATIENZA, Contribución a una teoría de la legislación, Civitas, Madrid, 1997; el mismo El derecho y argumentación, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, DIEZ RIPOLLÉS, La racionalidad de las leyes penales, Trotta, Madrid, 2000; el mismo, Un modelo dinámico de legislación penal, en DIEZ RIPOLLÉS, et. al. (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof.Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 291 y ss; el mismo, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 134-151.

⁵⁰ Así FEIJOÓ SÁNCHEZ, (nota 35), p. 54.

⁵¹ ROXIN, La imputación objetiva en derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997, p. 171. “Después de que el Tercer Reich había preferido reiteradamente el “principio de desconfianza”, sobre todo frente a peatones, la jurisprudencia ha desarrollado el principio de confianza adaptándolo a las exigencias del moderno tráfico de vehículos”; MENDOZA BUERGO, (nota 4), p. 186 y s. “La desconfianza que parece existir en las posibilidades de tutela *extrapenales* de bienes jurídicos, en todo caso necesitados y merecedores de protección, no puede mantenerse sin más justificación. Además, tal postura no puede pasar por alto que la crisis de ejecución –y también en parte de valores y principios– acaba produciendo igualmente desconfianza, y ésta resulta especialmente grave cuando va referida al Derecho penal, si se pretende que éste mantenga su tarea de prevención de los ataques verdaderamente *más graves* a la convivencia en sociedad”.

ser humano como hecho fáctico sino al “deber ser” de las personas, a lo que toda persona puede excluir como posibilidad⁵². ¿Por qué reciben estas expectativas la denominación de normativas o de normas? 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 caso de defraudación, no haya que aprender y modificar la visión que se tiene del mundo, sin que las personas pueden mantener firme su confianza en las mismas a pesar de la defraudación. En consecuencia, 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 él⁵³.

Sentadas estas premisas, el sistema en su conjunto viene expresado en un texto elaborado paralelo mucho más completo y certero que el texto jurídico bruto. En términos de la sociología jurídica, el sistema refleja y perfecciona el ordenamiento. Un claro ejemplo de lo anterior, es la función del Derecho en la que se encuentra vinculada, a *expectativas*, como afirma LUHMANN⁵⁴, “la función del derecho se refiere a la posibilidad de comunicar expectativas y de encontrar en ella su reconocimiento. Al hablar de expectativas no se hace referencia al

⁵² FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), p. 55.

⁵³ FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 35), p. 56. No obstante el propio autor aclara “...El Derecho no protege toda confianza que alguien deposite en los otros (el optimista se vería privilegiado), no garantiza lo que terceros pueden hacer para no defraudar la confianza de cada sujeto, sino 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”. “...El Derecho no describe lo que ha sucedido, sino que prescribe lo que no tiene que suceder. La norma jurídica <<asegura, por un lado, lo que se puede esperar y en qué sentido no hay que aprender de la conducta defraudante, no hay que amoldarse, sino que puede mantenerse inmovible en su expectativa, incluso contra la realidad: contrafáctico. La norma jurídica autoriza, por otro lado, las reacciones con el fin de establecer una realidad conforme a Derecho>>”. p. 57.

⁵⁴ Sistemas sociales, p. 297. Con la delimitación de la dimensión temporal y con la interpretación de la acción como acontecimiento, convergente una evolución teórica que desde la década de los años 40 y 50 le adjudicó una importancia creciente al término expectativa, sobre todo a la expectativa de la conducta. El término se usa, en parte, como componente definitorio de “rol” y de “norma”; sirve parcialmente, para explicar la integración de las perspectivas recíprocas y, también parcialmente, forma la base para las teorías de decisión que quieran abrir, a pesar del futuro incierto, caminos hacia las decisiones racionales. En todo caso, el concepto de expectativa, sin embargo, ha convencido más por su utilidad que por su conceptualidad.

estado de conciencia actual de un determinado individuo, sino a un aspecto temporal del sentido de la comunicación”⁵⁵.

La expectativa se produce al limitarse el espacio de las posibilidades. En última instancia no es otra cosa que esta misma limitación. Lo que queda es lo que se espera, lo cual se beneficia de la concertación resultante. En constelaciones de objetos, esto se puede hacer rápidamente plausible; pero el proceso comunicacional excluye también la selección de temas y aportaciones al tema con demasiada rapidez, con lo cual crea expectativas.

Desde el punto de partida que definiendo estoy totalmente de acuerdo con la postura de SILVA SÁNCHEZ, quien estudia a la norma como directiva de conducta y la institucionalización de la expectativa, quien trabaja con el ejemplo del semáforo verde en un cruce de calles:

“En efecto, la luz verde expresa de modo institucionalizado la expectativa (normativa) del conductor de que no se le crucen otros vehículos. Pues esta expectativa es compatible obviamente con el fenómeno cognitivo de que hay conductores que no respetan el semáforo y defraudan (cognitivamente) la expectativa del conductor al que el semáforo le da vía libre.

El concepto de norma como directiva de conducta se dirige al ciudadano en tanto que delincuente potencial o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción. Con respecto a éste, la norma es un mandato o prohibición: el ejemplo que propongo es el del semáforo rojo en calle perpendicular del mismo cruce antes aludido. En efecto, con respecto al conductor que tiene ante sí el semáforo rojo, ciertamente puede afirmarse que éste expresa, asimismo, la expectativa normativa de quien, por su parte, lo tiene verde, de que no se produzca una colisión. Pero difícilmente puede afirmarse que no prohíbe nada a nadie o que en todo caso dicha dimensión directiva constituye simplemente un efecto secundario.

Debe observarse que, en un cruce, el semáforo verde de una calle y el semáforo rojo de la perpendicular a aquella forman parte de un único sistema semafórico: son una única norma. Lo que ocurre es que esa única norma se muestra para unos como institucionalización de una expectativa (configuración de

⁵⁵ Por su parte HABERMAS, Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1999, p. 222 y s., explica: “En la dimensión de la validez del derecho, por ser las normas jurídicas que vienen impuestas, se unen por lo demás el momento de validez o aceptabilidad racional y el momento de la validez social o aceptación. La validez jurídica tiene el sentido ilocucionario de una declaración: la autoridad estatal declara que una norma puesta en vigor ha quedado suficientemente justificada y es fácticamente aceptada, pero lo que nos importa en nuestro contexto es la cuestión de la diferenciación del sentido de la validez o del sentido de la legitimidad del derecho.

una expectativa normativa) y para otros, como directiva de conducta. Ello se puede advertir del mismo modo si el cruce se rige por una señal de preferencia combinada con una señal de <<stop>> para quien circula en la calle perpendicular. Por lo demás, es patente que los papeles se invierten continuamente, en cada nueva interacción social: en el cruce siguiente, quien antes tenía la luz verde, puede pasar a tenerla roja y viceversa”

Lo cual, significa que el proceso de generalización le permite al sistema alcanzar una indiferencia estable en contra de aquello que es posible, y por lo tanto en contra de la diversidad, y le permite así alcanzar un grado elevado de simplificación para fines del comportamiento, y por lo mismo un correspondiente grado de reducción de la complejidad. Por ejemplo, el Derecho, reduce la complejidad mediante la creación de expectativas; se espera todo de todos. ¿Quién cruzaría una calle, si no pudiese esperar que los automovilistas se van a detener ante un semáforo en rojo?⁵⁶

Por ende, los rendimientos de orden esenciales de su propio sistema, los debe la sociedad a esta diferencia, esto puede mostrarse por medio de los siguientes ejemplos:

1. La sociedad puede llevar a cabo una diferenciación sistémica propia, es decir, puede crear subsistemas, sin tener que basar esta diferencia en las discrepancias de las interacciones. La diferenciación social, por así decirlo, se desarrolla desde arriba, no desde abajo; se desarrolla por la inclusión de nuevas relevancias sistema/entorno en el sistema social y no por la búsqueda y la selección de interacciones adecuadas. Es posible que las interacciones entre nobles y campesinos, o las interacciones en la economía y la política, se distingan también como interacciones y puedan ser coordinadas respectivamente por los observadores. Pero esto se debe a la intervención de la abstracción en la realización concreta y no es el motivo de la diferenciación.
2. Sólo la sociedad hace posible identificar los nexos de expectativas (personas, roles, programas, valores) que pueden

⁵⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 26.

aplicarse a las respectivas interacciones, pero que, en sus referencias de sentido⁵⁷, las exceden. Con mayor razón, la dimensión de la diferenciación de estos distintos entramados de expectativas y las formas de interdependencia que resultan de allí, son socialmente preconstruidas. La cohesión de la síntesis debe tener un sentido que se exceda a sí misma, precisamente para poder convencer en la interacción. Para ser una persona, hay que pretender estar obligado a ser la misma persona también en otra parte.

Luego entonces, **el proceso de las expectativas refuerza y consolida el sistema en contra de eventos y circunstancias peligrosas para su estructura; ese proceso permite al sistema mantener en alto el grado de reducción de complejidad y, por tanto, el orden que el sistema confiere al mundo, así las generalizaciones, con las cuales el sistema procura la seguridad, son necesarias para su estabilización en el mundo**⁵⁸.

Es menester aclarar, que el proceso de generalización se desarrolla conforme a tres posibles direcciones a lo largo de las cuales el sistema organiza los instrumentos y los mecanismos que le producen seguridad. En la dimensión *temporal* la generalización de las expectativas le aporta al sistema seguridad en contra de cada una de las desviaciones y decepciones, esto es, las expectativas del comportamiento se generalizan a través de la *normación*: a las expectativas se les confiere una validez extendida en el tiempo, una validez que resiste a las decepciones y que por tanto tiene una fuerza contrafactual. La expectativa a la que se le confiere cualidad normativa se estabiliza en cuanto que se convierte capaz de *resistir a la decepción*⁵⁹; en la dimensión *material*, el proceso de generalización es para el subsistema seguridad contra incoherencia y contradicciones, mientras

⁵⁷ DI GIORGI, Ciencia del Derecho y legitimación, Universidad Iberoamericana/Colección teoría social, México, 1998, p. 239, considera: "la identificación del sentido permite recoger, mantener firme y presente por un cierto tiempo una cierta cantidad de posibilidades de experiencia, es decir, permite aislar dentro de la ingente cantidad de lo posible una unidad, definida por el sentido, la cual neutraliza temporalmente otras posibilidades, sin excluirlas totalmente, obviamente, como posibilidades".

⁵⁸ En el mismo sentido SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, (nota 48), p. 26.

⁵⁹ Cfr. al respecto DI GIORGI, (nota 49), p. 248.

que en la dimensión *social*, el sistema generaliza expectativas de comportamiento para asegurarse en contra del disenso⁶⁰.

Por ello las estructuras de expectativas han de construirse de forma más compleja para incluir no sólo la conducta ajena sino el carácter selectivo de la misma. La selectividad de la conducta ajena ésta guiada por sus propias expectativas y esto implica la necesidad de poder esperar las expectativas ajenas. Dada la doble contingencia, el experimentar y actuar social adquiere una doble relevancia: la de la realización o frustración⁶¹ de lo que uno espera de otro y la valoración de lo que la propia conducta significa para el esperar ajeno⁶². Las expectativas son, en consecuencia, abiertas: si son expectativas es, precisamente, porque no existe certeza, porque existe riesgo de defraudación. "En ocasiones es imposible renunciar en Sociedad a este riesgo de defraudación: la no renuncia a usar el automóvil para ir a trabajar lleva aparejado que la expectativa de no resultar atropellado pueda verse defraudada. Pero de todas formas, el esperar (al haber reducido complejidad), incluso aunque pueda verse defraudado (puesto que la contingencia perdura), coloca al sujeto en una situación, si no privilegiada, sí más favorable"⁶³.

En todos estos casos se trata de una protección de la norma ante la crítica mediante la valoración negativa de las causas de la frustración. La norma es siempre norma y no se pone en cuestión.

De ese modo, el aseguramiento de expectativas por medio de la norma, si bien puede ser descrito como definición de valores, no es

⁶⁰ DI GIORGI, (nota 49), p. 248.

⁶¹ Las expectativas normativas, en caso de frustración, colocan en el lugar de la conducta esperada, si ésta no se presenta, una conducta del expectante, a saber, el reconocimiento expreso de la norma, la formulación de la expectativa, actividades simbólicas, sanciones.

⁶² Así lo expresa GIMÉNEZ ALCOVER, *El derecho en la teoría de la sociedad* de Niklas Luhmann, Bosch, Barcelona, 1992, p. 179. "La función de la normatividad, y consecuentemente la del derecho, ha de buscarse en el terreno de la integración de estos dos niveles. El expectante ha de aprender no sólo a incorporar la conducta ajena, sino las expectativas ajenas: <<de forma distinta a lo que sucede frente a la naturaleza, la adaptación entre hombres se desarrolla no sólo en base a expectativas aprendidas, sino sobre expectativas de expectativas aprendidas y es dirigida, psíquica y socialmente, a este nivel. Este esperar expectativas es necesario para todo comportamiento que contemple al hombre como hombre: tanto para el mantenimiento del orden como para su destrucción, para la cooperación como para el conflicto>>".

⁶³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, (nota 48), p.27.

más que un procedimiento de estabilización que puede fracasar. El sistema social y también el propio sistema jurídico han de poder dar una respuesta a ese fracaso⁶⁴.

Por lo tanto, “la norma jurídico-penal, contemplada como una estructura dinámica, contiene un sistema de expectativas de comportamiento ajeno; como ha indicado CALLIÉS, desde una perspectiva funcional la norma expresa una relación comunicativa entre varios sujetos: el sujeto activo, sujeto pasivo y el estado⁶⁵”. Socialmente se espera que un comportamiento dañoso no se realice; si se realiza se espera que se reaccione de una manera determinada. No es sino reflejo de una realidad social en la que el orden de convivencia gira en torno a la existencia de expectativas recíprocas que permiten configurar a cada individuo su propio ámbito de actuación. Por otra parte, la finalidad a que debe tender la pena como resocialización es aumentar en el delincuente las posibilidades de participación en la vida social. A la pena corresponde, pues, la función de *creación de comunicación social*⁶⁶. El delito aparece, pues, por de pronto, como defraudación de las expectativas de seguridad sustentadas por la comunidad⁶⁷ (...) La norma penal no sólo garantiza seguridad –que podría referirse a cualquier contenido de regulación–, sino que está llamada a proteger las *posibilidades de participación* del individuo en los procesos sociales. Ésta es la función social de la conminación penal abstracta: garantizar la seguridad de las posibilidades de participación de los ciudadanos en la vida de interacción social⁶⁸. Pero no hay que

⁶⁴ En este sentido VIVES ANTÓN, Fundamentos del derecho penal, tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 434; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 67-72.

⁶⁵ Sobre el planteamiento de CALLIÉS, acerca de la norma penal, véase MIR PUIG, Introducción a las bases del derecho penal, Bosch, Barcelona, p. 69 y ss.

⁶⁶ Así MIR PUIG, (nota 57), p. 303.

⁶⁷ MIR PUIG, (nota 57), p. 303.

⁶⁸ MIR PUIG, (nota 57), p. 303. La construcción de CALLIÉS, ofrece un ejemplo de las posibilidades que existen de concebir al derecho penal como sistema social y a la ciencia jurídico-penal como ciencia social. Los conceptos básicos de nuestra ciencia –estructura de la norma penal y sus integrantes esenciales, el delito y la pena–, pueden elaborarse como conceptos sociales, capaces de obviar la crítica que acusa a la dogmática de obtener categorías aisladas de la realidad. Se garantizará, entonces, que los conceptos dogmáticos sirven a lo único que justifica la existencia del derecho penal: su función social. p. 304. Cfr. también LUHMANN, Sistema jurídico y Dogmática jurídica, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1974, p. 95, El caso viene determinado por dos variables diferentes: 1) por la medida en que la sociedad articula problemas bajo puntos de vista

olvidar que la norma penal no sólo tiene una finalidad preventiva, sino también una finalidad garantista que concretamente se manifiesta en el *principio de legalidad*.

La finalidad comunicativa racional de la norma no sólo tiene que evitar la defraudación de determinadas expectativas, sino también delimitar quiénes están obligados a observarla y cuál es el contenido de la misma. El tipo penal debe reunir las exigencias mínimas que permitan al ciudadano saber qué riesgos debe evitar realizar y en qué circunstancias dicho mandato se le dirige⁶⁹.

c) El rol como dimensión material de las expectativas.

Las sociedades actuales, dado el número de actores y el pluralismo valorativo entre ellos, así como la intrincada red de interrelaciones, ofrecen un complejo ámbito de posibilidades de actuación, el cual resulta incontrolable e imprevisible para el individuo, ya que nunca puede saberse con seguridad cómo conformarán su organización el resto de los participantes en el sistema social⁷⁰. En consecuencia, la responsabilidad jurídico penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol⁷¹. Por ello, la persona debe ser mirada en el plano de la imputación objetiva como portador

jurídicos, constituye relevancias jurídicas y conduce a conflictos a la vía judicial; y 2) por la medida en que el propio sistema jurídico trata de armonizar entre sí posibilidades de disición (nivel de pretensiones relativas a la justicia). De este modo que está parcialmente, aunque no obligatoriamente, condicionado por la sociedad, y parcialmente definido en el mismo sistema jurídico. Esto significa que el nivel de pretensiones relativas a la justicia en el sistema jurídico, el grado de abstracción de la dogmática jurídica y la medida en la que las cuestiones jurídicas deciden según criterios propios del derecho, no pueden fijarse independientemente de las expectativas sociales, del mismo modo que a la inversa, estas expectativas están orientadas a las posibilidades que ofrece el sistema jurídico.

⁶⁹ Por esta razón, JAKOBS, (nota 28), pp. 84 y 85, considera acertadamente que "lo decisivo no es determinar un predominio de uno de ambos tipos de comunicación, sino que ambos tipos sean separados limpiamente, incluso aunque en la vida cotidiana se entrelacen estrechamente; pues sólo en el ámbito personal existen expectativas normativas en el sentido estricto y sólo ahí se encuentra excluida la vinculación a informaciones mecánicas y por informaciones mecánicas"

⁷⁰ Por ello, la orientación en los contactos sociales es sólo factible cuando no ha de tener que contarse a cada momento con cada posible actuación de otro individuo, sino que para ello debe poder confiarse en una serie de expectativas, las cuales impiden que cada contacto social se convierta en un riesgo incalculable y permanente.

⁷¹ Originalmente JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 73.

de un rol, porque las expectativas de comportamiento se esperan de acuerdo con los deberes y obligaciones que el status genere, independientemente de la persona individual que lo ocupe. De hecho la separación entre los principios de identificación “persona” y “rol” es producto de la evolución social y sólo en la sociedad actual aparecen de forma suficientemente diferenciada⁷².

Cuando una persona realiza una acción delictiva, se produce el siguiente mecanismo: ese sujeto *infringe el rol* del que es portador, *defraudando* con ello *las expectativas sociales* acordes al mismo, esto es, las expectativas que la Sociedad esperaba de cualquiera que portara un rol semejante⁷³. Por tanto, al producirse el quebrantamiento de un rol común se trata de la infracción de aquellas normas que imponen a todos respeto frente a sus conciudadanos: no mates, no lesiones, no robos, etc.; el “no” respectivo resalta el lado negativo del rol⁷⁴. Esto es, el Derecho no describe lo que ha sucedido, sino que prescribe lo que no tiene que suceder. Por ejemplo, “una persona puede contar con que no va a ser atacada o violada si de noche recorre las calles de un barrio de mala reputación o un bosque solitario, o que no va a ser golpeada si asiste a un acontecimiento futbolístico, aunque la experiencia muchas veces diga lo contrario. Y esto es así porque las normas penales así lo garantizan”⁷⁵. Expresado de manera general, la seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los engaños de la vida cotidiana, o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de confianza -incluso, por la imprudencia- o de desconfianza -como puede ser una conducta dolosa-, siempre y cuando emane la confianza del Derecho⁷⁶. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los

⁷² FEIJOÓ SÁNCHEZ, (nota 31), p. 42. “Si el ciudadano no quiere vivir en un sistema dictatorial en el que se organice la vida o ser objeto de una intimidación permanente debe asumir la atribución de responsabilidad o de capacidad de imputación como coste de su libertad”.

⁷³ Así POLAINO NAVARRETE, PG, Tomo II, p. 380.

⁷⁴ JAKOBS, (nota 63), p. 75.

⁷⁵ FEIJOÓ SÁNCHEZ, (nota 31), p. 56.

⁷⁶ FEIJOÓ SÁNCHEZ, (nota 15) p. 15 y 16. “El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino conceptos normativos que deben ser determinados por la ciencia dogmática y por la jurisprudencia mediante la interpretación del derecho positivo. Dolo e imprudencia son, en definitiva, conceptos cuya determinación depende de las normas penales”.

mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza. Cuando ya no se respeta el Derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que se presenta como quebrantamiento de la norma. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas legítimas (la pena) para restaurar de nuevo la confianza.

Estoy de acuerdo con FEIJÓO SÁNCHEZ, cuando afirma “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 no hubiera pasado nada”⁷⁷.

d) La función comunicativa de la pena

Los intentos de precisar la función de la pena, ha provocado una intensa discusión sistemática (filosófico-jurídico-penal); por ejemplo, un cierto sector doctrinal –normativista-, encuentra, su fundamento en la teoría de la pena de HEGEL, al entender este autor que el “hecho penal y pena no son aclarados como una consecuencia de dos males causal-exteriores consecutivos, sino que son interpretados en un plano simbólico-comunicador, en un plano de la significación”⁷⁸, ya que sino no consistiría más que en la secuencia *irracional* de dos males⁷⁹. Por ello, la función del Derecho penal se encuentra estrechamente relacionada a la función de la pena. En palabras de FERRAJOLI “...en el Estado democrático de derecho no debería existir otra violencia legal que aquella mínima necesaria para prevenir formas de violencia

⁷⁷ (nota 31), p. 58.

⁷⁸ Así LESCH, (nota 28), p. 27. “Delito (quebrantamiento de la norma) y pena se localizan en el plano del *significado* y no de aquél, tan sólo exterior, empíricamente tangible, de los resultados materiales del delito. Pena y delito son actos simbólicos, tienen un contenido simbólico-comunicador; deben ser entendidos como discurso y respuesta”. p. 35.

⁷⁹ LESCH, (nota 28), p. 30 y s., considera que “...la pena y delito en HEGEL son trasladados del plano del mal empíricamente aprensible al simbólico-comunicador de las condiciones sociales básicas del Derecho, la pena no debe ser de la misma clase en sentido material (como en el talión) –como ésta era aún entendida por KANT, sino que como compensación simbólico-comunicadora es de la misma clase pero en un sentido valorativo. Este valor no está preestablecido de ninguna manera en todo tiempo como algo fijo, sino que es relativamente determinado de acuerdo con el estado correspondiente de la sociedad”.

ilegales más graves y vejatorias”⁸⁰. Concepción, que recientemente, también BERUMEN ha hecho suyo “...el análisis de algunos procesos penales reales tendrá que presuponer y, en muchas ocasiones, hacer explícito que la relación entre el lenguaje y la violencia, dentro del proceso penal deberá ser el siguiente: *la violencia no debe ser, en principio, la condición del lenguaje penal, sino que el lenguaje racional debe ser la condición para la aplicación de la violencia penal*. Es decir, la violencia penal debe ser la consecuencia del lenguaje racional y no del lenguaje irracional, para ser considerada legítima. La racionalidad de la comunicación penal no excluye, pues, absolutamente, a la violencia, sino que condiciona a su validez comunicativa al cumplimiento de su propia racionalidad, es decir, entre otros requisitos, a la ausencia de violencia comunicativamente entre condiciones”⁸¹. No obstante a lo anterior, la comprobación de los usos habituales en el lenguaje jurídico muestra en este punto una cierta arbitrariedad, entonces: ¿qué regla o reglas de solución pueden proponerse? HABERMAS ya hizo hincapié en la literatura alemana, en su obra *Facticidad y Validez*, al referir, que sin la inserción de la acción comunicativa en contextos del mundo de la vida sería improbable una integración social basada en el lenguaje, pues contingencias inesperadas aportarían sustento continuo al riesgo de disenso⁸² –así lo denomina el autor-. El mundo de la vida, “esa ancha e inmovible roca que surge de las profundidades y que son los patrones de interacción sobre los que hay consenso, las lealtades y las habilidades”⁸³, se desmorona a causa de la aceleración de las condiciones vitales y debe ser reproducido a través de la acción orientada al entendimiento.

⁸⁰ El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 92.

⁸¹ Análisis comunicativo del procedimiento penal en México, INACIPE, 2000, p. 14, de acuerdo con BERUMEN, FEJOO SÁNCHEZ, (nota 31), pp. 59-61; FERRAJOLI, Derecho y razón, Trotta, Madrid, p. 332; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 37-40.

⁸² (nota 47), p. 83, ya anteriormente se observa este planteamiento en su obra Teoría de la acción comunicativa, publicada en 1981, la cual representa hasta la fecha uno de los esfuerzos de HABERMAS por reconstruir una teoría de la sociedad con intención práctica.

La explicación de HABERMAS se apoya en buena parte en la teoría de la racionalidad comunicativa, particularmente en la idea de la fuerza racionalmente vinculante que adviene a los actos ilocucionarios en virtud de su interna conexión con razones y, en la correspondiente posibilidad de un reconocimiento intersubjetivo basado en la convicción racional y no en la fuerza externa.

⁸³ (nota 47), p. 83 y s.

De lo anterior surge la pregunta sobre ¿cómo aquella legitimidad normativa será relevante para la imposición de pena? El punto de partida para una respuesta es el buscar un modelo que una la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de libertad⁸⁴. Esto es, la autonomía comunicativa del individuo, entendido como alguien a quien se le señala el campo de acción para sus acuerdos, solo que únicamente él determina cómo usar ese campo de movimiento para su acción⁸⁵. Lo que conlleva, a dos supuestos: el primero, que cumpla con su campo de acción (respete la norma); y el segundo, no cumpla con su rol dentro de su campo de acción en virtud de la expectativa que la norma le confiere (quebrante la norma), bajo un supuesto de infracción de deber o dolo. Estas condiciones permitirán que el Estado intervenga con la imposición de pena bajo la atribución de un significado sustancialmente expresivo o comunicativo⁸⁶.

La obra de JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en un derecho penal funcional*, se basa en estos principios, y le ha dado un nuevo impulso a la dogmática penal actual, al radicalizar su análisis en un método funcional. Lo cual, no quiero decir que el método funcional sea inadecuado, sino que no ha sido utilizado en su verdadera potencialidad. Para hacerlo, es necesario despojar sus referencias ontológicas, que lo subordinan innecesariamente al análisis causal al ser que la causalidad es antes bien un caso de análisis funcional y no a la inversa el funcionalismo un caso particular de la causalidad. Sin embargo, el tema ha sido objeto de una intensa discusión, básicamente filosófica, a partir de las fundamentales aportaciones de JAKOBS; sería por tanto, inexacto pretender realizar una aproximación metodológica al problema en el espacio que debemos conceder a esta cuestión⁸⁷.

⁸⁴ Sobre la autonomía comunicativa y lealtad comunicativa cfr. KINDHÄUSER, (nota 5), p. 42 y ss.

⁸⁵ HABERMAS, (nota 47), p. "La validez jurídica de una norma (...) significa ahora que ambas cosas se garantizan al mismo tiempo: tanto la legalidad de la conducta, en el sentido de un seguimiento necesario puede ser forzado mediante sanciones, como la legitimidad de la regla misma, que hace posible un seguimiento de la norma basado en cada caso en una consideración positiva ante la ley".

⁸⁶ Principalmente JAKOBS, PG, pp. el mismo, (nota 28), pp. 18, 69-85; KINDHÄUSER, (nota 5), p. 42 y ss.

⁸⁷ Sobre el particular sugiero los trabajos críticos de SCHÜNEMANN, (nota 18), pp. 643-663; La culpabilidad estado de la cuestión, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, principalmente pp. 98-114; y sobre cuestiones metodológicas de la dogmática penal moderna cfr. del mismo autor, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, tecnos, Madrid, 1991, pp. 15 y ss.

Este autor afirma, desde luego, que “Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los participantes de esa sociedad, es decir, los individuos, representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos *una norma*”⁸⁸, con lo cual entiende, que la norma es la expresión de una expectativa de conducta institucionalizada (estabilizadas contrafácticamente), que no prometen un comportamiento adecuado a la norma pero sí protegen a quien espera un comportamiento adecuado a la norma, lo que significa que JAKOBS, considera al delito no como un fenómeno circunscrito a la relación entre norma e infractor, sino como un fenómeno social en el que la víctima y la colectividad se ven afectadas. Este autor y siguiendo con HABERMAS, entienden que el proceso comunicativo resulta ser un instrumento de gran importancia para determinar si existe, o no, una igualdad entre las personas –conforme a un esquema de deber y espacio de libertad-, al examinar la estabilidad normativa en sociedad y para proponer procedimientos racionales que sustenten consensos vinculantes⁸⁹ entre los contactos que sostengan las personas en sus respectivos ámbitos de competencia, en atención, a dos condiciones: el comportamiento debe estar regido por normas, y ha de resultar adecuado a la norma⁹⁰. Que esto es así, lo pone de relieve la propia concepción de la norma como expectativa de conducta estabilizada

⁸⁸ (nota 28), p. 51.

⁸⁹ Para HABERMAS, Observaciones, p. 479. “A la teoría sociológica de la acción le importan no sólo las características formales de la acción social en general, sino los mecanismos de coordinación de la acción que hacen posible la concatenación regular y estable de interacciones. Los *patrones* de interacción sólo se forman cuando las secuencias de acción a las que los distintos actores hacen su aportación, no se rompen contingentemente, sino que se coordinan según reglas”. Por su parte JAKOBS, Sociedad, p. 26. “Una parte de las normas de las que aquí se trata viene dada por el mundo racional, dentro del cual se produce en la era moderna la comunicación que es común entendimiento, y que no necesita de una estabilización especial: esta parte de las normas se encuentra asegurada de modo suficiente por vía cognitiva; quien no la acepte, puede que sea comprendido en algunas sociedades parciales, pero sólo allí”.

⁹⁰ Así JAKOBS, (nota 36), p. 17. Por su parte HABERMAS, citado por BERUMEN, La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural, Cárdenas Editores, 2000, p. 265. “Para Habermas, el plan de acción comprende tres fases o elementos: el primero, es la interpretación común de la situación, por parte de los participantes en la misma, el segundo consiste en las alternativas de acción percibidas como posibles o existentes, a partir de la interpretación de la situación y, por último, la realización del plan de acción”. Las letras en negrillas las he resaltado con la intención de establecer la relación del proceso comunicativo de la acción con la previsibilidad y evitabilidad, que son elementos indispensables en la imputación de un resultado de una conducta imprudente.

contrafácticamente. Por ello, JAKOBS, sostiene que “sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional”⁹¹. Una infracción normativa es, por tanto, una desautorización de la norma, la cual dará origen a un conflicto social en la medida en que se ponga en tela de juicio a la norma como modelo de orientación. Como señala KINDHÄUSER, “la racionalidad, que exige la comunicación orientada al acuerdo, no es de naturaleza instrumental”⁹². Aquel que acepte argumentar exigencias de verdad o de valoración de forma discursiva, expresa ya con esto que la verdad y la valoración no se pueden encontrar por medio de engaño o de manipulaciones de las convicciones”⁹³...“En relación con esto crece el área de los ámbitos individuales libres, y estas libertades necesitan, en cuanto que ellas colisionan recíprocamente en el espacio social, de la coordinación social, dentro de la cual los participantes se entienden”⁹⁴.

Desde esta perspectiva, ha señalado ALCÁCER GUIRAO, que: “Desde una concepción liberal, entonces, el Derecho penal debería asumir un modelo de persona que respondiera a ambas facultades. En este sentido, parece evidente que el Derecho penal, enfrentado a una permanente tensión dialéctica entre facticidad y validez, entre una protección efectiva *frente* a potenciales delinquentes y el respeto a unos principios garantísticos no instrumentalizables en aras de dicha protección, debe operar con un concepto de “persona de Derecho” acorde tanto a la realidad fáctica como a presupuestos valorativos, ya que un modelo exclusivamente valorativo y excesivamente idealizado contradiría la realidad, por lo que resultaría inviable respecto del fin de protección efectiva de la libertad de los ciudadanos, mientras que un modelo que sólo atendiera a lo empírico abandonaría la atención a las garantías individuales, orientándose exclusivamente

⁹¹ JAKOBS, (nota 28), pp. 17 y 18.

⁹² Tal y como lo explica HABERMAS, Observaciones, pp. 482-484 y 487. Por nuestra parte, considero que ciertamente la pena se mueve también en el nivel instrumental de la obligación jurídica, la que le asegura la autenticidad del derecho.

⁹³ (nota 5), p. 38.

⁹⁴ (nota 5), p. 40, sobre este punto KINDHÄUSER, considera que “En el caso del acuerdo sobre la coordinación de intereses, no solamente el yo (*ego*) expresa su punto de vista, sino que debe realizar un cambio de perspectiva para que la comunicación se logre. Para que *Ego* (Yo) pueda expresarse de tal forma que *Otro* lo entienda entonces *Ego* debe colocarse en el rol de *Otro* y observarse desde esa perspectiva. Así *Ego* consigue a su vez comprenderse así mismo: *Ego* solamente aprende a entenderse y a entender su rol dentro de la interacción al asumir el rol de otros”. p. 38.

hacia una maximización estratégica de la efectividad punitiva, y vulnerando, de igual forma, la libertad de los ciudadanos”⁹⁵.

De ahí la necesidad de garantizar la autonomía comunicativa de *ego*, con la condición de que acepte el perjuicio de la pena como una reacción simbólica a la decepción que produzca por la deslealtad de su acción y, además, al apreciar su acción desde la perspectiva de *Alter*. Resumiendo: la misión de la pena es preventiva en el mantenimiento de la norma como modelo de **orientación-racional** en el campo de acción de la -autonomía comunicativa-, tanto por parte de *ego* como de *alter* en los contactos sociales, quienes confían en una norma, lo que conlleva a que el Estado responda positivamente confirmando la confianza, logrando esto con la prevención general positiva⁹⁶. No obstante, el tema fundamental será en determinar, tal y como lo plantea GIL GIL, qué es lo que el Derecho penal debe tratar de lograr y qué es lo que debe tratar de evitar (prevenir)⁹⁷.

1.3. Conclusiones.

1. La unidad básica del sistema social es la relación estatus-rol, como componente estructural del sistema social y no como rasgos de los sujetos o de las interacciones sociales. El estatus es la posición estructural del hombre dentro del sistema, y el rol es aquello que hace el actor en esa posición. No se mira al sujeto en función de sus pensamientos y comportamientos sino en función del conjunto de estatus y rol, es decir, en función del sistema.

⁹⁵ (nota 36), p. 230.

⁹⁶ A partir de esta consideración JAKOBS, (nota 36), p. 33, explica que si “la teoría de la prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención *general* porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto es, trata de *prevención* porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”.

La prevención general positiva es para JAKOBS, como el ejercicio en el reconocimiento de la norma, que se divide en tres aspectos:

1. Ejercicio de la confianza en la norma.
2. Ejercicio de la fidelidad en el derecho, y
3. Ejercicio en la aceptación de las consecuencias.

⁹⁷ Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal, en DIEZ RIPOLLÉS et. al. (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 9-35.

2. El concepto de persona es sustituido por los conceptos de *alter* y *ego*, con la finalidad de diferenciar a la persona como entes psíquicos que integran en sí mismos las observaciones que cada uno realiza del otro.

Ello supone, que la acción de *ego* se encuentre dirigida por la expectativa de que *alter* acepte o rechace esa acción, y viceversa. De ahí que la noción de expectativa contribuya, en cierto sentido, a reforzar radicalmente la doble contingencia y a hacer de ella un elemento estructural de toda acción.

No obstante, la doble contingencia actúa de un modo autónomo: ella misma crea las posibilidades de selección y de ordenación de selecciones para quienes intervienen en ella.

3. La base de la responsabilidad penal radica en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante debe serle reprochado su comportamiento desviado.
4. El Derecho penal se debe guiar fundamentalmente por las observaciones científicas a partir de lo real, y no por lo metafísico o especulativo. Por ello, no retribución ni culpabilidad, y sí lo verificable, por ejemplo, la prevención general y la resocialización.
5. Limitar los objetivos legítimos de la prevención general a la denominada prevención integración, que se define como el refuerzo de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico. Con la prevención integración, se buscara estabilizar en la ciudadanía la confianza en el ordenamiento normativo, perturbada por la conducta delictiva.
6. La misión de la pena será preventiva (positiva) en el mantenimiento de la norma de determinación, como modelo de orientación-racional en el campo de acción de la -autonomía comunicativa-, de *ego* como de *alter* en los contactos sociales, quienes confiarán recíprocamente en los valores ético-sociales impuestos por las normas que determina el Estado en respuesta positiva y quien confirma la confianza entre las personas (*alter-ego*).

CAPÍTULO SEGUNDO
LA CONFIANZA: EVOLUCIÓN Y
ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

1. Sobre el concepto de confianza

a) La amistad como punto de partida en ARISTÓTELES

La filosofía de ARISTÓTELES da la pauta para iniciar un estudio detallado sobre el origen de la confianza en sociedad¹. Sin embargo, cabe preguntarse dos cuestiones: **¿De dónde surge el concepto de confianza?** y **¿En qué fundamenta ARISTÓTELES la confianza dentro de su filosofía?** Para poder responder estas interrogantes, he tenido que basarme en algunas consideraciones sobre su ética, la cual creó como ciencia autónoma y delimitó claramente su dominio, su finalidad y sus métodos, los cuales se ven rotundamente reflejados en su obra *Ética Nicomaquea*, particularmente en los libros VIII y IX, que a continuación me referiré.

El dominio de la ética para ARISTÓTELES, es la acción humana² que forma parte de los fenómenos, los cuales pueden producirse también de otra manera; la finalidad de la ética no es el conocimiento de la virtud, sino la educación para formar un hombre valioso³ (tal vez sería oportuno recordar que ARISTÓTELES no escribe su ética para el hombre común). De ahí, que ARISTÓTELES subraya una y otra vez, que sin obrar justamente nadie tiene siquiera, la más mínima perspectiva de llegar a ser alguna vez un hombre moralmente valioso, sin embargo, en lo esencial su ética es un análisis teórico de las formas de

¹ Ahondar más en el concepto de confianza, evidentemente nos llevaría a los presocráticos como fue el caso en HERÁCLITO quien, en los fragmentos B 114 y B 2 al unirlos producen el siguiente párrafo:

“Es necesario que los que hablan con inteligencia ($\chi\gamma\eta\ \eta\upsilon\ \iota$) **confíen** en lo que es común ($\chi\gamma\eta\ \sigma\ \iota$) a todos, tal como un Estado en su ley, y en mucha mayor **confianza** aún, en efecto todas las leyes humanas se nutren de una sola, la divina, que controla todo cuanto desea, y es suficiente para todos, y sobra.

Por lo cual es necesario seguir a lo común ($\chi\gamma\eta\ \iota$); pero aunque la razón es común, la mayoría viven como si tuvieran una inteligencia particular.”

El marcado en negrilla es mío.

² Sobre el particular ARISTÓTELES, Libro VIII, p. 104.

³ DÜRING, Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento, UNAM, 1987, p. 708. “Es natural que durante una vida erudita de cuarenta años Aristóteles haya modificado en los detalles y corregido sus puntos de vista; de ahí que pasó por un desarrollo natural para un científico; cuanto más amplio llegó a ser su horizonte, cuanto más hondo penetró en los problemas, tanto más maduro y acrisolado se hizo su juicio”.

manifestación del Bien⁴ y de la estructura del obrar ético⁵. Así, para este autor, tomar la decisión es asunto de otra facultad del alma, a saber, de la voluntad. Si lo visualizamos desde una perspectiva externa, lo primero que se hace es juzgar a un hombre según la intención; pero como no se puede ver la intención ni el propósito, se tiene que juzgar la cualidad de un hombre según sus obras –es así como lo explica ARISTÓTELES.

Es pues, perfectamente, visible para ARISTÓTELES, que la confianza comience con la *amistad*, al ser para él, la “cosa más necesaria en la vida. Sin amigos nadie escogería vivir, aunque tuviese todos los bienes restantes”⁶. Además, “parece vincular las ciudades, y podría creerse que los legisladores la toman más a pecho que la justicia”⁷, en tanto que la califica desde el primer momento dice Welzel: “como virtud social, mientras que la máxima <<hacer cada uno lo suyo>> no lleva necesariamente en sí la relación social. Justicia es virtud que se refiere a otros, y es por ello la virtud más perfecta, porque el hombre no la ejercita meramente para sí mismo, no frente a otros”⁸. Sin embargo, el propio ARISTÓTELES reconoce que la verdadera amistad llega a ser “rara”, por creer, que hay pocos hombres. Aunado a esto afirma que “hace falta, además, tiempo y trato, pues según el proverbio, no pueden conocerse mutuamente los hombres antes de haber consumido justamente la sal, no recibirse o darse por amigos

⁴ Con esto se observa con toda claridad el significado que es dado en la filosofía aristotélica a esta manifestación de Bien. ARISTÓTELES, (nota 2), p. 105, “Entre la gente de bien hay confianza, así como la seguridad de que jamás se harán injusticias, y todas las otras cosas requeridas en la verdadera amistad. En las otras al contrario, nada impide que lleguen a surgir esos males”. En el original no aparece marcado con negrillas.

⁵ DÜRING, (nota 3), p. 711, explica que “Lo nuevo en Aristóteles es que considera cada una de las virtudes bajo el aspecto de la teoría de la exacta medida. Además, su exposición está enfocada enteramente hacia el *spoudaios* o *phronimos*. Este hombre ideal aristotélico “jamás, así podemos esperarlo, hará por libre decisión algo que tenga que aborrecer y sea mediocre. Un arrepentimiento posterior es, por decirlo así, del todo impensable en él”.

Con lo anterior, entiendo que para Aristóteles las virtudes del hombre y en particular una: la *amistad*, como el amigo desinteresado, de manera que si quiere vivir como hombre entre los hombres, pueda realiza el último fin de la vida humana, la actividad filosófica del espíritu, la *theōria*, que más adelante analizaremos en detalle.

⁶ ARISTÓTELES, (nota 2), p. 102.

⁷ ARISTÓTELES, (nota 2), p. 102.

⁸ WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho. derecho natural y justicia material, Aguilar, Madrid, 1971, p. 29 y s. Más en profundidad cfr.

antes de que cada uno se muestre al otro amable y haya ganado su **confianza**"⁹.

En cada una de las formas de gobierno la amistad aparece en la misma medida que la justicia¹⁰. Por ello, el derecho del Estado deviene de la necesidad de solucionar las discrepancias que pueden darse acerca de los límites de los deberes recíprocos insertos en aquellas relaciones de amistad orientadas a la simple utilidad, pues en ellas, dado que en su interior se pueden presentar discusiones sobre las prestaciones que deben ser cumplidas, se debe obtener una organización que asegure las exigencias mínimas en este campo, es decir, se necesita del Estado¹¹, de no ser así habría una tiranía, en la cual hay poca o ninguna amistad¹². No obstante, una vez que se haya establecido orden en una ciudad, ya no se necesita un monarca que tuviera que estar presente en todo lo que sucede, sino que cada individuo hace lo que está en sus manos, como fue ordenado desde el principio. Por lo que no es aconsejable cambiar las leyes con demasiada frecuencia, aun cuando necesiten corrección, *pues tales cambios despiertan desconfianza frente a los gobernantes*¹³. Si se cambian a la ligera leyes vigentes, debilita uno el respeto a la ley¹⁴.

⁹ ARISTÓTELES, (nota 2), p. 105, en el original no está marcado con negrillas.

¹⁰ PERDOMO TORRES, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. La contribución de la filosofía del derecho de Hegel a la solución, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p.138. "En contraposición con lo anterior, en las amistades ideales no existe reclamación acerca de prestaciones no cumplidas y aún menos acerca de los deberes recíprocos entre ellos; aquí se trata de mandatos generales de eticidad que contienen leyes no escritas, aquello "justo" que no está escrito; estos preceptos y normas están exceptuados de la coacción estatal, ellos no pueden imponerse a través del poder de coacción, una vinculación ética es *cuestión de confianza*".

¹¹ ARISTÓTELES, (nota 2), pp. 109 y ss.

¹² ARISTÓTELES, (nota 2), p. 113.

¹³ Sobre el particular JAKOBS, El delito imprudente, en Moderna dogmática penal. estudios compilados, Porrúa, México, 2002, p. 319, considera que "Si la desconfianza se convierte en un deber jurídico, provoca la infracción insolente de las reglas; en tal caso, la libertad de actuación existe bajo reserva de que no concorra una probabilidad relevante de que otro la recorte..."

¹⁴ En este sentido, por ejemplo CARRANCA Y TRUJILLO, DPM, p. 53, "...leyes y medidas pragmáticas momentáneamente puestas en vigor y rectificadas a poco de ser aplicadas; constante hacer para deshacer"; GARCÍA RAMÍREZ, Una reforma constitucional inquietante (La iniciativa del 9 de diciembre de 1997, Criminalia, p. 3, al momento de señalar la responsabilidad que implica ser legislador, "...cuando imagina una ley o recibe un proyecto, comienza el grave ejercicio de responsabilidad que concluirá en la norma positiva. Esta se agrega inmediatamente a la historia. Es historia, desde que inicia su vigencia. Y a partir de ese punto también comienza, inexorable, el juicio de la historia sobre el trabajo del legislador".

Ahora bien, la amistad encarna, aquella posibilidad próxima de probar en sí (en el amigo) la actividad íntegra de reflexión del espíritu. ARISTÓTELES destaca tres clases de relaciones, las cuales al mismo tiempo representan uniones entre los hombres: **la utilidad, el placer y el bien**. Por lo que respecta a la amistad por utilidad, muestra la amistad por accidens, se quiere al otro no en su propia voluntad, sino a causa de aquello que se recibe de él; esta amistad es fácil de disolver (por ejemplo, las relaciones negociales), aquí la unión de la amistad es fundada a través de cuya simpatía tiene su raíz en la búsqueda de comodidad; luego, son amistades motivadas por un determinado interés, el lazo de unión es, de igual forma, fácil de disolver (por ejemplo, entre jóvenes)¹⁵. PERDOMO TORRES considera que en ARISTÓTELES “el concepto de comunidad se encuentra definido de forma amplia, desde el tráfico comercial casual hasta el vivir en la familia, en el Estado, en amistad; la amistad por su parte está dirigida a la búsqueda del bienestar recíproco, desde un mínimo de ayuda que debemos prestar, hasta la vida común entre los pertenecientes a una familia, y aquellos sujetos animados por un sentimiento”¹⁶. La fuerza y la amplitud de los deberes y del grado de vinculación, se concretiza a través de la clase de relaciones de amistad: “El derecho no es el mismo en la relación de los padres frente a los hijos como entre hermanos o camaradas... conforme a ello, esto significa también que el agravio en cada una de esas relaciones es algo distinto... Así, es pero... rehusarle ayuda al propio hermano que a un amigo, maltratar al propio padre que a una persona cualquiera”¹⁷.

En resumen, considero que la ética de ARISTÓTELES permite comprender lo valioso de la amistad como virtud del hombre de bien. Por ello, **entre los hombres de bien hay confianza**, así como la seguridad de que jamás se harán injusticias¹⁸. Toda vez que, “se obra

¹⁵ ARISTÓTELES, (nota 2), pp.103 y ss; en sentido similar PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 120 y s.

¹⁶ (nota 10), p. 123.

¹⁷ PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 123; ARISTÓTELES, (nota 2), p. 110. “Así por ejemplo, es más grave despojar a un camarada que a un conciudadano, y no ayudar a un hermano que aun extraño, y golpear al padre que a otro cualquiera. La justicia, por su naturaleza, cree a par de la amistad, como que ambas existen en los mismos sujetos y tienen igual extensión”.

¹⁸ Sin embargo, ARISTÓTELES, (nota 2), p. 107, señala una excepción al principio de la amistad “No es posible ser amigos de muchos según la amistad perfecta, como tampoco amar a muchos a la vez. La amistad tiene cierta apariencia de exceso, y los sentimientos excesivos no se enderezan

voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esa clase está en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también está en su mano el hacerlas o no"¹⁹. Con todo, la amistad consiste para este autor: "a lo que parece, más bien en amar que en ser amado"²⁰. Esto es, pueden ser amigos aun los desiguales, entre sí, porque así pueden igualarse, pero igualdad y semejanza son amistad, y sobre todo la semejanza en la virtud. Lo que conlleva, a que no toda amistad descansa en un parentesco, camaradería, compañeros de viaje, etc., sino también en una asociación "formal", es decir, por un contrato. Toda vez, que no es difícil darse cuenta de que no es posible convivir con muchos, dividiéndose uno entre tantos. Además, agrega ARISTÓTELES que "es preciso que nuestros amigos sean también amigos entre sí, si todos han de pasar sus días unos con otros, lo cual entre muchos es dificultoso"²¹. De ser así, la amistad no sería absoluta, sino puro interés.

b) La eticidad de HEGEL en las relaciones de confianza.

La influencia aristotélica se hace evidente en la teleología que domina la Moralidad y toda la subyacente teoría del espíritu subjetivo, y, más en concreto, al poner la felicidad como fin moral de la acción²². No obstante, HEGEL da un paso más y distingue la eticidad con la moralidad: la eticidad, mira el comportamiento humano bajo el punto de vista objetivo, es decir, comunitario institucional, desde los marcos institucionales en que el individuo desarrolla su vida y comportamiento, desde la cultura en que vive, desde el marco social y político en que se encuentra integrado, fundamentado, respetado,

naturalmente sino a una persona. No es fácil que muchos agraden vivamente a la vez al mismo individuo, y tampoco lo es quizá que existan muchos hombres de bien. Es preciso, además, haber cobrado experiencia mutua y alcanzado familiaridad, lo cual es sobremedida difícil".

¹⁹ ARISTÓTELES, Libro , sobre el particular la doctrina a desarrolla extensamente los principios de la imputación en ARISTÓTELES, véanse entre otros, RUEDA MARTÍN, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, Barcelona, 2001, pp. 66 y 67; WELZEL, (nota 8), pp. 23-32.

²⁰ ARISTÓTELES, (nota 2), p. 109.

²¹ ARISTÓTELES, (nota 2), p. 128.

²² Para profundizar sobre el particular AMENGUAL COLL, La moralidad como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del Derecho de Hegel, trota, Madrid, 2001, principalmente pp. 218-221; HEGEL, Lecciones sobre la historia de la filosofía II, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 311-315.

motivado, permitido, promovido, etc.²³. Tal y como diría HEGEL "...y el hombre mediante lo ético tiene derechos en cuanto tiene deberes y deberes en cuanto tiene derechos"²⁴. Esto es, por la eticidad la libertad se convierte en objeto y naturaleza de la conciencia, **saberse libre**, pero, a la vez, **la conciencia de la libertad requiere que la libertad se haya objetivado, a fin de ser objeto para la conciencia y que ésta se constituya como conciencia de la libertad**²⁵.

De este modo, el lado de lo objetivo de lo ético tiene otra expresión importante en la costumbre "...en la identidad simple con la realidad efectiva de los individuos"²⁶; este aspecto pone de manifiesto la identificación de los individuos con ella y, por tanto, con lo ético.

En base al §147 HEGEL señala que se pueden distinguir cuatro grados de la relación ética para con la "sustancia ética". Para objeto de estudio únicamente me limitaré al segundo grado de ética, al que se caracteriza como "**fe y confianza**", que ya no es pura identificación, sino relación, donde están ya en juego representación y diferencia.

Por otra parte, como momentos del concepto no es difícil ver su pertenencia a cada una de las esferas en que se divide la eticidad: familia, sociedad civil, Estado. Y a estos tres momentos corresponden, además, las tres actitudes éticas del sujeto respecto a "sustancia ética": fe y confianza, reflexión y entendimiento por medio de razones, y, finalmente, conocimiento adecuado²⁷, de modo que lo ético no aparece como algo extraño al sujeto, sino que se encuentra en lo ético como "en su elemento no diferenciado de sí" y, por tanto de ahí se encuentra su "autosentimiento" y en "una relación que inmediatamente es todavía más inmediata que la misma fe y confianza"²⁸. **Por ello la confianza,**

²³ AMENGUAL COLL, (nota 22), p. 378, "...a saber, que la eticidad no se opone a la moralidad, sino que la presupone y la integra."

²⁴ Filosofía del derecho, §155, p. 154.

²⁵ En la doctrina funcionalista jurídico-penal, se pregona este postulado de HEGEL sobre la "igualdad" entre personas. Es decir, reconocer a los otros como otro yo de forma vinculante. Sobre el particular véanse principalmente en JAKOBS, su obra determinante, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, civitas, Madrid, 1998; FEIJOO SÁNCHEZ, *RDP Crim.*, 2000, p. 95 y s.

²⁶ (nota 24), §151, p. 153

²⁷ (nota 24), §147, p. 150.

²⁸ Filosofía del derecho, §147, p. 150.

tomada como actitud propia de la familia, y en general de la eticidad inmediata, respecto a las leyes y las instituciones.

La teoría de la eticidad en HEGEL es, por tanto, **una teoría de los deberes** que contiene aquellos que se originan de las relaciones racionales, necesarias y objetivas entre los hombres, y que no pueden ser consideradas simplemente como deberes humanos, sino que se presentan como *deberes especiales*, por ejemplo: de los esposos, de los padre e hijos, del profesor y los alumnos, del gobernante y gobernado, etc.; estas relaciones éticas son familia, clase, comunidad, Estado, etc. Esta es la materia jurídica señala MICHELET²⁹ al criterio de la hermandad, y la respuesta recíproca de todos para todos es la cima de esa hermandad ya que todos los hombres se contemplan como hermanos, como miembros de un ser universal: de esa forma se hallan en una organización común para que cada uno obtenga lo que le corresponde³⁰; para que todos disfruten de la posibilidad de ejercitar sus fuerzas libremente; y para que el perjuicio proveniente de la naturaleza y de la suerte sea compensado por la ayuda y el aseguramiento recíproco. De lo que se trata aquí es de una inmanente y consecuente teoría del deber que no puede, sin embargo, ser otra cosa que el despliegue de las relaciones que son necesarias en el Estado en virtud de la idea de libertad, y por ende *reales* en toda su amplitud³¹.

¿Pero que puede ser el Estado Hegeliano? La respuesta es perfectamente a la Idea lógica³². Él no es pues ni un Estado concreto, existente, ni un Estado ideal, sino... *la Idea del Estado*: "Por lo que hace a la idea del Estado -dice HEGEL- no hay que tener a la vista estados particulares ni instituciones particulares, sino considerar más bien a la Idea, este Dios efectivo, de por sí... El estado no es una obra artificial, sino algo que está en el mundo, y por ende en la esfera de la

²⁹ Citado por PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 117.

³⁰ PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 116 y s. "Pero aquello que es ético, sólo puede alcanzar su existencia a través del actuar del individuo, pues esto no es, según HEGEL, "algo extraño para el sujeto" (§147); en las relaciones éticas las personas viven unas para las otras, con una gran variedad de prestaciones entre ellas o sencillamente con la totalidad de la persona; la forma de actuación ética se refiere al hombre no como persona abstracta, "ella no es simplemente prohibitiva..., sino que *manda tributarle al otro algo positivo*".

³¹ (nota 24), §148, p. 151.

³² (nota 24), §157, p. 155.

arbitrariedad, del acaso y del error; su mala conducta lo puede desfigurar en muchos respectos. Pero el más feo de los hombres, el criminal, un hombre enfermo y lisiado sigue siendo un hombre vivo; lo afirmativo, la vida, se mantiene a pesar de las faltas; y aquí se trata de eso afirmativo.³³

De acuerdo con lo anterior, la tarea principal del Estado no consiste en la protección del individuo y de la voluntad particular, sino en la protección del interés general, pues el Estado es la "realidad de la idea ética"³⁴, en él son suprimidos y al mismo tiempo conservados y salvaguardados los intereses individuales, él es el nivel más alto de la existencia de libertad. Por esto, el Estado es absoluto, finalidad: "las aporías de la sociedad civil son la prueba de que debe haber una institución, en la que el interés de los individuos como tal no sea el fin último hacia el cual ellos se han unido, sino esta institución debe ser más bien el contenido y fin verdadero³⁵. De esa forma se produce en el Estado, según HEGEL, una unión entre lo particular y lo universal, la voluntad general es transmitida por las leyes y la organización estatal y, teniendo en cuenta que el Estado se encuentra supeditado al bienestar y a la libertad del individuo, los individuos reclaman la voluntad general como contenido de su voluntad particular, en la medida en que su bienestar esté asegurado por parte del Estado³⁶. "Esta comunidad debe tener al mismo tiempo la posibilidad de producir una estructura necesaria y, con palabras de HEGEL³⁷, **racional que genere deberes especiales, de lo contrario, se trataría de una confianza presente en cada contacto social**, por ejemplo, la madre que

³³ (nota 24), §258, p. 210 y s., Según esto, DUQUE, Historia de la filosofía moderna. La era crítica, Akal, Madrid, 1998, p.832. "Es pues inexacto sostener incluso que el Estado sea racional (aunque su Idea desde luego la sea), y menos que sea la Razón. El Estado es más bien, en expresión precisa de Hegel: <<un jeroglífico de la razón>>. Es decir, sólo su núcleo -una vez descifrado- es racional, no su aparición fenoménica; y a ese sentido tantas veces oculto debe atenerse la consideración filosófica (utilizando como código la Ciencia de la Lógica), excluyendo en cambio la supuesta utilidad social del Estado, su carácter exterior y por ende contingente, etc. pero, como tal <<jeroglífico>>, lo racional del Estado es por lo pronto *para nosotros*, que debemos saber interpretar los signos exteriores, todavía demasiado cargados de *iconicidad*, o sea de semejanza y contaminación con lo natural".

³⁴ (nota 24), §257, p. 210.

³⁵ PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 134 y s.

³⁶ PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 135.

³⁷ Citado PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 142.

deja a su hijo a cargo de una niñera en la noche. La racionalidad de este momento no se deja deducir de la filosofía hegeliana como criterios aislado, independiente de los demás; sin embargo, nos encontramos con aquello que podemos denominar como “confianza”, es decir, nos movemos absolutamente en el terreno del derecho, por lo que se nos permite hablar de una racionalidad parcial³⁸”.

“Dos son pues los pilares subjetivos del Estado en la concepción hegeliana: la íntima conciencia de que lo ordenado por el Estado tiene su fuente última de legitimación en la voluntad colectiva (de lo contrario, no nos irritaríamos en los casos que consideramos contrarios a esa norma, sino que ello nos parecería muy natural) y el sentimiento de que, como siguen repitiendo hoy con la declaración los alemanes: *Ordnung muss sein*; <<Tiene que haber orden>>... **La confianza en la ley no es sino la confianza en la *autoproducción* del Espíritu como espíritu en el mundo**”³⁹.

Estas consideraciones permiten apreciar con toda claridad la existencia de expectativas que recaen en determinadas personas, que se comportarán de una manera especial; de tal suerte, **la confianza que ha sido transmitido a través de la constancia en el ejercicio de una obligación, ennoblece la protección de la ley, es decir, la libertad vista normativamente tiene límites de los que carece la libertad del estado natural.**

c) La confianza en el sistema social de LUHMANN

Una vez analizados, los postulados esenciales del concepto de confianza en el aspecto ético y filosófico que resultan de gran utilidad para el Derecho penal⁴⁰, me centrare ahora, en los trabajos de

³⁸ PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 142, por lo que considera este autor: “El significado que ha adquirido hoy en día el concepto de confianza corresponde a la necesidad de reducción de la complejidad social que cada vez tiende a incrementarse, y a la garantía del potencial de actualización de la sociedad; por esto, creemos que existe un motivo para la obtención de reglas de esa confianza y que la reivindicación de un comportamiento social adecuado al interior de una *comunidad* está justificada, en este contexto se puede pensar en una protección jurídico-penal”.

³⁹ DUQUE, (nota 33), p. 835.

⁴⁰ En este sentido, BACIGALUPO, Manual de Derecho penal, temis, Bogotá, 1994, p. 1, considera que “el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral aunque no puede identificarse con estas. No así lo considera POLAINO NAVARRETE, Libro Homenaje-Cerezo Mir, principalmente p. 134.

LUHMANN, –eso si, procuraré no exponer al autor, sino de invitar a exponerse su pensamiento en términos sociológicos-, para demostrar que el concepto de confianza aplicado en la sociedad, tiene grandes alcances para dogmática jurídico-penal⁴¹, y en particular, para la delimitación de ámbitos de responsabilidad entre personas.

El tema de la **confianza** implica una relación problemática con el tiempo⁴². De este modo, acentúa la capacidad del presente para entender y reducir la complejidad⁴³, siempre y cuando, un sistema suficientemente estable consta de elementos inestables; debe su estabilidad a sí mismo y no a sus elementos, esto es, se debe constituir a partir de un fundamento no “existente”, y justamente en este sentido es un sistema autopoiético.

Las relaciones interpersonales, en base a la confianza será limitada, es decir, el ámbito de competencia de las personas corresponderá fundamentalmente a su rol. **Por ende, la confianza**

⁴¹ Más en detalle del pensamiento de este autor para el Derecho penal véase entre nosotros a MÁRQUEZ PIÑERO, RFDM, 1999, pp. 105-131.

⁴² Confianza, Universidad Iberoamericana/Anthropos, México, 1996, pp. 15-19. LUHMANN, logra demostrar con su teoría de los sistemas, que la confianza no debe llegarse a considerar simplemente como tiempo *sobreído*, sino que en palabras suyas: “...Es más, ni la perspectiva del tiempo hasta que predomine en el proceso de la experiencia, evita el desarrollo de la confianza. Sería bastante cuestionable sostener que el tiempo, como era experimentado en la antigüedad, proporcionaba oportunidades más grandes para la formación de la confianza que nuestra experiencia del tiempo, porque podría captar estados como el presente inmediato y continuo y no simplemente como sucesión de acontecimientos. Sin embargo, hay una diferencia crucialmente importante...es decir que la seguridad de los estados –y eso significa seguridad *per se-*, es sólo posible en el presente, y por lo tanto puede lograrse solamente en el presente. Lo mismo es verdad de la confianza como una forma de seguridad. La confianza solamente puede asegurarse y mantenerse en el presente. Ni el futuro incierto ni incluso el pasado puede despertar la confianza, ya que no se ha eliminado la posibilidad del descubrimiento futuro de antecedentes alternativos. Esta relación-presente y sus implicaciones no pueden entenderse ni elaborarse si el presente se concibe en términos de un suceso fijado en un punto en el tiempo, como un momento, como el instante en el cual el suceso ocurre. Por el contrario, la base de toda confianza es el presente como un continuo intacto de sucesos cambiantes, como la totalidad de los estados con respecto a lo cual los sucesos pueden acontecer”. En el mismo sentido, MÁRQUEZ PIÑERO, (nota 41),p. 115, “...las expectativas se caracterizan por estar generalizadas **temporal, material y socialmente**”, el subrayado en negrillas es mío.

⁴³ Para profundizar en el tema de la complejidad véase LUHMANN, entre otros trabajos, Complejidad y modernidad de la unidad a la diferencia, trota, Madrid, 1998, principalmente pp. 25 y ss. el mismo Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 119-130; el mismo, Introducción a la teoría de sistemas, Universidad Iberoamericana/Colección Teoría social, México, 2002, pp. 179-206.

presupone la relación de supra o subordinación al igual que de la misma naturaleza que el otro sujeto desarrolla su actividad. No encontrándose así, si la cadena de personas es cada vez más extensa. Para ello, LUHMANN considera a la familiaridad como la precondition para la confianza como también para la desconfianza⁴⁴. En este sentido la familiaridad hace posible abrigar expectativas relativamente confiables y como consecuencia también, contener los elementos restantes del riesgo, esto es, "para todo tipo de compromiso con una actitud determinada hacia el futuro"⁴⁵. De esta manera, **sin la información del pasado, al igual que todas las experiencias obtenidas, no se puede acceder a la confianza, entonces, la persona que desconfía necesita tanto de más información como al mismo tiempo limita la información en la que se siente seguro que puede confiar.** Por el contrario, cuando se obtiene este elemento esencial, se ofrece a las demás personas un futuro determinado, un futuro común, que no emerge directamente del pasado que ellas tienen en común, sino que contiene algo relativamente nuevo. Desde esta perspectiva, la confianza y la familiaridad para LUHMANN se complementan para absorber la complejidad⁴⁶.

No obstante, la gran complejidad del orden social requiere todavía más la necesidad de una gran coordinación, y esto es lo que provoca que la familiaridad sea cada vez menos segura. A juicio de LUHMANN "En estas circunstancias, la familiaridad y la confianza deben buscar una relación nueva y que sea recíprocamente estabilizadora, la cual ya no se basa en un mundo inmediatamente experimentado, asegurado por la tradición y muy a mano"⁴⁷.

⁴⁴ Sobre el particular LUHMANN, (nota 42), principalmente, pp. 123-133.

⁴⁵ (nota 42), p. 32. "El pasado no tiene otras posibilidades éste es siempre complejidad ya reducida. Por lo tanto, una orientación a lo pasado puede simplificar el mundo y volverlo inocente".

⁴⁶ (nota 42), p. 33. "La unidad de tiempo, en el presente separa el pasado y el futuro y, sin embargo, los señala uno a otro, permite esta relación entre productos complementarios, uno de los cuales, la confianza, presupone al otro, la familiaridad. Sin embargo, es de esperarse que esta relación no sea constante, sino que permite cambios de énfasis, y también que la necesidad de un orden social para la familiaridad y la confianza cambie de acuerdo con la complejidad de los sistemas sociales, mismos y su relación con el tiempo".

⁴⁷ (nota 42), p. 34.

En tal caso, LUHMANN entiende: “el comportamiento de un individuo siempre entrega más información acerca de sí mismo de lo que puede conciliar con su yo ideal y más de lo que conscientemente desea comunicar⁴⁸. De este modo, su sola apariencia supone alguna **confianza mínima**, la **confianza de que no será mal interpretado** sino que será **aceptado de una manera general como él desea aparecer**. Hay personas que experimentan este prerrequisito de la confianza a tal extremo que incluso tienen dificultad de estar –y mucho menos de hacer algo- frente a otra persona”⁴⁹. Por tanto, **la confianza se funda en la motivación atribuida a la conducta**⁵⁰, esto es, **toda persona que realice una acción libre será imputada a su personalidad**, –por la simple razón- que su conducta en base a su experiencia de la cual depende que la confianza debe parecer como una expresión y reafirmación de su personalidad⁵¹. Sin embargo, se presenta una excepción a la imputación de la personalidad, al llevar a cabo una acción, si se acredita como resultado de una instrucción directa de un superior, en estos casos LUHMANN afirma “...los subordinados que quieren mostrarse a sí mismos confiables, deben esforzarse para exhibir una diligencia, rectitud y prontitud para llevar a cabo tareas lealmente, mucho más de lo que es la práctica usual. Y por otro lado, la misma razón da origen a una estrategia opuesta, de alcanzar posiciones más altas con el objeto de llegar a un estatus en el cual, de acuerdo con la opinión aceptada, uno sea considerado como una *personalidad* y pueda tomar decisiones libres”⁵².

⁴⁸ (nota 42), p. 67. “Ya que toda comunicación, en realidad toda forma perceptible de comportamiento, dice algo acerca de la persona que se está comportando, la comunicación es una empresa riesgosa que requiere algún tipo de salvaguarda”.

⁴⁹ (nota 42), p. 67.

⁵⁰ (nota 42), p. 68. “La expectativa social determina si las acciones son o no atribuidas a la personalidad. Sin embargo la institucionalización de tal expectativa es un proceso simplificador y selectivo que refuerza lo que es seleccionado”.

⁵¹ (nota 42), p. 69. “La libertad en –por decirlo así- el sentido presocial del poder incontrolable de otras personas para actuar, es el origen de la necesidad de confianza; la libertad institucionalizada, es decir, la libertad coartada y moderada por el orden social; la libertad como complejo de acciones o aspectos de acciones por los cuales uno es personalmente responsable, es la fuente de la habilidad para aprender a confiar. Con el objeto de que la confianza surja y cumpla su función, la libertad debe transferirse del contexto *presocial* al otro”.

⁵² (nota 42), p. 70, en un sentido similar MALO CAMACHO, DPM, p. 20; FEJOO SÁNCHEZ, (nota 25), p. 95.

Por tal motivo, el interés por el concepto de “confianza” desde una perspectiva sociológica, es entendida como una **confianza interpersonal** -y por tanto, limitada-; entonces, se establece que las relaciones actuales no pueden depender de una simple familiaridad, sino que la realidad ha superado este aspecto, y lo que ocurre con las relaciones de los individuos en sociedad son realizadas de manera anónima⁵³. Lo que no impide que la sensación de complejidad siga en aumento para con las relaciones, y en tanto que la otra persona entre en juego como pudiera ser *alter-ego* y como coautor de la complejidad y de su reducción. A esto LUHMANN responde: “...la confianza se tiene que ampliar y la familiaridad original incuestionable del mundo suprimirse, aunque no se pueda eliminar completamente...La confianza en el sistema no es sólo aplicable a los sistemas sociales, sino también a otras personas como sistemas personales”⁵⁴. En mi opinión, LUHMANN acertadamente detecta una deficiencia en este tipo de relaciones al definir las en “emocionales”⁵⁵. Por ende, la confianza solamente está implicada cuando la expectativa (confiable) hace una diferencia para una toma de decisión; de otro modo, lo que tenemos es una “simple esperanza”⁵⁶.

Por otro lado, **el derecho permite saber qué expectativas tienen un respaldo social (y cuáles no)**⁵⁷. En palabras de LUHMANN: “Existiendo esta seguridad que confieren las expectativas, uno se puede enfrentar a los engaños de la vida cotidiana; o por lo menos se puede estar seguro de no verse desacreditado con relación a sus expectativas. Uno se permite un mayor grado de **confianza (hasta la imprudencia)**⁵⁸ o de desconfianza, cuando se puede confiar en el

⁵³ (nota 42), p. 35. “...si el problema de la confianza va a distinguirse de, y contrastarse con la familiaridad general del mundo en que vivimos, es esencial no perder de vista este complejo de problemas de la constitución intersubjetiva. La familiaridad total del mundo de la vida generada anónimamente, incluyendo a la naturaleza y a la relación humana que se construyen en términos generalizados, es y continuará siendo la razón manifiesta del ser, la base práctica de todos los enfoques intencionales a objetivos específicos. Los hombres viven día a día en esta zona intermedia sin problemas específicos de confianza o desconfianza”.

⁵⁴ (nota 42), pp. 36 y 37.

⁵⁵ (nota 42), p. 37.

⁵⁶ (nota 42), p. 40.

⁵⁷ En el mismo sentido MÁRQUEZ PIÑERO, (nota 41), p. 130 y s.

⁵⁸ (nota 42), p. 41. “La confianza puede también mostrarse imprudente, descuidada y rutinaria y de este modo no requiere de gasto innecesario de conciencia, especialmente si la expectativa se

derecho. Y esto significa que es posible vivir en una sociedad más compleja en la que ya no bastan los mecanismos personalizados o de interacción para obtener la seguridad de la confianza⁵⁹. No obstante LUHMANN aclara lo siguiente: "Cuando ya no se respeta el derecho o cuando, hasta donde es posible, ya no se impone, las consecuencias rebasan por mucho lo que de inmediato se presenta como violación de la ley. Entonces el sistema tiene que recurrir a formas más naturales para restaurar, de nuevo la confianza"⁶⁰. De ahí, que "no todas las expectativas de esta naturaleza implican confianza; solamente aquellas que se preocupan de la conducta lo hacen, y entre las últimas solamente aquellas a la luz de las cuales uno compromete sus propias acciones, y que si no se cumplen nos harán lamentar nuestra conducta"⁶¹. Por esta razón, LUHMANN, considera que **la confianza de una persona dependerá de la expectativa generada por la otra persona quien manejará su libertad, o bien, si mantiene su personalidad que ha demostrado tener socialmente perceptible**⁶².

Por ello, serán los roles y no las leyes causales, las que servirán en la vida social como fundamento para considerar cualquier conducta como intencional o involuntaria, porque habrá casos de grandes combinaciones de causas reconocibles que será difícil de aislar y conocer con precisión la que originó la acción. El ejemplo que utiliza LUHMANN es la conducta de los automovilistas en la cual claramente revela una combinación de efectos intermedios complejos, las visibles demandas de las circunstancias y personalmente la conducta atribuible; "aunque todo aquel que vaya a alta velocidad sea culpable, se mira como una cuestión generada virtualmente en forma mecánica, no como un asunto de elección personal, sino como una práctica

aproxima a la certeza. Aquel que va desarmado entre sus semejantes pone su confianza en ellos, y hoy en día no se considera seriamente la alternativa de llevar una espada o una pistola. La confianza emerge gradualmente en las expectativas de continuidad, que se forman como principios firmes con los que podemos conducir nuestras vidas cotidianas".

⁵⁹ El derecho de la sociedad, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 188 y s., en el mismo sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 25), principalmente pp. 95-101.

⁶⁰ (nota 59), p. 189.

⁶¹ (nota 42), p. 41.

⁶² (nota 42), p. 66. No así como lo ha interpretado BARATTA, Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica, RICPC, 1986, p. 78 y 79, quien a su vez, es criticado por MÁRQUEZ PIÑERO, (nota 41), p. 129 y s.

normal. Por otro lado, las reacciones inesperadas son atribuidas a la persona debido a las considerables demandas hechas a la concertación y habilidad”⁶³. Toda vez, que se este “expuesto al rechazo, debido a un exceso de conocimiento, tal y como cuando los participantes infieren mutuamente que el proceso se está empleando con el propósito de construir la confianza. Porque en tales instancias, los motivos se ponen inevitablemente en duda y tal duda se puede fácilmente convertir en desconfianza”⁶⁴.

Por consiguiente, en mi opinión la idea que la confianza es respaldada por la norma, es oportuna, para evitar el quebrantamiento de la confianza y de este modo se hace un reparto de obligaciones (anticipadamente delegadas) para que *alter* y *ego* al encontrarse mutuamente se muestren confiables y estar en posición de crear expectativas de otros en su autorepresentación; uno puede llenarlas mejor de lo que esperaba, o en una forma diferente. Ello quiere decir, en definitiva, que **las relaciones de confianza no surgen de prescripciones previas, sino que ocasionan el surgimiento de normas**⁶⁵.

Sin ánimo de profundizar más en este tema, que por mucho excede a las finalidades de este análisis, intento destacar por último dato: el Estado tiene la obligación de garantizar la paz y seguridad jurídica, por ello, podrá tomar decisiones acerca de conflictos, lo que originará que la persona puede “confiar en su propia confianza, precisamente como él puede percibir sus sentimientos o pensar sobre su pensamiento; además, puede confiar en que los otros confían en él, y finalmente que los otros confían en las terceras partes de la misma forma que él lo hace”⁶⁶. Ya que si bien es cierto, *ego* no puede confiar en

⁶³ (nota 42), p. 71.

⁶⁴ (nota 42), p. 73; en el mismo sentido JAKOBS, (nota 13), p. 320.

⁶⁵ (nota 42), p. 115. “Las normas que se crean en esta forma ganan su estabilidad por medio de la proyección en el pasado. La ley vieja es buena ley, y su estatus normativo está completamente separado de la invención humana. Aquí también la innovación es puesta en movimiento por la reflexividad y aquí la reflexividad significa que la ley se convierte en ley positiva. Si la ley puede hacerse, y en tanto pueda ser, el establecimiento de normas debe él mismo someterse a las normas. Un sistema debe crear por sí mismo un complejo de normas de control formal, por ejemplo en la forma de una *constitución* que regula el procedimiento y proporciona una preselección abstracta de normas legales permisibles”.

⁶⁶ (nota 42), p. 121.

alter, quienes no se conocen personalmente, pero saben del otro, por la normatividad que les rige, en ese momento surge la confianza entre ambos, quienes esperan (expectativamente) que cada quien cumpla con su rol, que se les ha asignado⁶⁷.

La cuestión resulta ser, que un **análisis sociológico del concepto de confianza, elimina la inseguridad latente que típicamente acompaña una seguridad en mecanismos que no se entienden**. En efecto, se debe tomar en cuenta las instituciones de castigo, penales y de perdón, ya que LUHMANN, las considera con muchas funciones, entre otras, establecer una solución de conflictos, y evitar en un futuro más desconfianza⁶⁸, que de por sí, ambas posiciones presuponen que uno está conciente de la posible conducta de otros como un **problema específico**. Lo que trae aparejado, con la problemática de la **“identidad”**⁶⁹: **uno confía si supone que esta conducta concuerda significativamente con nuestro propio patrón de vida; uno desconfía si cuenta con que éste no será el caso**.

d) El ámbito normativo en JAKOBS como sustento de una confianza Inter-personal.

En el capítulo anterior, se expuso de manera descriptiva el sistema que ha venido JAKOBS sosteniendo a lo largo de más de dos décadas. Evidentemente, para JAKOBS el principio fundamental de su teoría es la siguiente: “el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”⁷⁰. Este postulado muestra dos

⁶⁷ Para más detalles véase LUHMANN, (nota 42), p. 79.

⁶⁸ (nota 42), p. 133, “Incluso más, la centralización del monopolio del castigo en el sistema, tiene la función de romper el círculo de desconfianza creciente en casos *difíciles*”.

⁶⁹ Sobre el tema de la identidad véase el primer acercamiento que realiza QUINTINO ZEPEDA en su tesis de licenciatura *Identidad y sistema penal*, inédita.

⁷⁰ La imputación objetiva en derecho penal, p. 13; quienes han estudiado de manera acuciosa el pensamiento “normativo” de JAKOBS, en España principalmente, CANCIO MELÍA, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 67-70; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de <<fin de protección de la norma de cuidado>>, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 218-232; MANSO PORTO, *Desconocimiento de la norma y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 1999; MARAVER GÓMEZ, *Riesgo permitido por legitimación*, Libro Homenaje Günther

cuestiones esenciales: en primer lugar, lo que se pretende proteger es el respeto a la norma y no los bienes jurídicos *per se*, toda vez que, las personas deben mostrar una fidelidad al ordenamiento jurídico que el Estado proporciona a la sociedad para que los contactos sociales puedan llevarse a cabo sin ningún conflicto⁷¹. Sin embargo, es importante considerar que la propuesta que realiza JAKOBS es ambivalente, me explico: primeramente ofrece una visión nueva de sociedad lo que implica, que el Derecho penal deba tener un significado (de vigencia) en las personas, y prevenga cualquier actividad ilícita (prevención general positiva), y por otro lado, ¿qué sucede entonces, con la teoría de los bienes jurídicos?, por que JAKOBS sostiene que “la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes”⁷². Y en segundo lugar, “el uso de instrumentos técnicos que comportan riesgos ha demostrado que un

Jakobs, II, pp. 207-236; PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELÍA, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, en Estudios de Derecho penal, UAM ediciones/civitas, Madrid, 1997, pp. 17-69; POLAINO NAVARRETE, Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal, Porrúa, México, 2001, pp. 21-40; el mismo, DPPG, II, 383-391; POLAINO-ORTS, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, Libro Homenaje-Günther Jakobs, II, pp. 61-106; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002, básicamente pp. 37-44; en Colombia, LÓPEZ DÍAZ, Introducción a la imputación objetiva, UEC, Bogotá, 1996; principalmente pp. 86-96; MONTEALEGRE LYNETT, Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs, en Libro Homenaje-Günther Jakobs, I, pp. 21-36; REYES ALVARADO, Imputación objetiva, temis, Bogotá, 1996; en Perú, GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación, Bosch, Barcelona, 1999; en Argentina, SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, temis, Bogotá, 1995; el mismo, Subjetivismo e imputación objetiva, UEC, Bogotá, 1996; principalmente, pp. 148-182; en nuestro país, DAZA GÓMEZ, Teoría general del delito, Cárdenas Editores, México, 1998, básicamente pp. 213-218; el mismo, El funcionalismo hoy, RFDM, 1999, pp. 104-108; el mismo, MÁRQUEZ PIÑERO, La fundamentación básica del Derecho Penal, Criminalia, 1999, pp. 7-25; el mismo, (nota 41), pp. 129 y ss. MEDINA PEÑALOZA, Teoría del delito, Ángel Editores, México, 2003; QUINTINO ZEPEDA, Perspectivas penales, México, 1999, principalmente pp. 17-44.

⁷¹ Todavía JAKOBS estudia el problema bipolar de los bienes jurídicos o vigencia de la norma como objeto de protección, véase su más reciente trabajo, ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Libro homenaje-Jakobs, pp. 41-56; quienes han tratado este aspecto en JAKOBS han sido ALCACER GUIRAO, Los fines de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, principalmente pp. 254 y ss; HEIKO, Intervención delictiva e imputación objetiva, UEC, Bogotá, 1996, principalmente pp. 20 y s.; MÁRQUEZ PIÑERO, (nota 41), pp. 109 y ss; MÜSSIG, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, UEC, 2001, pp. 47 y ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELÍA, (nota 70), pp. 36 y ss.; POLAINO-ORTS, (nota70), pp. 75-94.

⁷² (nota 25), p. 26.

comportamiento que conlleva de modo cognoscible daños no necesariamente es un comportamiento que pueda imputarse como culpable⁷³; de ahí que JAKOBS, según entiendo, no toda conducta riesgosa que realiza una persona y quebranta la norma es su responsabilidad, esto es, las personas actúan bajo un parámetro de libertad siempre y cuando no perturben el espacio de las demás personas. A esto le llama JAKOBS, principio de autorresponsabilidad⁷⁴, que enmarca un espacio de riesgo que el Estado considera “permitido”. Con ello, no sólo se pretende reducir el riesgo global, sino que se quiere eliminar típicamente los riesgos que aparecen de infringirse las exigencias establecidas, de manera imprudente (principio de confianza). Por esta razón, JAKOBS considera que el comportamiento de otras personas, al igual que el propio no siempre es cuidadoso. De lo cual surge la siguiente interrogante ¿En qué medida está permitido confiar en el comportamiento cuidadoso de otros a pesar de que conforme a la experiencia no es improbable que éstos se comporten de un modo no cuidadoso? Y es que, en general, no todos los aspectos han sido suficientemente aclarados⁷⁵, sino que algunas respuestas parecen más bien, a mi opinión, producto del desconocimiento real de la norma, que en cada ámbito de actividad las personas desarrollan, y que la experiencia sea de desconfianza a las otras personas -Alter- y no a la propia norma, esto es claramente ejemplificado en la Ciudad de México al igual que otras ciudades de grandes dimensiones demográficas, cuando no hay un respeto y mucho menos consideración alguna por los peatones (con la preferencia de paso) en el ámbito del tránsito vehicular, lo que provoca una desorganización total. Además, la confianza permitida decae, cuando es función de un participante (o de cada uno de ellos) compensar el comportamiento defectuoso de otros⁷⁶.

⁷³ (nota 13), p. 314.

⁷⁴ Véase supra capítulo primero, numeral 1.1.

⁷⁵ JAKOBS, PG, p. 253, “...se autoriza confiar –en una medida aún por determinar– en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar)”.

⁷⁶ El ejemplo que utiliza JAKOBS, (nota 75), p. 255, es el siguiente: “Un conductor que adelanta a un ciclista no tiene por qué contar con que éste gire a la izquierda inesperadamente (principio de confianza), pero tampoco puede destacar que su trayecto oscile algunos decímetros hacia la izquierda. Correlativamente, el ciclista no tiene por qué contar con que quien le adelante deje sólo unos pocos centímetros de distancia de seguridad (principio de confianza), pero no le está

De este modo, la tesis de JAKOBS, es que “la sociedad posibilita cada vez más los contactos anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero, en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto presente generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno”⁷⁷, esto conduce a que –como se señaló en el capítulo anterior- el rol que desempeña una persona es conocido, más no la propia persona, lo que implica que debe comportarse de acuerdo con las normas jurídicas o extrajurídicas sea el caso, incorporándose la categoría de la imputación objetiva a la teoría de la imputación, si bien no se trata aquí de la imputación del resultado, sino de la determinación del comportamiento no permitido. En palabras de JAKOBS, “Con la anonimidad de la sociedad guarda relación este instituto en la medida en que en la orientación, los déficits cognitivos que vienen condicionados que vienen condicionados por la anonimidad deben ser compensados mediante estándares normativos”⁷⁸. Lo que conlleva a entender que los estándares normativos y en particular de la imputación objetiva no se refieren a las capacidades de los sometidos a la norma, sino a la interpretación de la norma, es decir, “se estandariza”, y esto sucede así, porque existe la posibilidad de organizar conjuntamente con otros, por ejemplo, la organización de una empresa industrial o de un equipo de fútbol americano como en los supuestos negativos de la conducta (crimen organizado). Además,

permitido dar por supuesto que puede usar hasta el último centímetro de la distancia de seguridad, sin daño para sí”. Con este ejemplo el razonamiento de JAKOBS es el siguiente “...se garantiza *de modo plural* que no se produzca determinado curso causal dañoso, imponiendo deberes a diversas personas (el ciclista no debe dar bandazos si puede evitarlo, el conductor del automóvil debe incluir alguna posibilidad de bandazos en el cálculo de la distancia de seguridad)”. El problema que encuentro, es nuevamente que se protege un comportamiento en sentido causal o un comportamiento en sentido normativo, por que si bien es cierto, JAKOBS argumenta “Quien se comporta incorrectamente se mantiene en su papel, y el otro debe aceptarlo en su incorrección, mientras no se salga de su papel”.....

⁷⁷ JAKOBS, La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, UEC, Bogotá, 2000, p. 10 y s.

⁷⁸ JAKOBS, (nota 77), p. 17. “Es decir, no se garantiza, por ejemplo, que un conductor frene a tiempo delante de un peatón, que un cirujano opere de conformidad con la *lex artis*, sino únicamente que los portadores de roles especiales citados a modo de ejemplo satisfagan el rol general del ciudadano fiel al derecho y que, como tales, no asuman aquellos roles especiales para los que no se han formado y que dirijan con cuidado el rol asumido”.

este elemento negativo, no significa que el rol común sólo pueda ser infringido por una acción y no a través de una omisión⁷⁹.

De acuerdo con dichas premisas lo importante para JAKOBS será: "...el individuo emprende algo que sólo tiene sentido si no se encuentra solo en el mundo. Así acepta a los otros como seres iguales a sí mismo y se ve a sí mismo (de otra manera sería imposible) como la <<voluntad que es libre>>, es decir, que se concibe como un centro que ya no se limita a la administración de las propias preferencias"⁸⁰. Esto conduce, efectivamente, a pensar que las personas aparecen como portadores de roles, y esto, los limita a la socialidad de una comunicación no instrumental a una comunicación personal⁸¹. De ahí el postulado de HEGEL al formular la reciprocidad "Sé persona y respeta a los otros como persona". Por eso, con frecuencia se comprende que el Derecho penal *limita* las posibilidades de comportamiento, pero a su vez, puede adoptar la función de *habilitar* un comportamiento que sin el Derecho y en particular el Derecho penal no tendría posibilidades de existir. Piénsese en las posibilidades que resultan en el tránsito vehicular. La concordancia radica en la certeza de que es posible conformar expectativas acertadas que se mantienen a cierta distancia con respecto a lo que sucede fácticamente de caso a caso. Pues el tipo es siempre más rico en contenido, más

⁷⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, (nota 70), p. 41. "En esto reside el punto de partida del desarrollo llevado a cabo por JAKOBS en la teoría del delito de infracción: la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor. En una primera formulación, JAKOBS menciona como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la -por él así denominada- <<confianza especial>> y los <<deberes genuinamente estatales>>. Más tarde, ha reducido la lista, al suprimir de la misma la institución matrimonial".

PERDOMO TORRES, (nota 10), p. 87. "...El hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial, como madre o como servidor público, etc., lleva a que los deberes sean definidos, precisamente, a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales".

⁸⁰ JAKOBS, (nota 25), p. 80.

⁸¹ JAKOBS, (nota 25), p. 81. "...desde el punto de vista de la sociedad no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas". Esto coincide con la perspectiva de LUHMANN, (nota 59), p. 209, "Ciertamente: las expectativas y el comportamiento se estabilizan mutuamente, pero las normas producen mayor seguridad de expectativa que lo que alcanza a justificar el comportamiento: esa es precisamente la aportación específica del derecho a la autopoiesis de la comunicación social".

espiritual⁸², tiene mayor sentido, es más gráfico que el concepto definido de manera abstracta. Por esta razón no puede existir un sistema de Derecho penal cerrado, (axiomático), sino un sistema abierto (tópico)⁸³.

e) La acción comunicativa de HABERMAS, como legitimación racional de la confianza ética-social.

Frente a la determinación del sentido social de la normatividad en sí misma HABERMAS determina ésta sobre la base de la acción comunicativa⁸⁴, es decir, referente al fundamento de los procesos de comprensión interpersonal, de modo estrecho con el concepto de *legitimidad*, ensamblándola con una reconstrucción, en términos de teoría del consenso, del discurso⁸⁵: “El concepto de la acción regulada

⁸² Sobre lo espiritual en las ciencias penales consúltese básicamente KAUFMANN, Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, , p. 246 y ss.; SCHÜNEMANN, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Universidad Externado de Colombia, Colombia. 1996, pp. 15 y ss.

⁸³ Sobre el particular véanse las referencias en el capítulo primero numeral 1.

⁸⁴ HABERMAS, Teoría de acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social, Taurus, Madrid, 2001, p. 367, “...Hablo, en cambio, de acciones comunicativas cuando los planes de acción de los sectores implicados no se coordinan a través de un cálculo egocéntrico de resultados, sino mediante actos de entendimiento. En la acción comunicativa los participantes no se orientan primariamente al propio éxito; antes persiguen sus fines individuales bajo la condición de que sus respectivos planes de acción puedan armonizarse entre sí sobre la base de una definición compartida de la situación. De ahí que la negación de definiciones de la situación sea un componente esencial de la tarea interpretativa que la acción comunicativa requiere.”; el mismo Teoría de acción comunicativa, II, Crítica al funcionalismo, Taurus, Madrid, 2001, p. 316. “El concepto de acción comunicativa no solamente nos suministra un punto de referencia para el análisis de lo que la cultura, la sociedad y la personalidad aportan a la formación de las orientaciones de acción, sino que por medio de ese modelo puede aclararse también cómo se relacionan cultura, sociedad y personalidad como componentes del mundo de la vida simbólicamente estructurado”. Este planteamiento tiene una estrecha relación con el de JAKOBS al establecer éste autor una relación de sociedad-norma-persona, en un plano meramente normativo-comunicacional.

⁸⁵ Cfr. MÜSSIG, (nota 71), p. 43; SILVA SÁNCHEZ, Aproximación a un derecho penal contemporáneo, Bosch, 1992, pp. 167 y ss. “...Lo decisivo para afirmar la defendibilidad de una postura dogmática no creo que sea el factor, en buena medida dependiente del azar o de las relaciones de poder, de la obtención efectiva de un consenso significativo. La cuestión decisiva no es, por tanto, el consenso en sí, sino cómo llegar a él. Compartiendo este punto de vista, algunos sectores, y muy significativamente el propio HABERMAS, han tratado de matizar la alusión al consenso, indicando que éste solo es válido como criterio de verdad o corrección si se obtiene en el marco de un proceso discursivo de determinadas características *formales*; las condiciones de una <<ideale Sprechsituation>> -situación ideal de comunicación lingüística- (igualdad de oportunidades para todos los intervinientes, libertad de expresión, ausencia de privilegios, lealtad ausencia de coacción). Sin embargo, aun esto no deja de ser más que una corrección formal, que no indica nada

por normas se refiere (...) a los miembros de un grupo social que orientan su actuar con base en valores comunes (...). Las normas expresan un acuerdo existente en un grupo social (...). El concepto central de *cumplimiento de la norma* significa el cumplimiento de una expectativa de conducta generalizada. La expectativa de una conducta no tiene el sentido cognitivo de la expectativa de un suceso cuya producción es objeto de pronóstico, sino el sentido normativo de que los miembros del grupo tienen derecho a esperar un determinado comportamiento”⁸⁶. Sin embargo, el propio HABERMAS, plantea el problema básico de la coordinación de la acción ¿cómo logra *ego* que *alter* prosiga una interacción en la forma deseada?, ¿cómo evita un conflicto que interrumpa la secuencia de la acción? “Si partimos de interacciones simples en el marco de la práctica comunicativa y nos preguntamos por los *motivos generalizados* que pueden mover a *alter* a

acerca del contenido de los enunciados de cuya corrección se trata. Dicho de otro modo las condiciones formales no se obtiene, a mi juicio, la corrección material”; por su parte DIEZ RIPOLLÉS, Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas, principalmente, tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp.198-204, analiza la postura de HABERMAS, para establecer parámetros en búsqueda de la verdad consensual. Para un análisis de este autor en aspectos de Filosofía del Derecho véanse entre otros, en este sentido BERUMEN CAMPOS, La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural, Cárdenas Editores, 2000, p. 264. “...Esta teoría es un instrumento muy valioso para determinar si existe, o no, una igualdad de oportunidades y una ausencia de desigualdades arbitrarias, examinando los procesos de creación normativa y para proponer procedimientos racionales que sustentan consensos vinculantes, éticamente”. El mismo Apuntes de filosofía del derecho, Cárdenas Editores, México, 2003; GARCÍA AMADO, La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997; MCCARTHY, La teoría crítica de Jürgen Habermas, tecnos, Madrid, 1998.

⁸⁶ Sobre el particular en su momento HABERMAS, La inclusión del otro. Estudios de teoría política, Paidós Básica, Barcelona, 1999, p. 33 y s. Ha expresado que en relación a “...la circunstancia de que las normas morales <<son validas>> para los miembros de una comunidad, no se sigue sin más que, así consideradas, tengan un contenido cognitivo...El *cognitivismo débil* deja también intacta la autocomprensión de los afectados en la vida cotidiana por la práctica fundamentada de la moral en la medida que atribuye un *status* epistémico a las valoraciones <<fuertes>>... Lo que sea valioso o auténtico en cada caso en cierto modo nos coacciona y se diferencia de las meras preferencias por una cualidad vinculante, esto es, que va más allá de la subjetividad de la necesidad y preferencias. Por desdoblamiento se revisa la comprensión intuitiva de la justicia. Desde la perspectiva de la concepción del bien de cada cual la justicia cortada a la medida de las relaciones interpersonales aparece sólo como valor junto a otros valores (aunque más pronunciado), no como patrón independiente del contexto para juicios imparciales.

El *cognitivismo fuerte* quiere dar cuenta cabal también de la pretensión de validez categórica de las obligaciones morales. Intenta reconstruir en toda su extensión el contenido cognitivo del juego de lenguaje moral. En la tradición kantiana no se trata como en el neoaristotelismo de la aclaración de una práctica de fundamentación moral que se desenvuelve *dentro* del horizonte no cuestionando normas reconocidas, sino que se trata de la fundamentación de un punto de vista moral bajo el que dichas normas pueden juzgarse imparcialmente”.

aceptar *globalmente* las ofertas de interacción de *ego*, nos topamos con elementos triviales que no están ligados a ningún presupuesto especial: con el prestigio que *ego* goza y con la influencia que ejerce.

Cuando una persona prestigiosa o influyente emprende algo, puede contar con un anticipo de confianza que llegado el caso da sus frutos en una disponibilidad de los demás a asentir y a seguirle, disponibilidad que *va más allá* de esta o aquella situación particular. Podemos también decir: al prestigio de que algunas personas gozan corresponden las orientaciones de acción generalizadas del resto de los participantes en la interacción⁸⁷. En consecuencia, agrega HABERMAS, "El orden estatal es legítimo en la medida en que se funda en la lealtad de los ciudadanos a la ley. Este deber de obediencia frente a quienes ostentan los cargos menos particularista que la disponibilidad a prestar seguimientos a los miembros de una capa dirigente"⁸⁸. Siempre con fundamento normativo, lo que permitirá que una persona que ha hecho esa manifestación sea responsable y, por tanto capaz de expresar lingüísticamente sus motivos, es decir, sólo una manifestación sincera, en la que las intenciones dadas a conocer por el orador con su acto lingüístico las piensa aquél realmente crea la confianza recíproca imprescindible en toda comunicación.

Ahora bien, "...La disponibilidad generalizada de alter a aceptar las ofertas de interacción de *ego* puede hacerse derivar de las distintas fuentes del prestigio o influencia de éste, que pueden consistir, o bien en vinculaciones motivadas *empíricamente*, es decir, generadas por incitación o intimidación, en el caso de la fuerza física, del atractivo corporal, de las habilidades cognitivo-instrumentales y de la capacidad de movilizar riqueza, o bien en una confianza *motivada racionalmente*, esto es, basada en un acuerdo fundado, en el caso de una señalada capacidad de la persona de responder de sus actos en la interacción, o en el caso del saber de que una persona dispone"⁸⁹. No obstante, ¿cómo se puede constatar la confianza? Es en este punto, en que el elemento, que probablemente resulte decisivo en HABERMAS es: el

⁸⁷ HABERMAS, (nota 84), p. 253.

⁸⁸ HABERMAS, (nota 84), p. 254.

⁸⁹ HABERMAS, (nota 84), p. 256, la palabra confianza en negrilla es mía.

disolver la normatividad en cuanto categoría sociológica a su vez en un contexto normativo, y mejor reconducirla a procesos de comunicación⁹⁰: pues para HABERMAS, concretamente para el “ámbito moral práctico”, se requiere una persona que actúe en caso de un conflicto de acción normativo de modo racional, es decir, que ni ceda a sus afectos ni siga a los intereses inmediatos, sino intente enjuiciar el conflicto de modo ecuánime y concluirlo por medio del consenso⁹¹. Esto es, “tal efecto no puede tenerlo la generalización de aquel otro influjo que se basa en la confianza racionalmente motivada en la posesión de saber, sea éste de tipo cognitivo-instrumental o de tipo práctico-moral y práctico-estético”⁹². Este acervo de patrones de interpretación comunes a los hablantes posibilita el entendimiento, por lo que no puede ser cuestionado. Esto es así, si la acción comunicativa se realiza en base a un acuerdo espontáneo, es decir, que las personas acepten las pretensiones de validez y sobre ello generen entendimiento⁹³. Pero este último caso, HABERMAS considera que “el alto riesgo de disentimiento, que recibe siempre nuevo nutrimento de experiencias, es decir, de contingencias que nos sorprenden, haría totalmente improbable la integración social a través de un empleo de lenguaje orientado al entendimiento si la acción comunicativa no estuviese inserta en contextos del mundo de la vida que le proporcionasen respaldo mediante un masivo consenso de fondo”⁹⁴.

⁹⁰ MÜSSIG, (nota 71), p. 43. Por su parte KAUFMANN, (nota 32), p. 253, considera que “la insuficiencia de la nueva doctrina penal de la imputación reside, sobre todo, en un punto de vista más estático. El asunto se piensa de tal forma como si el significado de un hecho punible fuese algo dado con anticipación, predeterminado, y para realizar la imputación sólo se tratase de encontrar de nuevo ese significado en la representación del autor (“valoración paralela al ámbito del lego”). Ninguna configuración se da de acuerdo con tal concepto del acto de imputación. En verdad la imputación (con la cual, no solamente, pero sí de manera preferente, se debe pensar en la imputación penal) es un proceso de comunicación”.

⁹¹ Al respecto véase HABERMAS, (nota 84), p. 259; igualmente lo considera MÜSSIG, (nota 71), p. 43.

⁹² HABERMAS, (nota 84), p. 259.

⁹³ Estas pretensiones de validez nos remiten a las funciones pragmáticas del habla: a) la *representativa*, que se refiere a la relación con un mundo objetivo externo (verdad); b) la *expresiva*, que describe la relación con un mundo subjetivo (veracidad), y c) la *interactiva*, que nos remite a la relación con otras personas, esto es al mundo social (rectitud).

⁹⁴ HABERMAS, *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 83 y 84. “El mundo de la vida constituye el horizonte de las situaciones de habla y a la vez la fuente de operaciones interpretativas, mientras que él por su parte sólo se reproduce a través de la acción comunicativa (...) Durante la acción comunicativa el mundo de la vida nos envuelve en el modo de una certeza inmediata, desde la que vivimos y hablamos sin distancia respecto a ella”. BERUMEN CAMPOS, *Apuntes de filosofía del derecho*, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 2003, p. 31 y s. “Toda

Por lo que considero que la validez de las normas no radica en el mero consenso, entendido como un acuerdo contingente entre voluntades particulares, sino tal y como lo sostiene HABERMAS al pretender aportar un principio crítico de la sociedad que diferencie un consenso fáctico de carácter racional y otro no racional en función del procedimiento seguido para su obtención. Esta cuestión es tratada por BERUMEN CAMPOS, quien señala que “el mundo pre-interpretado en el que nacemos se le llama el “mundo de la vida”, porque es el mundo en el que realmente vivimos. El mundo objetivo pre-interpretado por el lenguaje constataivo constituye el mundo de la vida de los “hechos”; el mundo social pre-interpretado por el lenguaje normativo constituye el mundo de la vida de los valores; el mundo subjetivo pre-interpretado por el lenguaje emotivo constituye el mundo de la vida de las vivencias.

El mundo de la vida, por tanto, está formado por los *hechos*, los *valores* y las *vivencias* que son el resultado de la pre-interpretación, por medio del lenguaje *constataivo*, *normativo* y *emotivo* del mundo *objetivo*, *social* y *subjetivo*”⁹⁵... “Es decir, “la pre-interpretación del mundo de la vida de los hechos condiciona la interpretación del mundo jurídico sobre hechos jurídicos. La pre-interpretación del mundo de la vida de los valores condiciona la interpretación del mundo jurídico sobre las normas y la pre-interpretación del mundo de la vida de las vivencias condiciona la interpretación del mundo jurídico sobre las

interpretación presupone o está condicionada por una pre-interpretación. *Todo intérprete del derecho proviene de un determinado mundo de la vida, con sus propias ideas, sus propios valores y sus propias vivencias, los cuales es muy probable que influyan en la manera como el juez, el ministerio público, el funcionario, el abogado, el perito, entre otros, van a interpretar los hechos. En la medida que el juez no se conciente de sus propios “prejuicios”, éstos van a condicionar lo que él considera probado, el sentido de las normas y el merecimiento del castigo. No va a ser libre para valorar, interpretar o juzgar. Si el ministerio público cree que “su” mundo de la vida es “el” único mundo posible, entonces, es muy probable que sea intolerante con la interpretación de las pruebas, las normas y las motivaciones del indiciado, sólo porque contradice las ideas, los valores y las vivencias del mundo de su vida. Por ejemplo, si un agente del ministerio público proviene de un mundo de vida “machista” con prejuicios contra los homosexuales, en un caso de homicidio en el que los indicios sean dudosos, si no es consciente de esos prejuicios, es muy probable que “pre-interprete” los mismos de una manera más concluyente que si se tratara de heterosexuales...E, incluso, las ideas, los valores y las vivencias de un mundo de vida, no hecho consciente, pueden condicionar la aplicación de las consecuencias jurídicas, mediante pre-interpretaciones que condicionan la interpretación del derecho se pueden referir, tanto a la prueba de los hechos, a la interpretación del derecho y a la aplicación de consecuencias jurídicas”.*

⁹⁵ BERUMEN CAMPOS, (nota 94), p. 27.

consecuencias jurídicas”⁹⁶. Por tanto, quien sistemáticamente se engañe así mismo se está comportando irracionalmente, no así, quien tenga capacidad de juzgar y de actuar racionalmente con arreglo a fines, de la racionalidad de un sujeto moralmente lúcido y digno de confianza. Centrados ya en el ámbito jurídico, hay que decir que “el derecho sólo puede asumir de manera racional como relevante la **confianza** en la ausencia del resultado cuando el autor emprende unas medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo se limita a **confiar** en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación”⁹⁷.

BERUMEN CAMPOS, acertadamente explica cuales deben ser los requisitos para considerar a un proceso de comunicación jurídico, como racional y, por tanto, como moral: “en primer lugar, el prerequisite de la *inteligibilidad*, es decir, la obligación comunicativa recíproca de los participantes en la interacción, de tratar de expresarse y de entender con la mayor claridad posible. En segundo lugar, el requisito de la *verdad*, o sea, que el lenguaje utilizado en la interacción tenga un referente determinado o determinable, en otras palabras, que nos e confundan los referentes. En tercer lugar, la *veracidad*, lo cual implica que el lenguaje utilizado no sea engañoso, ni total ni parcialmente. Y, por último, el requisito de la *rectitud*, significa, entre otras cosas, que el lenguaje no sea violento, ni abierta ni subrepticamente”⁹⁸. Con estos elementos BERUMEN CAMPOS, permite acercarse al objeto de este estudio, la **confianza** de los individuos en interacción por medio de normas, sin que se pierda la fidelidad a la norma, que el Estado le otorga legitimidad. Sin embargo, la ausencia de cualesquiera de los anteriores requisitos, constituye en palabras de BERUMEN CAMPOS “una patología comunicativa, y el proceso mismo debe considerarse como un proceso patológico de comunicación”⁹⁹.

He dedicado estas líneas a uno de los filósofos más importantes para el presente estudio de la confianza, toda vez que, me ha dado

⁹⁶ BERUMEN CAMPOS, (nota 94), p. 32.

⁹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, El dolo eventual, UEC, Bogotá, 2002, pp. 31 y s. El marcado con negrilla es mio.

⁹⁸ Análisis comunicativo del procedimiento penal en México, INACIPE, México, 2000, p. 18.

⁹⁹ (nota 98), p. 18.

argumentos válidos para establecer una legitimidad racional a la norma, y en especial, a la norma de determinación que es creada para que cada persona (determinada) reconozca su finalidad (prevención general positiva) como protección de bienes jurídicos a partir de una función social, al lograrse con el método de la filosofía del lenguaje (acción comunicativa), y en base a ello, poder acreditar la participación de la persona y que responsabilidad pueda tener.

2. La confianza como ¿principio?

Hasta este momento, la dogmática no se ha preocupado por explicar la denominación de “Principio” a la confianza en sí misma¹⁰⁰. Lo que me hace creer que el concepto de “Principio” en la confianza, después de la efímera referencia histórica realizada en el presente capítulo, lleva implícita la sentencia (por llamarla de una manera) de HERÁCLITO al referir¹⁰¹ que los hombres necesariamente con capacidad (inteligencia) puedan confiar en lo que es normal (común) para todos, y especialmente en un Estado de Derecho, que gobierne con legalidad (ley), fortaleza, más aún, la confianza en la realización de conductas que implique la interacción de dos o más personas entre sí, o bien, restablecer el estado de reconocimiento que había sido negado, devolviendo la confianza de la generalidad en dichas relaciones de igualdad recíprocas. Por lo que se puede contar que una persona dotada de principios, se atenga a ellos, aún inducida y tentada a desviarse de ellos¹⁰². Luego entonces, la manifestación de la voluntad

¹⁰⁰ Pocos han sido los autores, que han intentado establecer el por qué del “Principio” en la confianza y por qué surge, entre otros, CUELLO CONTRERAS, PG, p. 153, “...el último fundamento del principio de legalidad, que permite abarcar *todas* las garantías que lleva implícito, no lo es tanto el de la previsibilidad de los reactivos penales del Estado ni el de la seguridad jurídica del ciudadano, de cuya importancia nadie duda, como el de la *transparencia* de dicha función estatal. Esa transparencia sólo se consigue cuando se legisla para el futuro, para casos que aún no se han dado, lo que garantiza la confianza *general* en la *objetividad* del Derecho”; FEIJOO SÁNCHEZ, (nota 25), p. 94, “...en cuanto existe una norma vinculante al menos para dos personas nace el principio de confianza como principio general”; MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza en derecho penal, inédito. “Con independencia de cuál pudiera ser su fundamento, lo cierto es que el principio de confianza iba obteniendo cada vez mayor reconocimiento. El *Bundesgerichtshof* lo aplicaba de manera constante en materia de tráfico y algún sector de la doctrina proponía su utilización en otro tipo de ámbitos como el de la actividad médico-quirúrgica”.

¹⁰¹ Véase (nota 1).

¹⁰² NOZICK, La naturaleza de la racionalidad, paidós, Madrid, 1995, p. 29. “Cuando los principios de una persona mandan (abstenerse de) una acción, podemos confiar más en ello. Siendo capaces de

debe tener significado para los demás, debe así exteriorizarse, si bien con la exteriorización de la voluntad no se trata de reconocer la voluntad, sino de la realización parcial del injusto.

No obstante, esto por sí mismo, puede ocasionar un conflicto entre ajustar un principio a una situación y generar confianza pública a través de este principio¹⁰³. Por ello, considero necesario soportar cualesquier principio con una interpretación normativa de la confianza, lo cual, permitirá aceptar el concepto de "Principio", toda vez, que se entienda éste como el primer instante (realización) del ser (persona) de una acción (en sentido valorativo), lo que permitirá tener la seguridad que uno (*ego*) tiene en sí mismo, ¿pero que relación guarda este concepto con la confianza? Saber qué es delito (principio de legalidad) y cuál es la pena (prevención general positiva) y su medida (aunque esto último no sea requisito de la culpabilidad); luego, las leyes penales deben ser determinadas y precisas, lo cual explica, que el principio de legalidad no alcance sólo la norma que crea un delito o una pena, sino que abarca todo lo que puede conducir a que una persona resulte investigada, sancionada o se le aplique una medida de seguridad. Como ha señalado FEIJÓO SÁNCHEZ "...por esto la doctrina exige para poder imputar un hecho a una persona una perspectiva *ex ante* que contemple el hecho objetivamente"¹⁰⁴. Pues, la diferencia entre el ser (la persona) que es capaz de actuar y los que sólo se comportan (los animales) reside no sólo en que el primero "conoce" que sigue una regla, sino además, en que puede llegar a explicitarla e individualizar su capacidad. Pues la acción, como portadora de

confiar en algún grado en su conducta, nosotros mismos podemos ejecutar acciones cuyo buen resultado depende de la específica conducta de la persona dotada de principios. Aun si el futuro le deparara incentivos para desviarse, podemos confiar en que no lo hará, y fundándonos en ello, planificar y ejecutar nuestras propias acciones. De otro modo, tendríamos que actuar de manera diferente, pues la probabilidad de que su conducta previa acabe malográndose o frustrándose sería demasiado grande. Respecto de la gente que nos es suficientemente cercana, podemos confiar en su afecto y en la continuidad de sus buenas motivaciones para producir acciones coordinadas; en lo que hace a otros que nos son más lejanos, confiamos en su conducta orientada por principios". Estas consideraciones, permiten acercarnos a las relaciones interpersonales que en la actualidad la sociedad lleva a cabo de manera anónima, es decir, no llegamos a conocer al otro, sin embargo, confiamos en que se conducirá conforme a su deber (que obligan los valores ético-sociales contenidos en las normas de determinación).

¹⁰³ Véase las consideraciones ético-sociales del Derecho penal y la moral que realiza POLAINO NAVARRETE, Libro Homenaje-Cerezo, pp. 109 y ss.

¹⁰⁴ (nota 97), p. 19.

sentido, es el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas y no como estructura ontológica de la acción humana¹⁰⁵. Consecuentemente, de esa reflexión debe llegarse a la afirmación hecha por ROXIN “la teoría final de la acción, con su giro a las estructuras ónticas y a la realidad social, ha intentado restablecer, y no sin éxito, la referencia de la dogmática jurídico penal a la realidad, devolviendo sobre todo a la teoría de la acción y a la del tipo la plasticidad de una pura descripción del suceso”¹⁰⁶. Y en su lugar, resulta de más interés, la función de mantenimiento o restablecimiento de la confianza en la vigencia de la norma frente a los otros comportamientos o de su quebrantamiento. Lo cierto es que “aunque el mantenimiento de la confianza en la vigencia de la norma no se entienda como fin o función primordial del Derecho penal no se puede negar que ésta 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 a las normas es un efecto fáctico o empírico de la existencia de normas de conducta y normas de sanción”¹⁰⁷.

A partir de estas premisas, si se parte de la filosofía neokantiana, determina Zaczyk¹⁰⁸, que “la autonomía del individuo es el fundamento de su ser, y que como tal sólo puede concebirse en relación a la autonomía reconocida de otros seres racionales. Si bien dicha relación recíproca existe previamente, con su constitución en relaciones jurídicas se muestran en la realidad, de forma que la libertad general sólo se da sobre la base de las relaciones mutuas de reconocimiento de dicha autonomía, relaciones que constituyen estados reconocidos primero socialmente y posteriormente en forma legal por el Estado como bienes jurídicos. Contenido del bien jurídico es, en suma, ese reconocimiento a la libertad concreta de los individuos

¹⁰⁵ Sobre este aspecto véase RUEDA MARTÍN, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, Barcelona, 2001, principalmente p. 409-436.

¹⁰⁶ Política criminal y sistema del derecho penal, p. 37.

¹⁰⁷ En este sentido FEIJÓO SÁNCHEZ, El principio de confianza, p. 94.

¹⁰⁸ Citado por ALCACÉR GUIRAO, La tentativa inidónea. Fundamentos de punición y configuración del injusto, Comares, Granada, 2000, p. 296. ZACZYK considera que “puede desarrollarse una teoría del injusto que aclare cómo y por qué en la tentativa la voluntad adquiere relevancia jurídica objetiva, sin que para ello haya de haberse consumado”

por sí mismos, constituido y manifestado por sus acciones en el ámbito social”.

3. Acerca del sentido del principio de confianza en Derecho penal.

Es evidente que la confianza que se busca mantener en una sociedad que pregona un Estado de Derecho, debe ser a través de las normas de determinación con contenidos ético-sociales (bienes jurídicos a proteger), toda vez que, cualesquier conducta llevada a cabo dentro de los parámetros que la propia norma establece, las relaciones interpersonales llevarán implícito la confianza. Por esto, el fin, del Estado será entonces, proporcionar espacios de libertad y responsabilidad en las personas que interactúan en actividades que de manera conjunta lleven a cabo¹⁰⁹, a través de normas jurídicas que determinen reglas o expectativas a seguir racionalmente.

Pero que significa, la expresión de sentido para el Derecho penal y que relación guarda con el principio de confianza. Para un primer acercamiento son merecedoras de consideración las palabras de RUEDA MARTÍN, al afirmar que: “El hecho de que una acción tenga sentido depende, fundamentalmente, de dos factores. En primer lugar, el sujeto con sus capacidades intelectuales debe haber aceptado el posible sentido que ofrecen los mencionados elementos objetivo-causales en el mundo físico. Y, en segundo lugar, el autor debe haber aprehendido el sentido ético-social del acto exigiéndose que con sus capacidades volitivas externas, haya dirigido en ese sentido la acción”¹¹⁰. Por ejemplo, en el tránsito vehicular, el peatón espera que los conductores respeten los lineamientos del reglamento de tránsito, que establece la preferencia de paso, ya que éste (el peatón), confía en el otro (conductor) que se conducirá conforme al mandato de la norma (reglamento de tránsito), por ser su obligación de conocerla, y el peatón por igual. De ahí que el Estado proteja al ciudadano (pero desde una perspectiva funcionalista) al garantizarle el derecho de paso. Esto significa que en determinado momento la conducta humana

¹⁰⁹ Como es el caso de la actividades con división de trabajo ya sea vertical u horizontal, véase al respecto infla capítulo sexto.

¹¹⁰ (nota 105), p. 417.

alcanzará el sentido en la sociedad, en función de las expectativas sociales que crean fiel¹¹¹.

Así FEIJÓO SÁNCHEZ considera que “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”¹¹². No obstante, se presenta un inconveniente al respecto: el “optimista” como lo llama FEIJÓO SÁNCHEZ, entiendo que es aquel que cumple con su deber, lo cual no implica verse beneficiado, sino que simplemente, ha sabido comportarse normativamente, y pueda ser un buen ciudadano de comportamiento modelo para los demás, y no así, verse privilegiado. De este modo, confirmo lo dicho, cuando este autor afirma que: “...No en 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”¹¹³. Entonces, la cuestión será comprobar, si la conducta del ciudadano que tiene un determinado sentido social, realiza por tanto la prohibición¹¹⁴, sin embargo, ¿cuál es el grado mínimo de acción que debe concurrir a la hora de imputar a la persona su organización, su comportamiento, y no su mera existencia?

Ciertamente, el requisito mínimo de la conducta para ser sometida a punición, no es la mínima vinculación negativa de la acción con el bien jurídico concretamente atacado, sino un determinado efecto

¹¹¹ Cfr. ELOISA QUINTERO, El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad, en Libro Homenaje-Günther Jakobs, II, p. 196, “La sociedad, como sistema de interacciones personales, se compone de comunicaciones, de expresiones de sentido. Ello quiere decir que es el propio sistema, esto es, la propia sociedad la que atribuye o adscribe a una determinada conducta un contenido de significado simbólico, que expresa sentido”. Por su parte POLAINO ORTS, (nota 70), p. 65. “...la penal, igualmente dotada de un contenido comunicativo-simbólico o de una expresión de sentido social o comunicativamente relevante, marginaliza el significado del hecho delictivo aislado y supone el restablecimiento de la vigencia de la norma, quebrada con el proyecto de mundo alternativo: la pena en sí afirma que el cuestionamiento de la vigencia de la norma es válido ni aceptable y por ello, mediante su imposición, se confirma la realidad de la norma, se reafirma que la norma sigue estando vigente, esto es, sigue conservando su efectividad general como antes de su parcial cuestionamiento”.

¹¹² (nota 25), p. 100.

¹¹³ (nota 25), p. 100.

¹¹⁴ El desarrollo de esta propuesta y su valoración se pospone al siguiente capítulo.

de la conducta en el entorno social, en que se desarrolla: la acción¹¹⁵ ha de ser susceptible de crear un estado de intranquilidad colectiva, alterando las condiciones de paz jurídica consistentes en la vigencia del ordenamiento jurídico, en la conciencia social y capaz, asimismo, de debilitar la vigencia, o bien de los valores ético-sociales plasmados en la norma jurídica-penal, que dan identidad y consolidan el organismo social, o bien, de las expectativas de confianza institucionalizadas en las normas, las cuales posibilitan la continuidad pacífica de los contactos sociales. Tal y como sucede, en el contexto del Título Décimo del Código Penal Federal en relación a los delitos contra la Administración Pública, en las que no se sancionan a los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, etc., sino conductas que lesionan la función social básica desempeñada por los funcionarios públicos, como lo señala la tesis 1a. XLIV/2001.

En segundo lugar, el Derecho penal, entendido como protección de la vigencia de la norma, me hace pensar en un Derecho penal liberal, me explico: un Derecho penal liberal ha de estar basado en el respeto a una autonomía de la persona en su comportamiento frente a otras personas. Lo cual originó que en el ámbito vehicular, se produjeran una serie de normas de preferencia, a modo de ejemplo cabe citar las tesis XX.27 P/1995, I.2o.P.11 P/1997, I.2o.P.24 P/1998, VI.P.36 P/2000, entre otras¹¹⁶. De esto último se desprende el principio de autorresponsabilidad¹¹⁷, como límites de actuación frente a conductas de terceros que cometan delitos de responsabilidad profesional, como lo señala la tesis XIV.2o.74 P/1998. Por esta razón, al particular debe imponérsele además de los deberes de cuidado formulados positivamente (el sentido social de una acción¹¹⁸), un deber

¹¹⁵ JAKOBS, El concepto jurídico-penal de acción, p. 101. "Al hablarse hoy en día del concepto de acción, habitualmente... se está hablando de una parte del concepto de injusto, más concretamente de un segmento que es común a todo tipo de injusto: ya sea el injusto de un homicidio o el delito de daños, el injusto un delito de lesión o de un delito de peligro abstracto siempre necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión..."

¹¹⁶ Sobre estos dos aspectos véase capítulo dos y más en detalle el capítulo sexto y séptimo.

¹¹⁷ Véase infra capítulo quinto 4.1.

¹¹⁸ "Una persona que conoce los elementos del tipo, en primer lugar, conoce el sentido de la acción típica y, posteriormente adquirirá la conciencia de lo injusto material. El conocimiento de los elementos del tipo es el paso previo para que el autor adquiera conciencia de lo injusto material porque una vez que el autor ha comprendido el significado del acto, se verá posibilitado para

general de orientar su comportamiento de manera que no lesione a otros. Es decir, el principio de quien se comporta de manera contraria a deber no puede confiar en que los otros se comportarán conforme a deber¹¹⁹. De esta manera, el sentido del principio de confianza que ofrece el Estado debe ser de componentes normativos.

En este sentido, se defenderá la idea de que el mandato normativo que subyace en cada ilícito imprudente –por ejemplo- tiene que ser necesariamente indeterminado, pues trata de evitar cualquier comportamiento capaz de producir el resultado típico, con independencia en principio de las concretas circunstancias que rodeen al caso y las particulares características que tenga el autor..

Es por ello que acertadamente considera FEIJÓO SÁNCHEZ: “...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 pueden negar que ésta 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 a las normas es un efecto fáctico o empírico de la existencia de normas de conducta y normas de sanción”¹²⁰. Ciertamente, el requisito mínimo de la conducta para ser sometida a punición no es la mínima vinculación negativa de la acción con el bien jurídico concretamente atacado, sino un determinado efecto de la conducta en el entorno social en que se desarrolla: la acción ha de ser susceptible de crear un estado de intranquilidad colectiva,

¹¹⁹ Tiene razón FEIJÓO SÁNCHEZ, El dolo eventual, p. 16, al señalar que “la infracción de un deber no es un elemento que diferencie al injusto (delito) imprudente del doloso, sino que caracteriza a ambos”. No así lo considera RUEDA MARTÍN, La teoría, p. 446, “...La diferencia fundamental entre los tipos objetivos del delito doloso e imprudente radica en su diferente estructura material”.

¹²⁰ (nota 25), p. 94. En contra SOTO NAVARRO, La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna, Comares, Granada, 2003, p. 308, “...sobre todo en el ámbito de los delitos contra la seguridad colectiva, entiendo que la defraudación de expectativas sociales y su restablecimiento por medio de la intervención punitiva son conceptos útiles para describir la función de la pena, pero no aportan referente material alguno sobre el contenido legítimo de las normas, ni puede servir, por tanto, como criterio de incriminación. La seguridad en sí misma es un concepto vacío, que permitiría una ampliación sin límites de la intervención penal. Sólo cobra entidad suficiente en la medida en que se la dote de un soporte material sólido, con capacidad para delimitar los tipos, y éste no es otro que los bienes jurídicos esenciales (generalmente de naturaleza individual) que se requiere preservar de formas de ataque indiscriminado”.

alterando las condiciones de paz jurídica consistentes en la vigencia del ordenamiento jurídico en la conciencia social y capaz, asimismo, de debilitar la vigencia, o bien de los valores ético-sociales plasmados en la norma jurídica que dan identidad y consolidan el organismo social, o bien de las expectativas de confianza institucionalizadas en las normas, las cuales posibilitan la continuidad pacífica de los contactos sociales¹²¹. Tal y como sucede, en el contexto del Título Décimo del Código Penal Federal en relación a los delitos contra la Administración Pública, en las que no se sancionan a los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, etc., sino conductas que lesionan la función social básica desempeñada por los funcionarios públicos, como lo señala la tesis 1a. XLIV/2001.

En segundo lugar, el Derecho penal, entendido como protección de la vigencia de la norma, me hace pensar en un Derecho penal liberal, me explico: un Derecho penal liberal ha de estar basado en el respeto a una autonomía de la persona en su comportamiento frente a otras personas. Lo cual originó que en el ámbito vehicular, se produjeran una serie de normas de preferencia, a modo de ejemplo cabe citar las tesis XX.27 P/1995, I.2o.P.11 P/1997, I.2o.P.24 P/1998, VI.P.36 P/2000, entre otras. De esto último se desprende el principio de autorresponsabilidad, como límites de actuación frente a conductas de terceros que cometan delitos de responsabilidad profesional, como lo señala la tesis XIV.2o.74 P/1998. Por esta razón, al particular debe imponérsele además de los deberes de cuidado formulados positivamente (el sentido social de una acción¹²²), un deber general de orientar su comportamiento de manera que no lesione a otros. Es decir, el principio de quien se comporta de manera contraria a deber no puede confiar en que los otros se comportarán conforme a deber¹²³. De

¹²¹ En este sentido ALCACER GUIRAO, (nota 106), p. 323.

¹²² "Una persona que conoce los elementos del tipo, en primer lugar, conoce el sentido de la acción típica y, posteriormente adquirirá la conciencia de lo injusto material. El conocimiento de los elementos del tipo es el paso previo para que el autor adquiera conciencia de lo injusto material porque una vez que el autor ha comprendido el significado del acto, se verá posibilitado para identificarlo con el orden ético- social vigente en un momento histórico determinado". Así RUEDA MARTÍN, (nota 105), p. 420.

¹²³ Tiene razón FEIJÓO SÁNCHEZ, (nota 97), p. 16, al señalar que "la infracción de un deber no es un elemento que diferencie al injusto (delito) imprudente del doloso, sino que caracteriza a ambos".

esta manera, el sentido del principio de confianza que ofrece el Estado debe ser de componentes normativos.

a) El fundamento del injusto imprudente

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 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. Lo que 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 el punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas¹²⁴, tal y como lo ha llegado a sostener erróneamente la Primera Sala SCJN en la tesis jurisprudencial correspondiente a las 5ª y 6ª época, tomo XXVI/página 1318, y en el Informe/1960, respectivamente. Si a alguien que se comporta de forma cuidadosa se le imputa un hecho sólo porque otro se ha comportado de forma defectuosa no se le estará 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 autorresponsabilidad¹²⁵. Por lo que encuentro un sustento legal, en el nuevo Código Penal del Distrito Federal, que prevé “el efecto excluyente del dolo que se atribuya a la confianza por gran parte de la doctrina encuentra apoyo legal en el segundo párrafo del artículo 18, donde se establece que obra culposamente quien “produce el resultado típico (...) confiando en que no se produciría en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar”.

No así lo considera RUEDA MARTÍN, La teoría, p. 446, “...La diferencia fundamental entre los tipos objetivos del delito doloso e imprudente radica en su diferente estructura material”.

¹²⁴ En este sentido FEJOO SÁNCHEZ, el principio de confianza, p. 103.

¹²⁵ Sobre este punto véase infra capítulo cuarto.

Con esta previsión legal se asume que en aquellos supuestos en los que el sujeto activo ha confiado en que el resultado no se produciría falta la aceptación de culpa o imprudencia en su modalidad consciente. Tal es el supuesto, por ejemplo, del sujeto que al volante de su automóvil ocasiona una colisión mortal después de decidir no respetar un semáforo en rojo pensando que no avicinará ningún vehículo por la vía perpendicular¹²⁶. Por consiguiente, cuando en la comisión de un delito, a título de imprudencia, concurren circunstancias tales como; la conducta negligente del inculpado al conducir un vehículo y no respetar el semáforo en rojo, así como la omisión de llevar a cabo alguna maniobra para evitar la colisión con el otro vehículo, y una vez administrados entre sí, dichos elementos serán suficientes para acreditar plenamente la responsabilidad del conductor que no respetó la señal en rojo.

No obstante, cuando el comportamiento tiene lugar, en ámbitos de la vida social ordenadas, con mayor o menor detalle por el ordenamiento jurídico, las dificultades del proceso deductivo de la pauta de cuidado hipotéticamente no observada son menores. En estos supuestos, la actividad que conlleve un riesgo, se encuentra regulada mediante preceptos extrapenales que contemplan las reglas de cuidado que deben respetarse en cada sector para minimizar los riesgos que le son inherentes, tal y como ya lo hemos expuesto, en el ámbito del tránsito vehicular, la explotación de energía, las actividades industriales y de construcción, etc.¹²⁷

Todas estas normas tratan de evitar que el riesgo que conlleva el desarrollo de estas actividades traspase el límite de lo tolerado o permitido y, por ello, la infracción de una de estas reglas generales constituye un **indicio cualificado** de una falta de cuidado, lo cual desde luego no significa que tal indicio baste para calificar la conducta como imprudente, como apunta FEIJOO SÁNCHEZ "las medidas de seguridad contempladas en normas extrapenales de seguridad son una *ratio cognoscendi* de una conducta típica pero en absoluto se pueden

¹²⁶ En este sentido RAGUES Y VALLÉS, Dolo y culpa, en Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, CEPOLCRIM, México, 2003, p. 174. Por otro lado, ROXIN, PG, p. acepta que el principio de confianza también es aplicable al dolo eventual.

¹²⁷ Véase supra capítulo tres en los temas de la adecuación social y riesgo permitido.

entender como una *ratio essendi*"¹²⁸. Y ello porque el respeto a las reglas generales puede resultar contraindicado cuando las peculiaridades de la situación requieren algo distinto a lo prefijado en ellas. Las pautas de cuidado positivadas sólo contienen una llamada de atención sobre medidas de precaución de carácter general, que pueden ser reemplazadas por otras cautelas de eficacia equivalente. Su mayor ventaja radica, pues, en que "contribuyen al cumplimiento de certeza dándole contenido a los tipos imprudentes al constituirse en un indicativo para las necesarias valoraciones que debe llevar a cabo el juez"¹²⁹. No obstante, la determinación del exacto alcance que ha de concederse a este tipo de reglas no es fácil; buena prueba de ello son los problemas que surgen cuando se trata de concretar el significado de la expresión *lex artis* en el ámbito jurídico-penal. Ejemplo de ello, es la tesis jurisprudencial publicada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, correspondiente a la octava época, Tomo IX, Junio de 1992, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y visible en la página 383, con la siguiente rubrica y texto:

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. PROBANZA PLENA DE LA RESPONSABILIDAD. Cuando en la comisión de un delito, a título de culpa o por imprudencia, concurran circunstancias tales como; la conducta negligente del inculpado al conducir un vehículo a exceso de velocidad, así como la omisión de llevar a cabo alguna maniobra para evitar el arrollar al ofendido, además de abandonar a éste después del percance y la existencia de un certificado médico del que se desprendan las lesiones sufridas por la víctima; una vez administrados entre sí, dichos elementos son suficientes para acreditar plenamente la responsabilidad del procesado en la comisión de los ilícitos materia del juicio de reproche".

Si bien es cierto, esta tesis no resulta de observancia obligatoria para los jueces y magistrados, pero si demuestra que para la comprobación del ilícito acontecido, se debe analizar los demás límites o parámetros normativos para considerar si obro o no con imprudencia.

¹²⁸ Homicidio y lesiones imprudentes, p. 212.

¹²⁹ BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZABAL MALAREE, Lecciones de Derecho penal, p. 177.

4. Conclusiones provisionales.

1. Con la ética de ARISTÓTELES se permite comprender lo valioso de la amistad como virtud del hombre de bien. Por ello, entre los hombres de bien hay confianza, así como la seguridad de que jamás se harán injusticias. Además, es preciso que nuestros amigos sean también amigos entre sí, si todos han de pasar sus días unos con otros, lo cual entre muchos es dificultoso. De ser así, la amistad no sería absoluta, sino puro interés. Aunado a esto afirma que hace falta, además, tiempo y trato, pues según el proverbio, no pueden conocerse mutuamente los hombres antes de haber consumido justamente la sal, no recibirse o darse por amigos antes de que cada uno se muestre al otro amable y haya ganado su **confianza**.
2. La idea de libertad objetiva encuentra su realización adecuada en la eticidad, pues ella representa, según HEGEL, la más alta configuración de la idea de libertad y la liberación del individuo a través de la satisfacción de su derecho en ella. Entonces, la filosofía del derecho de HEGEL debe ser entendida como facilitadora de comportamientos sociales y de identidad individual y social. Por esto, HEGEL conoce también una institución parcial en la que la confianza ofrece el punto de partida.
3. Un análisis sociológico del concepto de confianza, elimina la inseguridad latente que típicamente acompaña una seguridad en mecanismos que no se entienden. En efecto, se debe tomar en cuenta las instituciones de castigo, penales y de perdón, ya que LUHMANN, las considera con muchas funciones, entre otras, establecer una solución de conflictos y evitar en un futuro más desconfianza. Incluso más, la centralización del monopolio del castigo en el sistema, tiene la función de romper el círculo de desconfianza creciente en casos *difíciles*.
4. La tesis de JAKOBS, consiste en que la sociedad posibilita cada vez más los contactos anónimos, es decir, aquellos en los que el alcance del deber de los participantes verdaderamente está determinado por su rol, pero, en cambio, no se averigua o ni siquiera sería averiguable también cognitivamente qué aspecto

presente generalmente la administración del ámbito de organización en cada uno, esto conduce a que el rol que desempeña una persona es conocido, más no la propia persona, lo que implica que debe comportarse de acuerdo con las normas jurídicas o extrajurídicas sea el caso, incorporándose la categoría de la imputación objetiva a la teoría de la imputación, si bien no se trata aquí de la imputación del resultado, sino de la determinación del comportamiento no permitido. Esto conduce, efectivamente, a pensar que las personas aparecen como portadores de roles, y esto, los limita a la socialidad de una comunicación no instrumental a una comunicación personal

5. Para HABERMAS la disponibilidad generalizada de *alter* a aceptar las ofertas de interacción de *ego* puede hacerse derivar de las distintas fuentes del prestigio o influencia de éste, que pueden consistir, o bien en vinculaciones motivadas *empíricamente*, es decir, generadas por incitación o intimidación, en el caso de la fuerza física, del atractivo corporal, de las habilidades cognitivo-instrumentales y de la capacidad de movilizar riqueza, o bien en una **confianza** *motivada racionalmente*, esto es, basada en un acuerdo fundado, en el caso de una señalada capacidad de la persona de responder de sus actos en la interacción, o en el caso del saber de que una persona dispone.
6. Mientras se establezcan más normas de seguridad menos desconfianza se presentará en las conductas de los ciudadanos que tengan expresión de sentido para el Derecho penal actual. Lo que establecerá los límites de actuación y responsabilidad en cada quien, esto es, la disposición a respetar las normas es un presupuesto fundamental del estatus de ciudadano (principio de autorresponsabilidad).
7. Con el principio de confianza, se pretende delimitar la actuación de unos participantes en este ámbito de actuación hasta donde comienza la esfera de otros: hacer posible, en definitiva, la división de trabajo. Es decir, en los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa es tan importante el principio de confianza entre sujetos que trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de iguales) como entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en 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). Sin embargo, no parece posible afirmar que este principio tenga relevancia como criterio delimitador del deber de conducta, sino que éste, más bien, queda incluido en la delimitación que, de la actuación de los sujetos en el tránsito, hace la norma de conducta que afecta a cada uno. Según entiendo, el principio de confianza supone, antes que la delimitación del deber de cuidado, un aspecto de la configuración de la norma de conducta. Esta norma, de carácter penal, le indica a cada sujeto que ocupa una determinada posición jurídica cómo debe actuar en un momento concreto y en relación con esa determinada posición jurídica.

SEGUNDA PARTE
LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO FUNDAMENTO
DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

CAPÍTULO TERCERO
LA TIPICIDAD COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN
OBJETIVA

I. Estructura y ámbito de la imputación objetiva.

La interpretación sistemática y teleológica, de la función que desempeña el Derecho penal en sociedad, será la de analizar el sentido ético-social de un comportamiento humano, y precisar, si éste, se encuentra, o no, prohibido por la norma jurídica-penal (tipo penal). En efecto, el sentido que se busque a cada norma no puede ser abstracto, como por ejemplo decir que es para evitar peligros o lesiones para los bienes jurídicos protegidos, sino que hay que buscarle el sentido concreto. De esta forma, no solamente, se concreta la antijuridicidad material, sino también la formal, lo que implicaría ampliar la interpretación de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a la infracción de un deber normativo.

La importancia de la interpretación sistemática y teleológica esta fuera de duda. De ahí que surja la primera manifestación en el injusto de un Derecho penal funcional (teleológico)¹: la **imputación objetiva**, que pregona diversos criterios para reconstruir un injusto enriquecido con elementos personales, que ayudarán a la interpretación del Derecho positivo, pero siempre con una “interpretación constitucional”².

De lo anterior, se desprende que el Derecho penal encontrará su legitimación en la Constitución de un Estado de Derecho³, con un sistema de libertades. Como ha señalado MIR PUIG a la idea de imputación objetiva “supone la *atribución* de un sentido jurídico-penal

¹ Comparece más al respecto ROXIN, Dogmática penal y política criminal, IDEMSA, Lima, 1998, pp. 25 y ss.

² La expresión es tomada de FEIJÓO SÁNCHEZ, El injusto penal en el Código penal de 1995, Colex, Madrid, 1997, p. 27.

³ Queda pendiente el problema de cómo interpretar entonces las obligaciones expresas de incriminación que contiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación con determinados bienes y derechos. En particular de los artículos 14 al 22. Para profundizar véase entre otros AGUILAR LÓPEZ, Reflexiones entorno de la justicia penal, Colección Reflexiones Jurídicas, vol. 3, México, 2003, principalmente pp. 3-30, 85-80 y 101-108; AMUCHATEGUI REQUENA, Derecho Penal, Oxford, México, 2000, p. 15 y ss.; DÍAZ DE LEÓN, Principios y garantías penales, en Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras jornadas sobre justicia penal “Fernando Castellanos Tena”, UNAM, México, 2003, pp. 17-34; LUNA CASTRO, El concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Porrúa, México, 1999, pp. 77-145; MALO CAMACHO, DPM, básicamente pp. 81-96.

específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del *verdadero* sentido de dichos términos”⁴.

En mi opinión, **la legitimación material de las normas penales remite, en definitiva, al análisis de los criterios de identidad de una determinada sociedad.** Éstos pueden fijarse mediante la adopción de un enfoque interno al sistema jurídico, como hacen las teorías constitucionalistas, o de un enfoque externo, como el que representan las convicciones sociales mayoritarias. En otros términos, no corresponde al bien jurídico una función crítica extrema al sistema jurídico-penal, sino sólo desde el principio de proporcionalidad, en cuanto sirva como instrumento par el mayor mantenimiento de la libertad bajo situaciones definidas y comprometidas con la aplicación del Derecho penal⁵.

Frente a este estado de cosas, la Constitución sólo proporciona orientaciones, de las que no se extraen, por vía deducción lógica, cuáles sean los objetos de tutela penal. Para ello se requiere de un proceso de concreción articulado en más fases. Adoptado este presupuesto, la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, corresponderá en suma, al ámbito de la tipicidad⁶. Por esta razón, la dogmática hoy en día, encuentra en **la delimitación de ámbitos de responsabilidad**, uno de los elementos más importantes para la concreción de la responsabilidad penal dentro del marco de la imputación objetiva.

Las variaciones importantes se encuentran, según se trate de competencia en virtud de institución o de competencia en virtud de

⁴ Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje al profesor Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales/Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 71. De hecho, este autor coincide con VIVES ANTÓN, Fundamentos del sistema penal, tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 307 y s., al considerar que “de alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de significado”.

⁵ Véase al respecto PÉREZ DAZA, Introducción al derecho penal, México, 2002.

⁶ En este sentido DAZA GÓMEZ, Teoría general del delito, Cárdenas Editores, 1999, pp. 100 y ss., el mismo, Imputación a la víctima, en Libro Homenaje-Cerezo Mir, pp. 631 y ss.; el mismo, Teoría de la imputación objetiva, en RFDM, 1998, p. 40; Como ha señalado TORIO LÓPEZ, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, Estudios Penales y Criminológicos X, Santiago de Compostela, 1987, p. 383; “La imputación objetiva no es nada distinto de la tipicidad entendida en sentido técnico, orientada en sentido teleológico y valorativo”.

organización⁷. O bien, como pone de manifiesto Jakobs, la imputación objetiva se divide en dos niveles⁸; por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). Por una parte explica JAKOBS “...se trata de la finalidad del propio Derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas. De esta finalidad de la regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aun cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada esta permitida. Sobre todo, los criterios de riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social”⁹.

En este sentido, **la imputación objetiva no sólo delimita la materia de prohibición, entendida como límite externo de la teoría de las normas, sino que ayuda a la formación del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta**¹⁰. Lo que lleva a la siguiente pregunta ¿A qué delitos son aplicables los criterios de la imputación objetiva? La posibilidad de contar con una respuesta definitiva, sería un tanto aventurada, sobre todo, para el

⁷ En este sentido hay que estar totalmente de acuerdo con LÓPEZ DIAZ, Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1996, p. 62, cuando afirma que “al encontrar los delitos de acción y de omisión, el doloso y el culposo, unos elementos comunes (la posición de garante y la creación de un riesgo desaprobado que se concentra en el resultado), se consigue una fundamentación monista de la imputación objetiva”.

⁸ Para un estudio más profundo MARQUEZ PIÑERO, La fundamentación básica del Derecho Penal, Criminalia, Año, LXV, No. 2, Mayo-Ago. México. 1999. 3-55., pp. 13 y ss; REYES ALVARADO, Imputación, pp. 100, 159 y 330 y ss.

⁹ PG, p. 225.

¹⁰ En el mismo sentido CANCIO MELIÀ, Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva, Libro homenaje-Günther Jakobs, p. 218. Ya en trabajos anteriores, CANCIO MELIÀ realizó una primera aproximación a los argumentos que defiende en este último trabajo, cfr. básicamente, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 55-85; el mismo, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 55 y ss; el mismo, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Angel Editor, México. 2001, pp. 68-71,

alcance de este capítulo, por lo que tendré que limitarse a exponer sin entrar en profundidad de los postulados que estudian la imputación objetiva tanto del resultado como la relevancia jurídico-penal de la conducta.

De acuerdo con lo anterior, resulta conveniente empezar a analizar el fundamento y desarrollo de los criterios de la adecuación social, riesgo permitido y fin de protección de la norma que restringen el ámbito del tipo, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, de ahí valorar dos posiciones: a) la adecuación social y/o riesgo permitido, como fundamento del principio de confianza y su ámbito de aplicación dentro del fin de protección de la norma; y b) demostrar una plena autonomía del principio de confianza o más aún, que el principio de confianza sea el fundamento de la adecuación social y riesgo permitido, y en consecuencia, base metodológica para la creación de normas como fin de protección¹¹.

1. Adecuación social.

A la hora de valorar la adecuación social, es indispensable centrar el estudio en WELZEL¹² principalmente, ya que en sus primeros escritos publicados antes de 1945¹³, estableció las raíces en la construcción de una teoría del tipo, por ejemplo, en su artículo publicado en 1939 <<Causalidad y acción>>¹⁴, estableció como un presupuesto negativo de la imputación para los delitos dolosos, así como también para los delitos culposos la adecuación social¹⁵.

¹¹ Véase en relación a esto último el capítulo quinto.

¹² Con respecto al tratamiento original de la adecuación social en WELZEL véase por todos el admirado trabajo de CANCIO MELIA, Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp.13-16.

¹³ Véase MÜSSIG, Desmaterialización, pp. 20 y ss. Este autor, reseña el momento histórico en que WELZEL establece un panorama bastante claro del ordenamiento material de los valores en las sociedades.

¹⁴ La traducción en español no fue sino hasta el año 1976 por FINZI, C., en "Cuadernos de los Institutos", No. 126, Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba.

¹⁵ Esta cuestión no es novedosa, sino que ha acompañado a la doctrina de la imprudencia desde sus orígenes. Para profundizar consúltese fundamentalmente en español FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de <<fin de protección de la norma de cuidado>>, Bosch, Barcelona, 2001, con referencias a

Posteriormente, en su manual, determina que el “modelo”¹⁶ de conducta prohibida será aquella que tenga un carácter antisocial, es decir, “inadecuada a la vida social ordenada”¹⁷.

La concepción de este autor, supone una concepción dinámica de la sociedad y no una concepción estática que simplemente pretende mantener un estado de cosas ya conseguido¹⁸. No obstante, en los tipos penales “se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”¹⁹. Estas acciones de acuerdo con su significado social, no son injusto. El cambio de esta perspectiva, tuvo serias repercusiones en el fundamento de los bienes jurídicos, quien para WELZEL, sólo existen en cuanto cumplen una función en la vida social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal²⁰, lo que conlleva a no proteger los bienes jurídicos de cualquier intervención lesiva, pues no todas ellas están prohibidas.

Lo que se pretende, es con ello, delimitar el alcance del tipo y concretar el deber general de cuidado. De lo contrario, si el Derecho

ENGISCH y su teoría de la adecuación social, pp. 51-67, y sobre ciertas bases de la imputación objetiva en el pensamiento de LARENZ, HONIG, o H. MAYER, principalmente pp. 151-154.

¹⁶ PG, p. 66.

¹⁷ PG, p. 66.

¹⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado, p. 156, “La adecuación social no puede solucionar problemas prácticos debido a su excesiva indefinición y a su carácter general, pero es un principio programático cuyo desarrollo permite restringir el ámbito de los tipos que, como el homicidio o las lesiones, están concebidos formalmente con excesiva amplitud”.

¹⁹ PG, p. 66.

²⁰ WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ariel, Barcelona, 1964, p. 53. Es necesario recordar, el comentario de CEREZO MIR, discípulo directo de WELZEL en Bonn durante tres años (1956 a 1959), que realiza en la nota al pie 11, al traducir esta obra al español, respecto del cambio ideológico en Welzel de la adecuación social: “WELZEL vuelve ahora a la concepción de la adecuación social como una causa de exclusión de la tipicidad que había mantenido ya en la 2ª edición de su Manual y en la primera edición de este libro. Este cambio es lógico, pues al concebir WELZEL la adecuación social como una causa de justificación, incurría en una contradicción con su concepto del tipo... Si la conducta socialmente adecuada está conforme con el orden ético-social normal, histórico, de la comunidad no puede ser al mismo tiempo típica, es decir (según el concepto del tipo de WELZEL) *relevante* para el Derecho penal. el tipo no es para WELZEL una descripción desvalorizada, sino que selecciona las conductas que suponen una infracción grave, insoportable, del orden ético-social de la comunidad. A partir de la 6ª edición de su Manual WELZEL había introducido ya la rectificación de que la adecuación social es *también* importante para la interpretación de algunos caracteres de los tipos y sobre todo para la determinación del cuidado necesario en el tráfico”.

penal pretendiera evitar todos los peligros que se crearan para los bienes jurídicos, la vida en sociedad se pararía definitivamente, y seríamos simples espectadores²¹. Por esa razón, entiende WELZEL²² “que el derecho lo que hace es escoger entre las distintas funciones en las que se muestra el bien jurídico para prohibir aquella que es incompatible con la existencia moralmente ordenada de la comunidad”²³.

La crítica más rotunda contra la teoría de la adecuación social se debe a HIRSCH²⁴, por lo demás discípulo de su formulador inicial WELZEL, quien examina detenidamente los distintos supuestos tradicionalmente solucionados por esta vía, para concluir que “en ninguno de ellos resulta necesaria, porque todos estos casos, pese a hallarse comprendidos en el tenor literal del tipo, no están abarcados por la *ratio legis* del precepto; y considera al riesgo permitido como una simple variante de la adecuación social, principalmente aplicable al ámbito de la imprudencia, que puede ser sustituido con ventaja por el criterio del cuidado exigible en el tráfico”.

Por lo anterior, es lógico que quienes han seguido el camino ya iniciado por WELZEL, han optado por restar importancia a esta teoría reduciendo su ámbito de aplicación y asignándole un papel secundario frente a otras categorías dogmáticas, otros han hecho hincapié en su difícil relación con el principio de legalidad; y otros han dirigido sus críticas a la posibilidad de tomar como referencia la aceptación social

²¹ Véase mi artículo La globalización en el Derecho penal, RT, 2001, pp. 41 y ss

²² Citado por MARAVER GÓMEZ, Riesgo permitido por legitimación histórica, El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs, Tomo II., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 223.

²³ Sobre este particular es importante el reciente trabajo del profesor POLAINO NAVARRETE, Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el derecho penal, en DIEZ RIPOLLÉS, et al. (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, principalmente p. 129 y s. Este autor concibe al Derecho penal y la Moral “como ordenamientos plenamente diferenciables y plenamente diferenciados, con unos presupuestos, un objeto y un fin distintos en cada caso”. Toda vez, que el ámbito de la norma penal que protege bienes jurídicos, funciona con total autonomía de “apreciación” en relación con los valores éticos y morales. Por lo que POLAINO NAVARRETE, se torna crítico del <<minimo ético>> como función del Derecho penal, y mucho menos como una “categoría de la naturaleza ontológica, sino sistemática y normativa, que pertenece a la esencia del sistema social”, p. 134.

²⁴ Citado por GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 134 y s.

de la conducta²⁵. Por esta razón, entre otras, se determinó la falta de claridad en su fundamentación teórica, lo que provocó que el concepto de adecuación social no funcionará, en todo su esplendor.

De este modo, “la conducta que fuera usual o corriente podía dejar de ser una conducta típica. Así, por ejemplo, la costumbre de conducir infringiendo el límite de velocidad podría llegar a verse como un caso de riesgo permitido. No obstante, eso era lo que pretendía evitar inicialmente WELZEL cuando insistía en el carácter valorativo y normativo de la adecuación social”²⁶.

Lo determinante es que esas normas y esas valoraciones son las que van configurando el bien jurídico y su grado de protección dando preferencia así a su desarrollo histórico-social y negando la existencia de criterios previos de valoración. Por esa razón, **la adecuación social puede resultar válida como criterio para la delimitación del tipo en toda clase de conductas²⁷; de manera que deben considerarse reprochables aquellos comportamientos que defrauden las expectativas sociales²⁸**. Dentro de la adecuación social podrían estudiarse, por tanto, todos los casos de riesgo permitido e, incluso, los generalmente tratados con respecto a la delimitación de ámbitos de responsabilidad. **La aportación de esta teoría consiste en demostrar la necesidad de interpretar las normas penales a partir de su relación con los valores jurídico-socialmente reconocidos²⁹**.

Lo que en el fondo se reconoce, es la presencia de la industrialización, que ha contribuido de manera decisiva a transformar radicalmente la estructura social: crecimiento demográfico, urbanismo, ruptura de las jerarquías tradicionales, etc. La razón es que, en el proceso de producción de los recursos necesarios para la supervivencia, la industrialización se ha asentado sobre bases que, en

²⁵ MARAVER GÓMEZ, Riesgo, p. 226.

²⁶ MARAVER GÓMEZ, Riesgo, p. 229.

²⁷ MARAVER GÓMEZ, Riesgo, p. 230. “En el ámbito del derecho penal, toda conducta no socialmente adecuada es una conducta penalmente típica porque la adecuación social pretende ser un criterio general de interpretación del tipo.

²⁸ REYES ALVARADO, Imputación objetiva, temis, Bogotá, 1996, p. 90; MARAVER GÓMEZ, Riesgo, p. 231.

²⁹ MARAVER GÓMEZ, Riesgo, p. 232.

sí mismas, contienen un fuerte potencial de transformación, tales como la utilización de la ciencia y tecnología, la organización racional de la vida económica, la aparición de la empresa como institución económica central de las actividades individuales (bienes jurídicos individuales), la diversificación social e interdependencia funcional derivada de la división de trabajo, etcétera.

2. El riesgo permitido.

A consecuencia del proceso de industrialización, las actividades socialmente útiles, pero peligrosas, lejos de ser objeto de prohibición, debían propiciarse, ya que no cabría imaginar la vida sin provecho social que comportan, en palabras de JAKOBS "las normas penales sancionadas regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no puede existir sin la seguridad de las expectativas"³⁰, esto lo ejemplifica de la siguiente manera: "si uno, como peatón, debe estar protegido enteramente frente a toda posible puesta en peligro proveniente de los vehículos, un enfermo que vive en una aldea no puede esperar que acuda a visitarlo a su domicilio el médico a pesar del peligro de que esté helada la calzada"³¹. A causa de ello la doctrina se ha esforzado por colmar esa laguna, en el terreno de la interpretación del alcance de los tipos penales³², en particular de los delitos imprudentes por su propia naturaleza (infracción de deber) vinculada a la idea de riesgo³³ -ayudándose con parámetros socio-políticos, relativos a los límites de lo socialmente tolerables-, puesto que en este caso, es indispensable conocer la relevancia jurídico-penal del riesgo, en particular las condiciones fácticas que determinen, si es

³⁰ PG, p. 243.

³¹ PG, p. 243.

³² En este sentido ROXIN, Dogmática penal, p. 28.

³³ La percepción de riesgo va más allá de la dogmática jurídico-penal e implica problemas fundamentales de la sociedad actual y de su control. Consúltese desde la perspectiva sociológica LUHMANN, Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992, pp. 43-76, 127-145; BECK, La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 25 y ss; en la filosofía del derecho, KAUFMANN, Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, capítulo vigésimo/IV; en el Derecho penal es amplia la referencia bibliográfica por la importancia que conlleva el concepto de riesgo en las actividades delictivas, a modo de ejemplo: delitos ambientales, empresariales, económicos, responsabilidad médica, entre otras. Para mayor referencias PÉREZ DAZA, R.T., 2001.

ese riesgo y no otro, es el que ha provocado el resultado³⁴. De ahí que se trate de delimitar, normativizar, y reglamentar todos los sectores de riesgos relevantes socialmente considerados por una comunidad en particular.

No obstante, ha sido necesario examinar en que radica el problema del riesgo en el Derecho Penal material, ya que traslada la determinación del injusto a otras ramas del ordenamiento jurídico y favorece la utilización de la leyes penales en blanco, con especiales restricciones en la taxatividad de las incriminaciones³⁵. Desde esta perspectiva, concede sin duda alguna, una especial relevancia a las "normas técnicas" en el reciente desarrollo de la responsabilidad penal. Pero de inmediato, debe significarse la compleja y aparentemente contradictoria operatividad de las normas y estándares técnicos en todo lo relativo a la imputación, puesto que si, por un lado, existe una general tendencia en la que convergen todas las ramas del ordenamiento a configurar como objetiva la responsabilidad, en los casos en que interviene maquinaria y elementos técnicos, se trata pues, de una responsabilidad penal, que por ello mismo hace abstracción del cumplimiento de normas jurídicas, no es menos cierto, que, por otro lado, y en aparente contradicción con ello, los criterios de imputación objetiva tienden a exonerar a quien cumple con las normas y estándares técnicos que pueden serle exigibles en su ámbito propio de actuación.

³⁴ Véase con más detalle MENDOZA BUERGO, El derecho penal en la sociedad del riesgo, civitas, Madrid, 2001; PÉREZ DAZA, R.T., 2001, p. 42 y ss; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2 ed. Civitas, Madrid, 2001; en sentido crítico a la expansión del Derecho penal GRACIA MARTÍN, ¿Qué es modernización del Derecho penal?, en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 349 y ss.; el mismo, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, tirant lo blanch, Valencia, 2003.

³⁵ DAZA GÓMEZ, Los tipos culposos ¿tipos abiertos? Algunas consideraciones sobre el <<fin de protección de la norma>> en la acreditación del delito culposo, en Libro Homenaje a Clasus Roxin, INACIPE, 2003, p. sostiene que la ubicación del riesgo permitido es "dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y de determinación de la responsabilidad consiguiente, en el proceso de valoración de la conducta, es decir, es un elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos".

De tal suerte, la perspectiva del riesgo, supone centrar la imputación en la conducta humana, de acuerdo con la función social que los instrumentos técnicos despliegan, al tener una connotación social más amplia, y que permitan ciertos márgenes de actuación permitidos, es decir, el Estado tolerará riesgos que el ciudadano crea en comunidad, y no pueda evitar³⁶. A esto, se le denomina “riesgo permitido”.

Es importante, recordar que los ámbitos de actividad que implican un riesgo “permitido”, toleran las consecuencias, que en el supuesto, que produjeren un resultado desafortunado (tal y como sucede en la mayoría de los casos), aunque se respeten los deberes de cuidado que la norma dirige al ciudadano, no serán sujetos de imputación. Diferente será, cuando el ciudadano incremente el riesgo la actividad permitida, lo que conllevará a una responsabilidad, me explico: el conducir un vehículo de motor implica un riesgo “permitido” en sí, por lo que se crea un Reglamento de Tránsito que contiene normas de mandato, para evitar un accidente de tránsito. Pero en el caso, que un conductor incremente el riesgo de lesión de bienes jurídicos y no respeta el señalamientos correspondientes al ámbito vehicular, será responsable objetivamente por su infracción a la norma. Confunde y equipara DIAZ-ARANDA el riesgo permitido con el incremento del riesgo, al entender que “existen conductas que desde una perspectiva *ex ante*, elevan el riesgo de lesión de bienes jurídicos y, sin embargo, dichas conductas son permitidas en general”³⁷. Elevar el riesgo permitido es un requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente extraño. Tal es el caso del fabricante de vehículos de motor (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la

³⁶ JAKOBS, Sobre la génesis de la obligación jurídica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 36, “...tal interpretación del mundo tiene la ventaja evidente de descargar la expectativa del conocimiento del entramado contingente de condiciones de los factores reales de una acción, ya que en lugar de este conocimiento se coloca el conocimiento de los contornos de la persona. En lugar del acecho recíproco se coloca la confianza en la constancia del rol, y los contactos anónimos pasan a ser posibles, con tal de que se conozca el rol del otro, y el rol mínimo de un ciudadano decente siempre se conoce en tiempos normales...”

³⁷ Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México, Porrúa, 2001, p. 91.

fabricación se convierta por ello en un suceso que se haga tolerable sólo en relación con un contexto justificante. Únicamente excede el riesgo (por ejemplo, fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante. Por su parte, la crítica que dirige FEIJÓO SÁNCHEZ a la “teoría del incremento del riesgo”, propuesta por ROXIN es la siguiente: “confusión entre la determinación *ex ante* y *ex post* del peligro, infracción del principio *in dubio pro reo* y conversión de los delitos de resultado (que exigen la imputación objetiva y subjetiva de un resultado para su consumación) en delitos de peligro en los que el resultado opera como mera condición objetiva de punibilidad”³⁸. Además, resulta que “la teoría del incremento del riesgo” supone una interpretación extensiva de los tipos penales que no respeta el límite literal posible de los preceptos de la parte especial”³⁹. En este caso, lo que hace DÍAZ-ARANDA, es degenerar el sentido de los tipos de resultado.

El hecho, de que gran parte de las amenazas a que los ciudadanos se exponen, provienen justamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos para el medio ambiente⁴⁰ o para los consumidores⁴¹ o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos de la biología, la genética⁴², la energía nuclear⁴³, la informática⁴⁴, las comunicaciones⁴⁵,

³⁸ Resultado lesivo e imprudencia, p. 165, nota al pie 449.

³⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia, p. 168.

⁴⁰ En torno a la problemática del delito ambiental BESARES ESCOBAR, et. al. Derecho penal ambiental. Análisis de los delitos contra el medio ambiente, Porrúa, México, 2001; MONROY, El derecho penal de las aguas, Porrúa, México, 2003.

⁴¹ PAREDES CASTAÑÓN, La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de *lege ferenda*, en Derecho penal de la empresa, Merentxu Corcoy Bidasolo (Directora), Universidad Pública de Navarra, 2002; pp. 403-432; PÉREZ ALVAREZ, Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación, Praxis, Salamanca, 1991, pp. 55 y 63; CUADRADO RUIZ, La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario. Análisis crítico del artículo 363 del Código penal, Bosch, Barcelona, 1998. pp. 56-57; IÑIGO CORROZA, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, Bosch, Barcelona, 2001. pp. 287 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, tirant monografías, Valencia, 2000, pp. 48-56.

⁴² Véase entre otros ROMEO CASABONA, El médico y el Derecho penal, I, <<La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)>>, Bosch, Barcelona, 1981; el mismo, Protección de bienes jurídicos e intervención en el genoma humano, en Genes en el estrado, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1996, pp. 131-166; el mismo, Los genes y sus leyes. El derecho

etcétera. Es cierto que el progreso técnico da lugar, también en el ámbito de la delincuencia dolosa tradicional, a la adopción de nuevas técnicas como instrumentos que le permite producir resultados especialmente lesivos; asimismo surgen modalidades delictivas dolosas de nuevo cuño⁴⁶.

Partiendo de las bases conceptuales indicadas, que implica la relación entre responsabilidad penal y necesidad social, en otras palabras, ¿cuáles son los casos en que la adecuación de la conducta al tipo penal quede excluida por la aplicación del riesgo permitido?, y ¿como se va a determinar que una actuación de riesgo sea considerada permitida? De esta manera, un importante sector doctrinal, ha venido defendiendo la tesis de que lo que sucede en los supuestos de riesgo permitido, es que falta una de las condiciones necesarias para que el curso fáctico ocurrido, sea imputable a un sujeto a título de injusto. De tal suerte, la ausencia de un riesgo no permitido excluiría la imputación de la conducta al tipo, hay quien considera que excluiría la autoría⁴⁷, para otros la imputación objetiva⁴⁸, o, simplemente quienes equiparan total o parcialmente –el concepto de riesgo permitido– con

ante el genoma humano, Comares, Bilbao-Granada, 2002; el mismo, El convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina: sus características y sus repercusiones en el Derecho español, en El convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español, Comares, Bilbao-Granada, 2002, p. 1-18; HIGUERA GUIMERA, El derecho penal y la genética, Estudios Trivium penal, Madrid, 1998.

⁴³ SCHÜNEMANN, Reglas de la técnica en Derecho penal, ADPCP, 1994, pp. 307 y ss.

⁴⁴ ORTIZ BERENGUER/ROIG TORRES, Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática, tirant lo blanc, Valencia, 2001; PALAZZI, Delitos informáticos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, Libertad de información y teoría de la delincuencia. La autoría y participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas, Comares, Granada, 1998.

⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal, p. 22.

⁴⁷ HIRSCH, Imputación objetiva, Buenos Aires,

⁴⁸ JAKOBS, PG, p. 243; el mismo, La imputación objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 51 y s; ROXIN, PG, p. 371, el mismo CPC 1990, pp. 139-141. TORIO LÓPEZ, EpenCr X, p. 400, el mismo ADP 1986, pp. 40-41; MARTÍNEZ ESCAMILLA, Imputación objetiva, pp. 44-45; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, PG, p. 95; WOLTER, La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, en Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed). Omisión e imputación objetiva en derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de derecho penal homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor <<honoris causa>> por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, p. 88.

la adecuación social⁴⁹. Finalmente, hay quienes lo separa precisamente de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente⁵⁰, o como principio estructural común a diversas causas de justificación⁵¹. Por su parte, FRISCH entiende que se trata de un problema material no resuelto, por mucho que, a veces, mediante el recurso a etiquetas naturalistas, se pretenda aparentar que se ha alcanzado una solución. De todos modos, el problema material se halla vinculado a un problema metodológico, a saber, la incapacidad de la doctrina de elaborar principios comunes a la amplia multiplicidad de casos que se suscitan⁵².

En consecuencia, el concepto de riesgo permitido tiene su ubicación natural, dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y de determinación de la responsabilidad consiguiente en el proceso de valoración de la conducta, es decir, es un elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo, es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos. Si seguimos con la concepción de JAKOBS en la que establece el riesgo permitido normativamente, se libera de probabilidades estadísticas de lesión⁵³.

Por tanto, el riesgo permitido se concibe como una directiva que crea un riesgo jurídicamente importante, pero que de manera general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, en contraste con las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo⁵⁴. No obstante, la delimitación del riesgo permitido en los casos a tratar, en que no se generen un riesgo importante, no siempre

⁴⁹ CANCIO MELIÁ, Los orígenes, p. 53; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Teoría, p. 124 y s; ROLDÁN BARBERO, Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales, Córdoba, 1992, pp. 115 y 116.

⁵⁰ Cfr. DE LA GANDARA VALLEJO, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid, 1995, pp. 67-74, quien considera más aplicable al consentimiento en conductas dolosas.

⁵¹ PAREDES CASTAÑÓN, El riesgo permitido en el Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, p. 86.

⁵² Refiriéndose a éste autor, sobre el problema del riesgo desaprobado SILVA SÁNCHEZ, Informe sobre las discusiones, en Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), civitas, Madrid, 2000, p. 181.

⁵³ PG, pp. 243 y ss; el mismo, La imputación objetiva en Derecho Penal, pp. 45-49.

⁵⁴ En este mismo sentido ROXIN, PG, p. 371.

es fácil, por ejemplo, el tránsito vehicular, los deportes de riesgo (boxear, esquiar en nieve, las artes marciales, los juegos mecánicos, etc.), dificultan la realización del tipo objetivo que contemple los artículos de la parte especial del Código Penal⁵⁵. Así pues, el momento a tratar serán el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en la fabricación de productos, la práctica en los deportes, en el tránsito vehicular, entre otros. Esto demuestra, que las actividades que hoy en día se llevan a cabo son de alto riesgo, pero no implica que sean sancionadas por la norma penal, sino lo contrario, se permitirán realizar éstas, siempre y cuando, se observen y respeten los límites de precaución de seguridad. Dicho en palabras de MAIWALD: “el riesgo permitido no es aquí otra cosa que la descripción formalizada de la medida de cuidado que debe ser observada, para que no pueda hacerse al autor el reproche de haber actuado imprudentemente. El punto de vista material, que conduce a la permisión de tales acciones riesgosas, es la utilidad social, que está vinculada en general, a su licitud, como, por ejemplo, en la utilización de máquinas peligrosas...en ambos casos se trata de una ponderación que conduce a la decisión de que una determinada acción sería lícita o ilícita”⁵⁶. Desde este punto de vista, se trata de formular el riesgo permitido como una ponderación de intereses (no así sucederá en el tránsito vehicular), o de una legitimación histórica; tal y como lo ha señalado JAKOBS, y en esta misma línea detalladamente explica MARAVER GÓMEZ, que en el **fondo la sociedad será la que determine sobre los casos en particular, de su aceptación o prohibición.**

Sin embargo, el fundamento del riesgo permitido tampoco se encuentra en la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. 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 responsable⁵⁷, tal y como lo previó la Primera Sala de la SCJN en las tesis

⁵⁵ JAKOBS, PG, p. 225, nota al pie 2^b, indica la pretensión de la imputación objetiva “va más allá de solucionar casos concretos en la Parte Especial”.

⁵⁶ De la capacidad de rendimiento del riesgo permitido para la sistemática del Derecho penal, UEC, Bogotá, 1996, p. 18.

⁵⁷ Así FEIJÓO SÁNCHEZ, el principio, p. 105 y s.

jurisprudenciales visibles en los tomos: CX y CVII, del SJF, en las páginas 299 y 186, bajo la siguientes rubricas y textos respectivamente: **"IMPRUDENCIA, DELITO DE.** El actual concepto legal del delito imprudencial, si bien deficiente, señala atisbos de la culpa con representación y sin representación, y aunque aparezca demostrado que el quejoso previó el resultado, en cuya virtud no se está en el caso de la imprevisión, como ésta no es la única causa que origina los delitos imprudenciales, si aparece evidente que el quejoso tuvo una falta de reflexión o de cuidado, **ya que al prever el resultado dañoso tuvo la esperanza de que éste no se realizaría, pero aceptó el riesgo que al fin y al cabo se verificó,** esta circunstancia constituye la causa de su responsabilidad penal".

Amparo penal directo 7675/48. Medina Hernández Sabino. 11 de octubre de 1951. Mayoría de tres votos. Ausente: José Rebolledo. Disidente: Luis G. Corona. La publicación no menciona el nombre del ponente.

"EVASION DE PRESOS, DELITO DE. Quedó acreditado el cuerpo del delito de evasión de presos, cometido por imprudencia por el quejoso, si aunque no está demostrado que hubiera ayudado a los reos a evadirse o apoyado su intento, su falta de reflexión y de cuidado configuró su imprudencia punible. Se trata, pues, de un delito de comisión por omisión, porque no es el hacer activo, sino el omitir, que viola el deber de funcionario y al mismo tiempo la prohibición del artículo 175 del Código Penal, y la culpabilidad surge del deber por especial aceptación, porque el cargo aceptado lleva consigo un deber de vigilancia, y solo la imposibilidad de hecho para cumplir íntegramente la custodia, haría viable la exculpante. El alcaide juega el papel de "garantizador" de la situación que se le confía; y es idéntica la función de la enfermera que acepta el cuidado de un paciente grave y se duerme u olvida ministrarle los medicamentos o atenciones que requiere, lo que ocasiona la muerte de éste; el resultado es imputable a aquélla. Por lo demás, del tipo penal y de la situación de peligro deriva la culpabilidad culposa, puesto que el favorecimiento es comprensivo tanto de la acción como de la omisión; del dolo como de la culpa simple, con previsión o de olvido. La exigibilidad de la conducta al funcionario o empleado, por razón de su cargo, unida a la prueba de la evitación del curso causal a virtud de la acción esperada, demuestran que el no hacer, el no vigilar, el querer consciente contrario al deber, configuran el signo culposo, ya que la ley no reconoce el crimen culpable. **No es solamente el deber de atención, que generalmente fundamenta la culpabilidad culposa, sino un especial deber de cuidado nacido del peligro conocido por el sujeto activo y aceptado como riesgo propio del cargo.**"

Amparo penal directo 1620/49. Alvarez García Guillermo. 12 de enero de 1951. Mayoría de tres votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Disidente: Fernando de la Fuente. Relator: Luis G. Corona.

Por tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta, el **principio de autorresponsabilidad**⁵⁸, entendido como principio rector, informador del sistema y limitador de la responsabilidad penal. Esta impunidad, según FEIJÓO SÁNCHEZ “está más relacionada con la idea de que en principio... nadie debe ser hecho responsable de un hecho ajeno o de una decisión contraria a las normas de un tercero. Si alguien se comporta de forma cuidadosa se le imputa un hecho sólo porque otro se ha comportado de forma cuidadosa no se le estaría reprochando un injusto propio, sino un hecho ajeno”⁵⁹. Aunado a esto, considero que es totalmente correcto y necesario mantener en un Estado social y democrático de Derecho una responsabilidad exclusiva por los hechos propios⁶⁰. Por su parte JAKOBS, considera que el margen de error cometido por una máquina o por un ser humano siguen siendo soportables, es decir “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”⁶¹. Por consiguiente, el principio de confianza para JAKOBS, es algo más que una “magnitud estadística”⁶², toda vez que, el

⁵⁸ Este principio o fundamento no es de creación reciente, sino que ya estaba presente en la doctrina antigua, sobre todo en los defensores de la interrupción del nexo causal y de la prohibición de regreso y unido a la mayoría de las veces a estas instituciones ha llegado a instalarse, entre los defensores actuales de estas doctrinas, WELP, LAMPE, OTTO, WEHRLE, WALTER, DIEL, entre otros.

⁵⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, El principio, p. 106 y s.

⁶⁰ ROSO CANADILLAS, Autoría y participación imprudente, Comares, Granada, 2002, p. 205. “El principio y su contenido se distorsiona cuando se intenta introducir elementos ajenos a su naturaleza. Así se puede decir que es autorresponsable la persona que actúa de modo libre, doloso y directo, pero teniendo muy en cuenta que esto es una fórmula normativa-valorativa que enuncia un posible criterio delimitador de la autoría, pero no el propio principio en sí, ya que éste es una premisa válida del sistema. En consecuencia, sólo pueden ser criticados los criterios normativos que den contenido al principio, pero el principio tiene validez general con independencia de ello”.

⁶¹ JAKOBS, p.

⁶² El problema que presenta la postura de JAKOBS, respecto al fundamento del principio de confianza es que resulta ser demasiado zigzagueante, palabra que emplea FEIJÓO SÁNCHEZ por cambiar de opinión casi cada vez que se ha ocupado de esta cuestión, el principio de confianza, p. 106, nota al pie 30, tal vez, la razón sea que el propio JAKOBS, al estudiar el principio de confianza

encontrarnos en una sociedad que se presenta la posibilidad de producir una estructura necesaria y racional, que genere deberes especiales, de lo contrario, se trataría de una desconfianza total en cada contacto social⁶³, por ejemplo, los padres no podrían dejar a sus hijos en las escuelas. La racionalidad de este momento no se deja deducir de la filosofía hegeliana como criterios aislados⁶⁴, independiente de los demás; sin embargo, nos encontramos con aquello que se puede denominar como “confianza”, es decir, nos movemos absolutamente en el terreno del derecho, por lo que se nos permite hablar de una racionalidad parcial (por responder cada quien por lo que le compete).

No así, lo considera CANCIO MELIA, al entender que el principio de confianza forma parte de la institución riesgo permitido: “...se refiere a aquellos casos en los que el sujeto actúa “en principio” es responsable de la situación de riesgo por el creada o que a el corresponde controlar, y, en la interacción social, le esta permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso; al decirse que “en principio” es responsable, entonces, queda claro sencillamente se quiere decir que es una fuente de peligro cuza administración le corresponde al sujeto”⁶⁵. No obstante, CANCIO MELIA, también considera posible tratar al principio de confianza de una modalidad general que determina los ámbitos de responsabilidad, y, concretamente, de cuales son los límites del riesgo permitido, con lo

siga mezclando los criterios del riesgo (y en particular del riesgo permitido, entendido como ponderación de intereses), con los criterios de imputación (prohibición de regreso, fin de protección de la norma, imputación a la víctima, etc.), lo que hago más complicado un análisis detallado y profundo del origen de la confianza en las personas, si se parte de la idea que el Derecho es el que regula las conductas y compensa los errores de las mismas, cuando se produce una serie de contactos, máxime que estos contactos resulten ser realizados por anónimos.

⁶³ FEIJÓO SÁNCHEZ, el principio, p. 107. “El principio de desconfianza conduce al contrasentido de que el Derecho se desautorice a sí mismo como sistema regulador de conductas vinculante para los ciudadanos. Por ejemplo, en una sociedad en la que primara la desconfianza y el legislador sospechara siempre de las personas como infractores de las normas, ni siguiera 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”.

⁶⁴ véase al respecto supra capítulo dos, inciso b) La eticidad de Hegel en las relaciones de confianza

⁶⁵ Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ángel Editores, México, 2000, p. 78. Igualmente REYES ALVARADO, Imputación objetiva, temis, Bogota, 1998, pp. 141 ss; ROXIN, PG, pp. 1001 ss; por su parte, CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente, pp. 327 ss, “el principio de confianza esta “estrechamente relacionado con el riesgo permitido”, pero ha de distinguirse entre ambos”, aunque finalmente se llega a la conclusión, p. 333 que se trata de una “forma particular de aparición del riesgo permitido”; en el mismo sentido de esta autora STRATENWERTH, PG, pp. 266 s;

cual concluye este autor, que el principio de confianza es un supuesto específico del riesgo permitido⁶⁶. Por el contrario, considero que la confianza se establece con una interpretación normativa, lo cual, permitirá aceptar el concepto de "Principio", toda vez, que se entienda éste como el primer instante (realización) del ser (persona) de una acción (en sentido valorativo), lo que permitirá tener la seguridad que uno (*ego*) tiene en sí mismo, ante los deberes de cuidado la norma penal o en su caso la norma extrapenal (*lex artis*), establezcan como libertad de actuación u prohibición de dejar de hacer, siempre y cuando, las leyes penales sean determinadas y precisas, lo cual explica, que el principio de legalidad no alcance sólo la norma que crea un delito o una pena, sino que abarca todo lo que puede conducir a que una persona resulte investigada, sancionada o se le aplique una medida de seguridad, lo que permitirá en las personas confiar entre ellas, aun en el supuesto de no conocerse (contactos anónimos). Pues la acción, como portadora de sentido, es el resultado de un proceso de interpretación conforme a reglas, y no como estructura ontológica de la acción humana⁶⁷.

Resulta de gran importancia las consideraciones de FEIJÓO SÁNCHEZ: "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 sociedad con constantes contactos altamente anónimos y en la que impera el reparto de trabajo y funciones"⁶⁸. En primer lugar, este autor destaca la posibilidad de una organización más **razonable**, que entiendo en términos de Habermas como: el disolver la normatividad en cuanto categoría sociológica a su vez en un contexto normativo, y mejor reconducirla a procesos de comunicación⁶⁹, pues para HABERMAS, se requiere una persona que

⁶⁶ (nota 63), p. 81.

⁶⁷ Véase la argumentación mas en detalle supra capítulo dos numeral dos.

⁶⁸ el principio de confianza, p. 108.

⁶⁹ MÜSSIG, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, UEC, Bogotá, 2001, p. 43.

actúe, en caso de un conflicto de acción normativo, de modo **racional**, es decir, que ni ceda a sus afectos, ni siga a los intereses inmediatos, sino intente enjuiciar el conflicto de modo ecuánime y concluirlo por medio del consenso^{70 71}. 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.**

3. El fin de protección de la norma como criterio decisivo ¿para la imputación de resultados de terceros?

Para comenzar este análisis, parece necesario ubicar con claridad la materia. El deber de cuidado generalmente aparece recogido en la ley, como ocurre en todas las actividades reglamentadas como la ley o reglamento de tránsito, o, los relacionados con la suscripción y mantenimiento del servicio eléctrico o de gas, entre otros. En efecto, el criterio del fin de protección de la norma, parte de un principio completamente distinto al de la teoría del incremento del riesgo⁷²: la norma sólo desvalora algunos riesgos, por lo que un resultado (material o mera actividad) sólo es típico si presume una realización de un riesgo típico –jugar a la ruleta rusa-, pero no de un riesgo permitido unido –practicar las artes marciales-, o bien, éste no sea uno de los que la norma pretende evitar –transito vehicular-, en cambio constituye un tópicico, que tiene múltiples aplicaciones en la teoría de la imputación objetiva del Derecho penal, como también del Derecho civil, por tal razón, todo es sombrío en esta teoría⁷³. Sin embargo, ROXIN adopta un criterio distinto que sirviera a sus propósitos de interpretar los tipos

⁷⁰ Al respecto véase MÜSSIG, Desmaterialización, p. 43.

⁷¹ Sobre el particular véase supra capítulo dos, inciso e) La acción comunicativa de Habermas, como legitimación racional de la confianza ética-social.

⁷² Este criterio de distinción ha sido expuesto por DAZA GÓMEZ, Los tipos culposos, p. “Los problemas que se han planteado como las “conductas alternativas adecuadas a Derecho”, las autopuestas en peligro, la “prohibición de regreso, el riesgo permitido, entre otras, han sido absorbidas por el criterio del <<fin de protección de la norma>> que fue recibiendo gradualmente una mayor concreción en su aplicación a problemas concretos”; igualmente lo considera PUPPE, La imputación objetiva, Comares, Granada, 2000, p.

⁷³ En el mismo sentido PUPPE, La imputación objetiva, Comares, Granada, 2000, p. 81; REYES ALVARADO, Imputación objetiva, Temis, Bogotá, Colombia, 1996, p. 208.

penales de acuerdo a un método teleológico funcional: “hay que sustituir la teoría final de la acción, si se quiere persistir en el punto de partida final, por una teoría final del tipo⁷⁴. En estas palabras se encuentra el fundamento material del “fin de protección de la norma”, para el Derecho penal, que ROXIN⁷⁵ vincula con la “teoría de la adecuación social”, “antes de que el giro hacia la ontología” le desviara de esa vía. De este modo, quedan descartados los resultados en que no está creada dicha norma. Es decir, la idea de la “vigencia de la norma” en Derecho penal, reafirma paralelamente la identidad de la sociedad en particular, y ofrece de componentes normativos, con lo cual se libera una carga de significado ontológico o naturalista, al crearse en y para el Derecho en cuanto sistema normativo⁷⁶.

Conforme al modo de proceder sugerido por la teoría del fin de protección de la norma, ha de examinarse, en primer lugar, si la norma infringida se revela como apropiada para disminuir o conjurar aquellos riesgos que se han realizado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Por ello, no puede basarse en que ha desplegado su eficacia riesgosa, cuya reducción se presentaba la norma de cuidado infringida⁷⁷, sino en que los terceros confían en el comportamiento correcto del autor, y que por factor sorpresa, resultan defraudados en sus expectativas de un comportamiento correcto. A este respecto, el alcance del fin de protección de la norma será hasta donde los terceros confían en la observancia de las reglas del Reglamento de Tránsito, por ejemplo, en el ámbito vial. Alcance del tipo penal⁷⁸ que, ROXIN considera, constitutivo de un segundo nivel de imputación objetiva

⁷⁴ Esto no se debe malinterpretar tomándolo en el sentido de que se trata sólo de una modificación terminológica y sistemática. Por el contrario, el mismo concepto de finalidad es distinto: es de carácter normativo y, según su contenido de sentido, sólo se puede descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos.

⁷⁵ Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, en *Problemas básicos de Derecho penal*, Reus, Madrid, 1976, p. 115.

⁷⁶ Véase con mayor detenimiento el sugerente trabajo de POLAINO ORTS, *Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto*, Libro Homenaje-Günther Jakobs, II, pp. 67 y ss.

⁷⁷ Cuando se habla de norma de cuidado se hace referencia a aquellas normas que sirven para la delimitación del riesgo permitido; es decir, a determinados deberes de diligencia que se han instituido para disminuir y evitar lesión o puesta en peligro de bienes jurídico.

⁷⁸ Consiste en la reducción teleológica de los tipos penales, pudiéndose negar la imputación objetiva en determinados casos, pese a haberse afirmado previamente la creación de un riesgo relevante a su realización en el resultado.

que entraría en juego una vez constatada la realización del resultado, del riesgo no permitido creado⁷⁹. Lo mismo sucede en el ámbito del delito doloso, donde la negación de la imputación del resultado producido por falta de creación de un riesgo desaprobado anula ciertamente la posibilidad del castigo por el delito doloso consumado. En otras palabras, **el fin de protección de la norma permite establecer la congruencia entre los tipo objetivo y subjetivo, con lo cual debería ser entendida como un elemento autónomo de la tipicidad**⁸⁰.

Por otra parte, el mismo ROXIN, recurrió al fin de protección de la norma⁸¹ como criterio destinado, en los que se produce un segundo daño, y precisamente, supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas y de favorecimiento de autopuesta en peligro, al cual se cita el caso de la entrega de heroína⁸², y además, quedaría excluida la imputación del resultado en los siguientes supuestos: en caso de cooperación a la creación dolosa del peligro por parte de la víctima, cuando ésta hubiera consentido en la creación dolosa del peligro por parte de otro y siempre que la evitación del resultado perteneciera al ámbito de responsabilidad de otra persona. Veamos el siguiente caso, un conductor de vehículo en exceso de velocidad, da vuelta no permitida y una motocicleta que circulaba en sentido

⁷⁹ La imputación ulterior en el tipo objetivo, en La imputación objetiva en el Derecho penal IDEMSA, Lima, 1997, pp. 93 y 131.

⁸⁰ Cfr. REYES ALVARADO, Imputación, p. 209. "La corriente de opinión mayoritaria se inclina, en cambio, por considerar que la teoría del fin de protección de la norma encuentra su lugar sistemático dentro de una teoría de la imputación objetivo, siendo no obstante ampliamente discutible la función que allí debe prestar". En contra RUEDA MARTÍN, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, Barcelona, 2001, p. 396, "...la problemática que se plantea en los supuestos que se resuelven en el seno de este criterio del fin de protección de la norma no puede resolverse exclusivamente en el tipo objetivo porque la valoración debe conectar con aquello que el autor, *dolosamente*, ha realizado de hecho. El fin de protección de la norma debe presentar la debida relación lógica entre el tipo objetivo y el subjetivo concebidos como una unidad, teniendo en cuenta la finalidad del autor en la comprobación de si se ha realizado el tipo objetivo de modo que así sí es posible identificar cuál ha sido el tipo objetivo o realizado".

⁸¹ En este contexto, la expresión "fin de protección de la norma" estaba siendo utilizada en dos distintas acepciones. Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía "la norma objetiva de cuidado" de los delitos imprudentes; por otra parte, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Más recientemente para evitar confusiones, recurre a la expresión "alcance del tipo cuando utiliza el criterio en su segunda acepción".

⁸² Véase al respecto CANCIO MELIA, Conducta de la víctima, p. 27.

contrario se impacta con el vehículo, lo que le provoca lesiones en todo el cuerpo y en la cabeza, no obstante las lesiones últimas, fueron causa por la falta de protección en la cabeza (del casco), requisito que exige para todo conductor de motocicleta el Reglamento de Tránsito, para circular debidamente. Claro esta, que la preocupación de como debe establecerse, y qué parte de las circunstancias del hecho ha de comprobarse propiamente con base en lo que constituye el fin de protección de la norma⁸³.

En realidad, el fin de protección de la norma, es una mezcla de distintos institutos y figuras de la teoría jurídica del delito⁸⁴ con una única finalidad: limitar la imputación de resultados. Es decir, se han entremezclado diversos problemas que han quedado camuflados bajo este criterio. De esta manera, la teoría de la imputación objetiva ha confundido, en vez de esclarecer⁸⁵ como resolver contundentemente un hecho delictivo. En efecto, la explicación que ofrece FRISCH, a esta problemática es "que determinadas actividades nos parecen tan importantes por su necesidad o utilidad social, que se permiten (se tienen que permitir) bajo determinadas de condiciones que minimizan el riesgo"⁸⁶. De modo concreto, que si las condiciones que debían cumplirse en el curso de la actuación correspondiente, se cumplieron, se excluye la punibilidad (más preciso: lo ilícito) por faltar la característica de la infracción del deber de cuidado, exigida de manera casi general en el ámbito de la imprudencia; de modo que no hace falta recurrir, como explicación al topos de la imputación que es la falta de creación de un riesgo desaprobado. Esto cambia solamente cuando no

⁸³ El problema se presenta al momento de posibilitar esta manera de argumentación con la teoría de los tipos imprudentes, ya que causalidad, previsibilidad y evitabilidad resultan evidentes, cuando algo puede ser visto todavía como realización del riesgo creado por el autor y sobre cuando ello ya no es posible, como sucede en los casos de errores del tercero en relación con la evitación de determinados peligros. No obstante, el consenso básico de la teoría de la imputación objetiva no resulta afectado por tales controversias sobre meros aspecto de detalle. Para mayor detenimiento véase el capítulo quinto.

⁸⁴ Sobre el particular véase las referencias de REYES ALVARADO, *Imputación*, pp. 209-217 y 362 y s.

⁸⁵ FEIJÓO SANCHEZ, *Teoría de la imputación objetiva*, Ángel editor, México, 2000, p. 94, "...un resultado fuera del fino ámbito de protección de la norma es lo mismo que decir que falta algún requisito para imputarle el resultado a una persona como obra suya", y además, "con ello no se evita la arbitrariedad en la solución, ya que es preciso determinar en cada supuesto cuál es el requisito que falta y porqué falta ese requisito"

⁸⁶ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, p. 42.

se dispone, sin más, del topos de la ausencia de infracción del deber de cuidado, o cuando no se puede dudar, en el caso concreto de la infracción del deber de cuidado. Lo primero sucede cuando está sobre el tapete no un delito culposo, sino un delito doloso⁸⁷. Por ello, cuando FEIJÓO SÁNCHEZ afirma, de manera coherente con la línea de su exposición, que “en el injusto imprudente, al igual que el injusto doloso, no se enjuicia el comportamiento de un <<hombre medio>> o de un <<hombre perfecto>> inexistente e indeterminable, sino un comportamiento concreto de alguien, (Juan Sánchez, Manolo Pérez), pero siempre de acuerdo con unos criterios de valoración objetivos que están recogidos en las normas penales”⁸⁸, lo que simplemente está señalando, es que la valoración objetiva implica las intenciones (imputación subjetiva) para saber si infringió la norma de conducta, como elemento a tomar en consideración al momento de imputarle objetivamente la infracción de la norma de cuidado a una persona determinada.

La descripción de la acción típica suele ser muy escueta. Los tipos penales se constituyen a consecuencia de un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida cotidiana en sociedad. Éstas presentan una enorme diversidad en cuanto a sus circunstancias de tiempo, modo, lugar, etc., de las cuales, el legislador precisa la acción típica extrayendo de las conductas de la vida cotidiana unas pocas anotaciones o formas comunes⁸⁹. Todos los fraudes son diferentes en

⁸⁷ En contra de la aplicación del fin de protección de la norma en el ámbito del dolo KAUFMANN, ¿“Atribución objetiva” en el delito doloso?, ADPCP, 1985, p. 813; RUEDA MARTÍN, La teoría de la imputación, pp. 363 y ss.

⁸⁸ Resultado lesivo, pp. 248 y s. Por su parte CEREZO MIR, Curso de derecho penal español, parte general, II, Teoría jurídica del delito, tecnos, Madrid, 1999, p. 107, considera que: “La conducta imprudente o dolosa de un tercero o de la víctima, excluirá la imputación objetiva si no era objetivamente previsible, *ex ante*, o, en caso de serlo, el resultado concreto producido no está comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida por la conducta del sujeto.

⁸⁹ Crítico con la función del legislador LUNA CASTRO, El concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Porrúa, México, 1999, p. XI. “La actividad legislativa, aun la del Constituyente permanente (por cuanto a las enmiendas o “mejoras” constitucionales), es susceptible de ser objeto de crítica en la medida en que apartándose de los lineamientos constitucionales básicos y prevalecientes (sistema federal de competencias, principio de reserva, garantía de seguridad jurídica), produzca disposiciones o normas, aun de carácter constitucional, cuya indebida interpretación (ya sea por su elaboración confusa o inadecuada, o por la ignorancia y falta de preparación de los sujetos que la aplican), legos de aportar bases para una mejor administración de justicia, en este caso en materia penal,

sus circunstancias concretas, pero en todos ellos aparece, como nota común, que un ser humano engañe a otro, "...el que engañando a uno...", es la definición del fraude en el artículo 386 del Código Penal para el Distrito Federal.

4. El principio de confianza como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado.

El principio de responsabilidad propia e individual que rige en Derecho penal suscita serios problemas, cuando se trata de aplicar a una actividad en la que intervienen varias personas⁹⁰, por la diferenciación de las funciones que tienen asumidas cada uno de ellos, pero teniendo en cuenta la existencia de un plan conjunto de actuación. Así el principio de confianza es reconocido para aquellos casos en los que cada uno de los sujetos, integrantes en alguna clase de organización, que contribuyen causalmente a la producción de un resultado disvalioso, obra por separado. El sujeto que realiza una actividad riesgosa, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente.

En consecuencia, **el principio de confianza, entendido como instituto que sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas**⁹¹ tiene una especial relevancia práctica con respecto a dos fenómenos característicos de nuestras sociedades contemporáneas:

- a) La constante existencia de contactos anónimos, en el que las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que no

proporcionan pluralidad de opiniones o criterios que, al ser sostenidos y aplicados en la práctica ministerial y judicial, repercuten en una situación de incertidumbre, lo cual afecta de manera general a la seguridad jurídica, no sólo de aquellos que en cada supuesto particular se beneficien o perjudiquen de la aplicación de determinado criterio, sino de la colectividad entera".

⁹⁰ Sobre el particular véase infra capítulo cuatro.

⁹¹ No así, por el contrario en la determinación del cuidado objetivamente debido como papel fundamental en el principio de confianza, tal y como lo considera CEREZO MIR, PG, II, p. 170, toda vez, que entiende este autor que la acción que no responda al cuidado objetivamente debido es el primer elemento del tipo de lo injusto de los delitos de acción imprudentes. Aunque también, acepta la aplicación del principio de confianza en la comisión de un delito doloso, con la excepción siguiente "mientras el sujeto no conociera o pudiera conocer la inclinación del autor a la comisión del delito". p. 172.

conocemos (tránsito vehicular) e, incluso, con las que nunca llegamos a establecer un contacto (comercialización de productos, donde el fabricante sólo contacta con los consumidores a través de su producto).

b) Existen actividades o trabajos peligrosos con un permanente reparto de funciones en beneficio del desarrollo de la actividad (empresas, trabajos de construcción e ingeniería, equipos médicos, distribución de productos de consumo, etc.). Además posibilita organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos⁹².

Lo cierto, es que el problema, con frecuencia, será un problema de imputación objetiva: a pesar de la lesión al deber de cuidado propio no puede imputarse el resultado cuando igualmente se hubiera producido con una conducta adecuada al deber y solo se produjo por la infracción del deber que competía a la víctima (falta entonces el requisito de la realización del riesgo en el resultado: caso del comportamiento alternativo al deber). Por eso, la contribución decisiva de la víctima por su comportamiento contrario a deber puede determinar que el riesgo no permitido no se realice en el resultado. Por todo ello, **este límite del principio de confianza no debe tener el significado, en todo caso, de imputar el resultado al sujeto que actúa imprudentemente en caso de intervención imprudente del tercero o de la víctima**⁹³.

En ese contexto, la posibilidad de confiar en la conducta correcta del tercero, o la posibilidad de no tener que contar con el comportamiento incorrecto del tercero, podría verse como una mera consecuencia de la existencia de normas de circulación. Ello es así, si se entiende que lo determinante no era que el participante del tráfico pudiera contar con la conducta correcta del tercero, sino que no necesitara adaptarse al posible comportamiento incorrecto del tercero por el hecho de estar cumpliendo con una norma de circulación. El

⁹² En este sentido FEIJÓO SANCHEZ, principio de confianza, p. 110.

⁹³ Así también, CHOCLAN MONTALVO, Deber de cuidado y delito imprudente, Bosch, Barcelona, 1998, p. 116 s.

conductor que tenía preferencia de paso podía confiar ciertamente en que otro conductor respetara su derecho de preferencia, del mismo modo que cuando no había un semáforo o un paso de peatones podía confiar en que ningún peatón se pusiera en su camino. En este tipo de casos la confianza en el comportamiento correcto del tercero no era sino consecuencia de la confianza en la vigencia de la norma de circulación. Hablar en estos caso de un principio de confianza, como suele hacer la doctrina, no serviría, por tanto, para nada⁹⁴.

Para fundamentar esa delimitación de ámbitos de responsabilidad gran parte de la doctrina ha acudido al principio de autorresponsabilidad⁹⁵. Este principio parte de la idea de que la responsabilidad es consecuencia del reconocimiento de la persona como sujeto capaz de autodeterminación. De acuerdo con ello, la persona sólo puede responder por aquello que es resultado de su libre autodeterminación. De igual modo, los terceros, en la medida en que también son considerados sujetos capaces de autodeterminación, sólo serán responsables de aquello que quede dentro de su ámbito de actuación. La consecuencia de esto es que cada persona es responsable de su propia conducta y no de la de los demás. Desde este punto de vista, puede entenderse que las acciones de los terceros quedan dentro de su ámbito de responsabilidad y no corresponden al primer actuante.

El problema, sin embargo, es saber si con esta idea de autorresponsabilidad además de reconocerse la posibilidad o

⁹⁴ En este sentido, MARAVER GÓMEZ, *El principio de confianza*, inédito. Si se habla aquí de una confianza relacionada con la expectativa garantizada por la norma, se deben hacer luego diferenciaciones con respecto a la confianza relacionada con la propia determinación de esa norma; es decir, con respecto al principio de confianza como criterio de determinación del deber de cuidado. El este segundo caso se trata de saber precisamente cuándo puede identificarse esa norma que delimita la responsabilidad y que permite confiar. Cfr., sin embargo, identificando ambos aspectos, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPCr*, 2000, pp. 95 y ss, que si bien habla en estos casos de un principio de confianza como principio general de derecho, entiende que ello es el fundamento del principio de confianza utilizado en la teoría jurídica del delito (pp. 101-103).

⁹⁵ Schuman, citado por ROSO CANADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 189, expone que la primera y principal consecuencia del principio de autorresponsabilidad es "que el ámbito de responsabilidad de cada uno en particular se delimita fundamentalmente en su propia acción y sólo bajo circunstancias especiales también comprende la del otro (...), es decir, que cada uno tiene que cuidarse de que él mismo no lesione bienes jurídicos protegidos, pero no de que esto lo haga otro".

necesidad de diferenciar ámbitos de responsabilidad⁹⁶, se aporta también algún criterio para delimitar esos mismos ámbitos de responsabilidad. Decir que se puede confiar en que los demás actuarán de manera responsable sólo tiene sentido cuando se han delimitado los ámbitos de responsabilidad. Deducir de ello, por tanto, un principio de confianza sólo significaría, como se ha dicho antes, la posibilidad de confiar en la vigencia de una norma que es capaz por sí misma de delimitar la responsabilidad. No sería suficiente, sin embargo, para saber cuándo se debe responder por las actuaciones irresponsables de un tercero. Hay que tener en cuenta que el ámbito de libertad reconocido a una persona está limitado de manera normativa, por lo que lo importante es saber cuándo se puede extender la responsabilidad de una persona al hecho realizado por el tercero. Se concreta algo más esta idea de autorresponsabilidad cuando se añade que, dado que cada uno es responsable de lo que hace, cabe entender también que sólo se puede responder de las actuaciones de terceros bajo especiales circunstancias. Esa relación de excepcionalidad (regla/excepción) implicaría un criterio de delimitación y supondría el reconocimiento de un principio general de confianza según el cual, salvo que se den circunstancias especiales, no hay necesidad de contar con la conducta irresponsable del tercero. Se correspondería con la excepcionalidad de los deberes positivos frente a los deberes negativos, es decir, con la distinción derivada de la prohibición general "*neminem laede*".

En consecuencia, **con el principio de confianza, se pretende delimitar la actuación de unos participantes en este ámbito de actuación hasta donde comienza la esfera de otros: hacer posible, en definitiva, la división de trabajo.** Es decir, en los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa es tan importante el principio de confianza entre sujetos que trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de iguales) como entre sujetos que trabajan en

⁹⁶ Esa idea de autorresponsabilidad es la que servía de fundamento al concepto de imputación empleado por HEGEL para reconocer lo que pertenece a una persona como su obra. Al ser humano, según esta idea, sólo se le puede hacer responsable de aquello que le es imputable como expresión de su voluntad. Cfr. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 50-51; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, "Estudio preliminar", en JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 23-24.; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados*, p. 76.

distintos niveles o en 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). Sin embargo, no parece posible afirmar que este principio tenga relevancia como criterio delimitador del deber de conducta, sino que éste, más bien, queda incluido en la delimitación que, de la actuación de los sujetos en el tránsito, hace la norma de conducta que afecta a cada uno. Según entiendo, el principio de confianza supone, antes que la delimitación del deber de cuidado, un aspecto de la configuración de la norma de conducta. Esta norma, de carácter penal, le indica a cada sujeto que ocupa una determinada posición jurídica cómo debe actuar en un momento concreto y en relación con esa determinada posición jurídica. Caso aplicable resulta ser la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN, correspondiente al Tomo: Informe 1954, visible en la página 61, con la siguiente rubrica y texto:

"IMPRUDENCIA, DELITO DE. Cuando el conductor de un tren no comunica al maquinista del mismo, el próximo encuentro de otro convoy, mediante las señales de rigor, no obstante las órdenes recibidas y, por el contrario permite la partida del tren que conduce, sin rectificar o ratificar el contenido de las órdenes que recibió y debió entregar a dicho maquinista o, por lo menos haberlas mostrado a éste, cuanto a los demás miembros de la tripulación; tal conducta omisiva implica la violación de un deber jurídico de cuidado, al no prever un resultado previsible debido a la falta de reflexión, siendo punible a título de culpa, tratándose de que fue grave homicidio, lesiones y ataques a las vías generales de comunicación".

Amparo directo 869/52/1a. del Castillo Moncayo José de Jesús. 9 de febrero de 1954. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis Chico Goerne. Relator: Teófilo Olea y Leyva. Secretario: Enrique Padilla C.

Es atendible que en los años cincuenta y sesenta se contemplara como actividades de riesgo los instrumentos de transporte, tal y como lo demuestra el uso de maquinas ferroviarias, resultando ser actividades de riesgo permitidas por la necesidad social que se vivía en ese momento histórico de nuestro país. Por ello, la Suprema Corte considera que el reparto de trabajo determinara la responsabilidad de uno de los intervinientes y no de todos.

Pero para que esa idea de autorresponsabilidad, así concretada, pudiera ser plenamente aceptada, debería derivarse no ya de

planteamientos de carácter moral, sino de una interpretación de la norma penal y del ordenamiento jurídico en su conjunto⁹⁷. Esa relación de excepcionalidad, al igual que ocurre con la distinción entre deberes positivos y negativos, podría ciertamente desprenderse del ordenamiento jurídico, pero podría también ponerse en duda su validez con carácter general. Habría que analizar, en esa medida, hasta qué punto la concreta regulación de una determinada actividad o las consideraciones sociales acerca de la misma, no limitan o invierten esa relación de excepcionalidad reconocida con carácter general.

4.1. Límites normativos al principio de confianza.

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 contrafáctico. 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.

Pero 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 determinar la pena en el marco de algunos supuestos –que se distinguen sólo por la intensidad de la infracción de la norma de cuidado⁹⁸.

⁹⁷ CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima e imputación objetiva, p. 318.

⁹⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, RDPCr, 2000, p. 116, ejemplifica esta argumentación con el siguiente supuesto: “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 niveles de gravedad dependiendo del caso”. Por lo que entiendo, de esta argumentación es que en el momento que la persona (*ego*) demuestra confianza en la otra persona (*alter*) por su capacidad de responder ante la situación que se requiera, y, en consecuencia, surgirá la desconfianza en el momento en que *ego*, se percate de un descuido, error, o falta de atención, etc., por parte de *alter*, lo que servirá como indicio para que él no siga confiando más y evite un resultado por imprudencia ajena.

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

El principio de confianza es válido frente a personas imputables, pero no frente a *inimputables*. 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 tránsito vehicular. Pero también se debe tener 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 parque acuáticos) para bebés o niños pequeños. El principio de confianza sólo es válido frente a personas libres y responsables⁹⁹, ejemplificativa resulta ser la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN, correspondiente a la Quinta Época, Tomo: Informe 1956, visible en la página 53, con la rubrica y texto:

“IMPRUDENCIA NO GRAVE. La facilidad de la previsión de lo previsible no es idéntica a una persona adulta y con experiencia general de la vida, que en un campesino de dieciocho años cumplidos, quien por su edad carece del sobrado acervo de actos repetidos y similares almacenados en su psiquis, como presupuesto del fenómeno mnemotécnico; por lo que si el agente, creyendo que bastaba la aplicación del seguro en el rifle que portaba para que no actuara el llamador, lo apunta sobre su amigo y le dispara, ocasionando su muerte, no es suficiente el daño letal para calificar la imprudencia de grave, si se toma en cuenta que requirió una reflexión - fuera de lo común en gente de su edad- que permitiera captar la falibilidad del mecanismo de seguridad de su instrumento”.

Amparo directo 1568/56. Daniel Guereca Sánchez. 13 de julio de 1956. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcon.

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

Como ya se ha 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 Derecho. 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*. En este caso el deber de

⁹⁹ Sobre la persona como libre y responsable véase supra capítulo primero numeral 1.1. inciso a).

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* a que se refiere Feijóo Sánchez que obligan a “configurar de forma distinta la propia actuación tienen que ser *objetivos, sólidos y concluyentes*, no bastando una intuición o un presagio. Tiene que evidenciarse la conducta antijurídica como actual o inminente con base en los datos que percibe el sujeto en la situación concreta”¹⁰⁰.

4. Consideraciones personales.

1. La legitimación material de las normas penales remite, en definitiva, al análisis de los criterios de identidad de una determinada sociedad. Éstos pueden fijarse mediante la adopción de un enfoque interno al sistema jurídico, como hacen las teorías constitucionalistas, o de un enfoque externo, como el que representan las convicciones sociales mayoritarias. En otros términos, no corresponde al bien jurídico una función crítica extrema al sistema jurídico-penal, sino sólo desde el principio de proporcionalidad, en cuanto sirva como instrumento par el mayor mantenimiento de la libertad bajo situaciones definidas y comprometidas con la aplicación del Derecho penal
2. La imputación objetiva no sólo delimita la materia de prohibición, entendida como límite externo de la teoría de las normas, sino que ayuda a la formación del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta.
3. La aportación de la adecuación social consiste en demostrar la necesidad de interpretar las normas penales a partir de su relación con los valores jurídico-socialmente reconocidos.
4. El concepto de riesgo permitido tiene su ubicación natural, dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y de determinación de la responsabilidad consiguiente en el proceso de valoración de la conducta, es decir, es un

¹⁰⁰ El principio de confianza, p. 120.

elemento del injusto, que por su absoluta independencia del aspecto subjetivo, es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los culposos.

5. 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.
6. El fin de protección de la norma permite establecer la congruencia entre los tipo objetivo y subjetivo, con lo cual debería ser entendida como un elemento autónomo de la tipicidad
7. El principio de confianza, entendido como criterio normativo que sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas, se manifiesta en dos aspectos de la vida social, el primero en la constante existencia de contactos anónimos, en el que las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que no conocemos (tránsito vehicular) e, incluso, con las que nunca llegamos a establecer un contacto (comercialización de productos, donde el fabricante sólo contacta con los consumidores a través de su producto) y en segundo lugar, existen actividades o trabajos peligrosos con un permanente reparto de funciones en beneficio del desarrollo de la actividad (empresas, trabajos de construcción e ingeniería, equipos médicos, distribución de productos de consumo, etc.). Además posibilita organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos.
8. El principio de confianza es válido frente a personas imputables, pero no frente a *inimputables*.
9. La excepción general al principio de confianza serán los *motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona*. 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.

CAPÍTULO CUARTO

DELIMITACIÓN DE LOS DIFERENTES ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD O PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN A UN ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD AJENO

I. Introducción.

El Derecho penal trata de garantizar las condiciones mínimas de vida en sociedad. Dejando aquí de lado la discusión en torno a la realización efectiva de tal garantía -entiéndase: estabilización de la norma-¹.

Por lo que respecta, a la delimitación de los diferentes ámbitos de responsabilidad, considero oportuno ejemplificarlos con algunos de los casos que la práctica judicial y doctrina estudian para tratar de resolver lo más atingente posible sobre los mismos. Sin embargo, la falta de técnica legislativa aunado a la deficiencia de los medios probatorios que aplican en los procesos, son cada vez más deficientes ante la complejidad de los hechos que se presentan en los diferentes ámbitos de actividades profesionales², en los que las personas son acreedoras a una carga de responsabilidades por conductas imprudentes, que en último momento no les compete su imputación por quedar fuera de su rol, en función, a su esfera de organización³, de manera que los demás no tengan que interferir en ello. Con ello, surgen cuatro principios que servirán para concretizar el juicio de imputación: 1. El riesgo permitido; 2. La prohibición de regreso; 3. La actuación a propio riesgo, y 4. El principio de confianza. Por lo que respecta, al criterio del fin de protección de la norma, al incremento del riesgo, y el comportamiento imprudente o doloso de la víctima o un tercero, sirven para saber cuando se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado⁴.

No obstante, de los principios y elementos antes señalados, nos dedicaremos a explicar uno en especial: "principio de confianza", con

¹ Esto es claramente explicado en el capítulo primero, por lo que respecta al desenvolvimiento de la vida en la sociedad actual.

² En el mismo sentido ROXIN, *La imputación objetiva en Derecho penal*, p. 152.

³ Al respecto MONTEALEGRE LYNETT, *Estudio*, p. 30, "explica que "Actualmente, el juicio de imputación se fundamenta en la delimitación de ámbitos de competencia: sólo se responde por las conductas o resultados que debo desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de mi ámbito de responsabilidad y que se desprenden de los alcances de la posición de garante".

⁴ En este sentido JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, pp. 24 y 22.

lo cual, se tratará de establecer su importancia para determinar quien es y quien no es responsable de una conducta, que produce un resultado por la falta de diligencias y observancias en su respectiva actividad profesional o especializada. Lo cual se tratará en los siguientes capítulos.

1. Actividades en el tránsito vehicular.

La vulneración de las regulaciones legales del tránsito⁵, en cuanto contienen valoraciones vinculantes, determina ya la creación de un riesgo no permitido. Ello es así si se entiende a la regulación legal como sistema, y éste es el que se infringe, pues, en otro caso, en el supuesto en que a pesar de la infracción de un precepto específico del Reglamento de Tránsito se da cumplimiento al espíritu general del Reglamento⁶ de realizar una conducción segura (así, en determinadas

⁵ Cfr. particularmente, el texto del articulado del Reglamento de Tránsito para el Distrito Federal.

⁶ CAMARA DE ORIGEN: SENADORES EXPOSICION DE MOTIVOS México, D.F., a 9 de octubre de 1986 INICIATIVA DEL EJECUTIVO CC. SECRETARIOS DE LA CAMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNION. La vida moderna impone la necesidad de un amplio uso de vehículos de motor. Esto ha provocado diversos y múltiples problemas de vialidad, transporte y circulación, entre otros. que en ocasiones generan hechos que las leyes penales consideran como ilícitos.

La legislación actual ha sido rebasada por los acontecimientos en esta materia, y no se satisfacen ya los propósitos y fines del derecho de expeditez y justicia.

Por ello, es conveniente actualizar diferentes ordenamientos legales en relación a normas que regulan conductas vinculadas con el tránsito de vehículos, tomando en cuenta para eso, fundamentalmente, las recomendaciones derivadas de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública. Dispuesta por el Ejecutivo a mi cargo y realizada en 1983, así como las conclusiones emanadas de la Reunión Nacional de Procuradores Generales de Justicia (México. 24-26 de julio de 1986) en lo que corresponde a reformas de tipos penales y sanciones para adecuarlas a los requerimientos actuales.

En este orden de ideas, respecto del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal y en atención a los propósitos de despenalizar conductas antisociales respecto de las cuales ni el sujeto pasivo ni la sociedad en su conjunto, abrigan sentimientos de retribución, sino principalmente de reparación justa. Como es el caso de las lesiones causadas por imprudencia y con motivo del tránsito de vehículos, se considera conveniente avanzar en la línea político-criminal legislativa moderna. Así, a las hipótesis de lesiones descritas en los artículos 289 y 290 del Código Penal, que ya se incluían en el artículo 62 del mismo Ordenamiento, se agregan ahora los demás delitos de lesiones, a fin de que todos ellos. Cuando se produzcan imprudencia mente y con motivo del tránsito de vehículos, se persigan sólo a petición de parte. siempre que el conductor no se hubiese encontrado bajo el influjo de alguna sustancia que afectase sus reflejos físicos o su conciencia y no hubiese abandonado a la víctima, esto es, que no refleje un proceder poco solidario o de desprecio a la vida y a la salud de otros.

Por otra parte, se adiciona el artículo 385 al Código Penal, y mediante esa adición se tipifica la conducta consistente en disponer indebidamente de un vehículo o negarse, sin justificación, a entregarlo el depositario, cuando lo ha recibido de autoridad competente. Habiendo sido requerido

ocasiones el deber de cuidado requerirá exceder de la velocidad permitida, o por ejemplo, invadir el carril contrario para evitar un atropellamiento), la tipicidad debe quedar excluida al tratarse sólo de una aparente contradicción normativa. Por el contrario la adecuación de la conducta a las reglas del tránsito tipificadas, establecidas en abstracto, excluye la creación de un riesgo no permitido en la situación concreta⁷, verbigracia, la tesis jurisprudencial de la Primera Sala de la SCJN, correspondiente a la Quinta Epoca Tomo: Informe 1930 Página: 94.

“**DELITO DE CULPA. CHOQUE DE AUTOMOVILES.** El acto de guiar un camión es lícito, pero, en el caso, no lo fue por las consecuencias que produjo al ocasionar la muerte de una persona, por virtud de las lesiones que se le causaron al volcarse el camión, volcadura que fue debida a la conducta irreflexiva del acusado, que guiaba el camión, a las once de la mañana, con gran velocidad, por una calle que es de intenso tráfico. Además, la impericia del acusado en el manejo del automóvil, comprobada en el proceso, fue la que ocasionó el choque y la

para ello. Esta innovación, relacionada con otra correspondiente al Código Federal de Procedimientos Penales, es adecuada, pues garantiza con expectativa de sanción, en su caso. El cabal cumplimiento de las obligaciones que correspondan al depositario nombrado por la autoridad respectiva.

Por lo que se refiere al Código Federal de Procedimientos Penales. Se reforma el artículo 181 de ese Ordenamiento. Estableciendo la posibilidad jurídica en delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. Que el conductor o quien se legitime como propietario. Pueda ser depositario de los vehículos relacionados con los hechos motivo de investigación. Con lo cual evitan molestias de diversa índole a los particulares, y problemas y gastos. Tanto a las autoridades que intervienen en alguna forma en las averiguaciones y procesos correspondientes. Como a las personas involucradas en los mismos.

A efecto de que los depositarios observen puntualmente sus deberes como tales. Se hace remisión al Código Penal para el caso de incumplimiento.

También es materia de esta Iniciativa. La Ley de Vías Generales de Comunicación. En tal virtud, se reforman los artículos 533 y 536 de la citada Ley. Estableciendo que el daño causado imprudencialmente y con motivo del tránsito de vehículos se perseguirá por querrela. En caso de que el responsable del daño no repare éste en un plazo de treinta días naturales.

El plazo que se otorga a las personas implicadas en hechos de tránsito de vehículos. Es conveniente para que realicen las gestiones que a sus intereses convenga. Y de fracasar éstas. Porque el sujeto activo rehúse cumplir espontáneamente con sus deberes. El interesado podrá solicitar la persecución del delito.

El solo hecho de conducir un vehículo de motor estando el conductor intoxicado por sustancias que alteran los reflejos físicos y la capacidad de decisión resulta lesivo para la seguridad del tránsito de vehículos. y con frecuencia constituye el origen de homicidios. Lesiones y otros delitos: por tanto es necesario describir con precisión el evento antisocial aludido conminándolo. Además, con la punibilidad más adecuada a los fines de la prevención. Como la constituida por el trabajo en favor de la comunidad o la multa equivalente.

⁷ Choclán Montalvo, El deber de cuidado y delito imprudente, Bosch, Barcelona, 1998, p. 195.

consiguiente volcadura. El tribunal que estimó comprobada la responsabilidad, por culpa grave del inculpado, aplicó correctamente la ley respectiva.

La interpretación que considero aplicable a la tesis emitida en esta materia, corresponde al entendimiento en que la confianza para conducir de un vehículo se inicia con uno mismo, y por ende, estar con la capacidad (por lo menos necesaria) para involucrarse en actividades de riesgo y en particular de riesgo permitido.

Es en este ámbito donde inicialmente cobra sentido el principio de confianza. De este modo, dicho principio viene a avalar la idea de que de la mera observancia de las reglas de comportamiento establecidas no se deriva la corrección del comportamiento. En principio, considerar que todos los que conducen un vehículo actuarán conforme a lo exigido por el deber de cuidado, aunque las estadísticas digan lo contrario, posibilita agilizar la conducción. Actualmente sería imposible que cada conductor comprobara en todo momento que los otros conductores respetan las señales de tránsito, etc. Si se desconfiara de esto, el tránsito se haría insoportable, porque antes de cruzar con un semáforo en verde se tendría que asegurar que realmente no pasara ningún otro vehículo y tampoco ningún peatón comprobando que el disco de éstos estuviera rojo.

Fue efectivamente en el ámbito del tráfico viario donde los tribunales empezaron a matizar ese criterio de la previsibilidad. Como consecuencia del desarrollo del tráfico motorizado y del aumento de los accidentes producidos por mediación de varias personas, los tribunales tuvieron que resolver una gran cantidad de casos en los que lo determinante era saber cómo debía comportarse el acusado en atención a las posibles infracciones de los terceros. La necesidad de resolver este tipo de casos y al mismo tiempo responder a las nuevas exigencias del tráfico de masas sirvió para que, durante los años treinta del pasado siglo, los tribunales alemanes propusieran nuevos criterios de solución más cercanos a las tesis defendidas por Exner⁸.

⁸ MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza, inédito. "Hasta ese momento, ante la escasa normativa existente en materia de circulación, los tribunales habían establecido algunas pautas de comportamiento caracterizadas por un excesivo respeto hacia la figura del automóvil. En sus primeros años de existencia, el automóvil era considerado básicamente un instrumento peligroso

El punto de inflexión se produjo con la aparición de las primeras normas de preferencia. Las pocas reglas que intentaban ordenar el tráfico viario se tomaban ya como referencia para juzgar hasta qué punto el conductor debía adaptarse a las posibles actuaciones de los terceros. El *Reichsgericht* reconocía expresamente que los conductores que gozaban de preferencia de paso no necesitaban contar con la posible lesión de su derecho de preferencia. Ello, sin embargo, no implicaba el reconocimiento de una facultad general de contar con la conducta responsable del tercero; simplemente era algo que se desprendía de la propia norma de circulación, es decir, era el reflejo del derecho de preferencia establecido por la norma. Con respecto a las situaciones del tráfico en las que no existía una concreta norma de circulación, se mantenía el deber general de contar con la conducta irresponsable de los demás participantes del tráfico⁹.

Sin embargo, en nuestro país, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado en el ámbito de la circulación que la concurrencia de imprudencias es muy habitual. Y ello, porque la jurisprudencia ha querido ver que tras estos supuestos lo que se esconde verdaderamente es un problema causal, con lo que en realidad no existe una compensación si se aminoran o se anula la imprudencia del agente por la intervención de un tercero o de la víctima, porque esta consecuencia simplemente será la traducción de que su participación no tuvo el suficientemente peso causal, es decir, no fue la causa originadora, o ha sido interrumpida su aportación causal por la intervención del tercero o de la víctima.

1. Una conductora de turismo observó hasta poco antes del final de una zona urbana por la que transitaba una velocidad de por lo

para la seguridad del tráfico viario. Como ejemplo ilustrativo de esa situación se habla de una sentencia de 1911 en la que se decía que el conductor de un vehículo estaba obligado a llevar consigo mapas, libros de viaje y cualquier otro material de ayuda con el que pudiera estar informado de los cruces y demás obstáculos de la carretera. En esa misma línea, el *Reichsgericht* entendía que todo conductor que se acercara a un cruce debía conducir suficientemente despacio como para poder frenar en cualquier momento. Lo importante no era siquiera si el conductor había visto u oído a un tercero, sino si había prestado la atención suficiente para poder reaccionar ante una posible conducta irresponsable de otro participante del tráfico. Se reconocía, en definitiva, un deber general de contar con la conducta irresponsable del tercero”.

⁹ MARAVER GÓMEZ, El principio de confianza, inédito.

menos 85 Km/h en lugar de 50 Km/h. Más allá de la señal que indicaba el final de la zona urbana se encontraba un hombre mayor que disponía a cruzar la calle. Cuando la acusada continuó acelerando una vez pasada la señal, el transeúnte entró en la calzada sin mirar en la dirección de ésta. La acusada al darse cuenta de ello no pudo ya impedir un choque mortal utilizando los frenos y realizando una acción evasiva¹⁰.

2. Dos vehículos se encuentran en las partes opuestas de un puente estrecho por el que sólo cabe un vehículo que se encuentra a la derecha del puente. El conductor que tiene la preferencia observa, sin embargo, que el otro vehículo se dispone a entrar en el puente al mismo tiempo que él mismo, pese a lo cual, continúa la maniobra, sabiendo que los dos no pueden pasar al mismo tiempo y que se puede provocar un accidente. Y efectivamente, al encontrarse en medio del puente los dos vehículos de frente, el conductor que no tenía preferencia, se ve obligado a realizar una maniobra para apartarse y, como consecuencia, cae produciendo la muerte de los ocupantes de su vehículo¹¹.

2. El sector alimentario y producción de productos.

En el ámbito de la responsabilidad por los productos, la doctrina alemana no se ha manifestado especialmente sobre el tema, exceptuando a KHULEN¹² que se muestra a favor de la aplicación del principio de confianza en este aspecto de la fabricación de productos.

Con este principio se pretende delimitar la actuación de unos participantes en este ámbito de actuación hasta donde comienza la esfera de otros: hacer posible, en definitiva, la división de trabajo. Es decir, en los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa es tan importante el principio de confianza entre sujetos que

¹⁰ PUPPE, La imputación, p. 107.

¹¹ CUESTA AGUADO, Tipicidad, p. 164.

¹² Citado por INIGO CORROZA, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos. Bosch. Barcelona, 2001, p. 259. "Para KHULEN este principio en el Derecho penal se fundamenta en una ponderación de intereses entre la protección de bienes jurídicos, la responsabilidad de terceros y la libertad de acción de los que tienen deberes de cuidado. Sería, según sus propias palabras, <<una ponderación entre la acentuación liberal de la libertad de acción individual y el postulado de solidaridad que defiende el socialismo>>".

trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de iguales) como entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en 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). Sin embargo, no parece posible afirmar que este principio tenga relevancia como criterio delimitador del deber de conducta, sino que éste, más bien, queda incluido en la delimitación que, de la actuación de los sujetos en el tránsito, hace la norma de conducta que afecta a cada uno. Según entiendo, el principio de confianza supone, antes que la delimitación del deber de cuidado, un aspecto de la configuración de la norma de conducta. Esta norma, de carácter penal, le indica a cada sujeto que ocupa una determinada posición jurídica cómo debe actuar en un momento concreto y en relación con esa determinada posición jurídica.

1. La proliferación de los fraudes al compás de los avances producidos en el seno de la química, fomentó la aparición de una literatura especializada, que “habla de la tutela de bienes jurídicos relacionados con la confianza pública depositada en las cualidades de los diversos bienes, objetos y servicios”¹³.

2. El caso de la sacarina:

La Real Orden de 3 de abril de 1889 prohibió la introducción en el mercado de las sustancias alimenticias que contuvieran sacarina, al mismo tiempo que instaba a las autoridades de dicho producto a toda clase de alimentos¹⁴.

Las razones para ello las exponía la misma disposición:

<<no tan sólo por la estafa que se comete dando al consumidor, sacarina, en vez de azúcar, sino también por las perturbaciones que, dadas las propiedades antisépticas de la sacarina, puede producir en las funciones digestivas, en el estado normal o fisiológico del individuo que la ingiere en el estómago en la creencia de que es azúcar>>¹⁵.

¹³ DOVAL PAIS, Delitos, p. 216.

¹⁴ DOVAL PAIS, Delitos, p. 82.

¹⁵ DOVAL PAIS, Delitos, p. 83.

3. En las relaciones sexuales.

1. Uno de los miembros de la pareja estable ignora, bien la realización de previas prácticas de riesgo por su compañero, bien la propia condición de infectado de éste, supuestos en los que, por tanto, no podría decirse que esté aceptando implícitamente el riesgo del contagio. En ellos, la confianza que mantiene el cónyuge o compañero estable, que nada sospecha sobre la condición de portador de su pareja, permitiría fundamentar la posición de garantía de ésta, de tal modo que, caso de no comunicar dichos extremos y producirse el contagio, pudiera responder como comitente por omisión respecto al mismo, ya sea a título de imprudencia o de dolo eventual¹⁶.

4. En la actividad médico-quirúrgica.

En la actualidad existen grandes organizaciones sanitarias y las intervenciones quirúrgicas son obra de especialistas (cirujano, anestesista, etc.) y auxiliares (ayudantes, enfermeras, etc.), dando lugar a una grave problemática relacionada con la posible imprudencia del médico resulte difícilmente individualizable o llegue a ser exasperada la diligencia del cirujano, y todo ello, con el riesgo de que la posible responsabilidad médica quede diluida¹⁷.

El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica –aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical– en cuanto: evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo.

El médico tiene que poder confiar –dentro de ciertos límites– en la colaboración correcta de terceras personas (colegas, ayudantes,

¹⁶ Caso tomado por GOMEZ RIVERO, La imputación, pp. 171-172.

¹⁷ Sobre el particular véase GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, El delito imprudente en la actividad curativa, RMJ, 2000, p. 118. “En todo trabajo en equipo se da una distribución de funciones. Sin embargo, lo que importa es ¿en qué medida afectará el deber de cuidado del médico, la actuación negligente de alguno de sus colaboradores (enfermeros, médicos asistentes, etc.)? y ¿en qué medida serán responsables?”.

enfermeras), pues, un médico que se ocupase de todo quizá no se expondrá al reproche jurídico-penal por falta de diligencia pero es probable que no sea un buen médico. Además, como bien refiere GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, "hay que tomar en cuenta que cada miembro del equipo responde por las prestaciones defectuosas en el ámbito de sus propias funciones, y dado el caso, junto al médico. Al médico podrá reprochársele únicamente la lesión del deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitando la conducta defectuosa de sus colaboradores por falta de organización, o sea, por la inobservancia del cuidado requerido en la asignación de tareas, en las instrucciones y órdenes sobre las medidas a seguir para el cuidado del paciente o en la supervisión general"¹⁸. Con lo que concluye este autor que lo fundamental será "la distribución de tareas entre el médico y sus colaboradores"¹⁹.

El principio de confianza, aplicable en la sala de operaciones, no ha de tener menos fuerza que la concedida a tal principio en el ámbito de las actividades de tránsito vehicular. El mencionado principio, dentro de la actividad médico-quirúrgica, tendrá un alcance condicionado por la modalidad de la división de trabajo (horizontal o vertical) o por las clases de medidas médicas a practicar en el caso concreto, que fundamenten una situación de peligro.

1. A ocasiona a B una lesión; un policía conduce a B al hospital, donde le niegan el tratamiento por carecer de recursos económicos. B muere por falta de asistencia²⁰. 2. La enfermera que recibe del médico una orden para la aplicación de determinado medicamento o la ejecución de cierto tratamiento puede confiar en la instrucción sin necesidad de comprobarla²¹.

5. Riesgos laborales.

1. Por ejemplo, <<A>>, obrero de la construcción, se disponía a revestir el tejado de una vivienda. El maestro de obras <> le indicó

¹⁸ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, (nota 17).

¹⁹ GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, (nota 17).

²⁰ Caso citado por LÓPEZ DÍAZ, Introducción, p. 192.

²¹ REYES ALVARADO, Imputación, p. 154.

las oportunas órdenes, advirtiéndole sobre la necesidad de detener su actividad, en el supuesto en que se encendiese una luz roja, colocada en la parte delantera del edificio. Unas horas más tarde, advirtiendo <> el posible desprendimiento de una cornisa cercana a <<A>>, activó el mecanismo de seguridad para advertir al obrero, pero éste no se detuvo en su actividad, aunque finalmente la cornisa no le ocasionó daño alguno. En una revisión médica posterior, se descubrió que <<A>>, era daltónico, circunstancia desconocida tanto para el maestro de obras como para la propia víctima, por lo que no pudo distinguir el color de las luces de emergencia.

2. <<I>>, arquitecto de una prestigiosa construcción delega en <<A>>, capataz de la obra, la vigilancia de las construcciones realizadas en el piso 5º. De este modo, la competencia de <<A>> se limita exclusivamente a la parcela que le ha sido encomendada²².

3. D arquitecto de la empresa <<Dragados del Sur>>, dirigía unas obras junto a <<A>>, aparejador, y <<E>>, maestro de obras, destinadas a la construcción de un estadio de fútbol. Durante la fase de replanteo, escatimando en los materiales de construcción, <<A>>, redujo la proporción de las mezclas, con la pretensión de obtener un lucro económico. Sin comprobar si el diseño se ajustaba a las dimensiones del edificio, <<D>> ordenó ejecutar las obras.

4. El día del partido de inauguración, acudieron al estadio un elevado número de aficionados, creándose una situación de <<concreto peligro>> sobre la vida y la integridad de cada uno de ellos²³.

5. El operario de una retroexcavadora que recibe la orden de abrir una zanja puede confiar en que el ingeniero encargado de la obra se ha cerciorado de la inexistencia de redes telefónicas o de acueducto en el mencionado lugar, sin que tenga el deber de comprobar personalmente esta circunstancia²⁴.

²² MONGE FERNÁNDEZ, La responsabilidad, p. 200.

²³ MONGE FERNÁNDEZ, La responsabilidad, p. 205.

²⁴ REYES ALVARADO, Imputación, p. 154.

6. En los medios de comunicaciones.

La problemática de la responsabilidad por los delitos cometidos a través de los modernos medios de comunicación será una cuestión que estará vinculada con la de la responsabilidad penal derivada en el marco de una estructura organizada, es decir, de una determinada empresa. Esta proximidad es especialmente patente en los modernos procesos editoriales, periodísticos, y, en general, en los medios de comunicación de masas, caracterizados en su mayor parte por una estructura distinguida por la división de trabajo, orientada a la consecución de un resultado que se presenta al mercado.

Ejemplo: El periodista que recibe una noticia procedente de una agencia de prensa a su vez trasmítirla, confiando en que la misma ha sido suficientemente contrastada²⁵.

7.1. Actividades empresariales

En la actualidad, es conocido, que en la criminalidad económica y contra el medio ambiente especialmente, es frecuente que el fenómeno de la colectivización de la vida social encuentra correspondencia también en el plano patológico de la comisión de delitos en la frecuente intervención de varios sujetos.

Esta intervención puede producirse en dos planos o escalones: la perspectiva habitual de las teorías de autoría y participación se refiere al plano *horizontal* de la intervención conjunta de varias personas más o menos independientes las unas de las otras; sin embargo, progresivamente se incluye en la consideración dogmática también la intervención conjunta *vertical*, es decir, ordenada jerárquicamente, de varias personas en distintos escalones en la Administración, las empresas, organizaciones criminales, etc.

Sobre esta base, en el ámbito horizontal se plantea la vieja cuestión acerca de si todos los intervinientes deben ser penados por igual, o de si, por el contrario, debe considerarse que les corresponde

²⁵ GÓMEZ TOMILLO, La libertad, pp. 365-371.

una determinada responsabilidad y pena distinta en función de las características y de la relevancia de sus aportaciones.

El problema de la imputación de un delito cometido en la empresa a órganos concretos de la misma se plantea ya en la comisión de cualquier delito común, con independencia de la concurrencia de características especiales de autoría en el delito correspondiente. La cuestión de la responsabilidad penal de los sujetos individuales en el marco de la empresa muestra innegables similitudes con el ámbito problemático más general de la responsabilidad criminal en el seno de conjuntos organizados de personas y estructurados de forma más o menos jerárquica.

Sin embargo, en las empresas que adquieren grandes dimensiones la necesidad de delegar tareas para facilitar el correcto funcionamiento y desarrollo de la actividad empresarial, provoca la consiguiente delegación de funciones de garantía, ya sea de un modo anejo a la delegación de ciertas actividades productivas, ya como objeto único de la transmisión. De este modo, las dimensiones y la complejidad del propio ámbito de organización requieren para su adecuado dominio el mecanismo de multiplicación y diversificación de funciones que supone la delegación, que se constituye así en una vía obligada para el empresario que no quiera vulnerar su deber de garantía.²⁶

No obstante, el modo de determinar la **responsabilidad individual por la intervención en la adopción del acuerdo**, baste decir aquí que hay que plantear, sobre todo, el caso frecuente de que el funcionamiento del órgano colegiado se articule sobre una **división de trabajo**, en la que cada sujeto posee un círculo de actividad propio. Por tanto, el problema radica en establecer hasta qué punto, llegado el momento de adoptar un acuerdo, cada miembro del órgano colegiado puede guiarse por las informaciones proporcionadas por otros miembros, con relación a aspectos que son de la específica competencia de éstos.

²⁶ Sobre el particular véase NUÑEZ CASTAÑO, Responsabilidad penal en la empresa, tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 51.

En principio, cabría señalar que tales problemas habrán de ser resueltos con arreglo a los criterios de **imputación objetiva** y con aplicación, en su caso, de las reglas generales del error. Ello no obstante, se ha propuesto recurrir al denominado **principio de confianza**, en virtud del cual cada miembro del órgano colegiado puede confiar en que los demás actuarán diligentemente, a menos que existan indicios concretos que hagan pensar lo contrario.

Este principio opera también en el ámbito de la relación entre órgano directivo y empleados de la empresa: en este contexto, significa que no se puede hablar de creación de un riesgo desaprobado por el mero hecho de que se designe a un empleado para un puesto, o se proporcionen ciertos instrumentos, informaciones, etc., aunque exista alguna posibilidad de que el empleado pueda realizar errores en perjuicio de bienes jurídicos ajenos u obrar delictivamente²⁷.

Por ejemplo, el carácter fraudulento que se requiere para la disposición de los bienes de la sociedad, ha sido interpretado por la doctrina como contrario al principio de confianza, principio en que se basa la administración societaria. Es decir, se trata de una disposición llevada a cabo con infracción de los deberes de lealtad y fidelidad exigibles al administrador²⁸. Toda vez, que para GALLEGO SOLER, “no

²⁷ FRISCH, Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo, en Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Coord. S. Mir Puig-D.M. Luzón Peña, Bosch, Barcelona, 1996, p. 106. “No obstante, existen también excepciones a este principio. La idea de que resulta ilegítima una restricción de la libertad de actuación cuando aún si interpone, entre la propia actuación y la lesión del bien jurídico, la conducta de una persona responsable, deja de ser sostenible cuando esa actuación favorecedora no entra en el ámbito de la libertad de actuación jurídicamente protegida. Así sucede en el caso de aquellas acciones cuyo sentido último está dirigido única y exclusivamente al favorecimiento de acciones ajenas delictivas o lesivas para bienes jurídicos.

²⁸ En este sentido FERNÁNDEZ BAUTISTA, Aproximación al delito de administración fraudulenta (Art. 295 CP), en Derecho penal de la empresa, Corcoy Bidaloso (Directora), Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 128. “Sin embargo, se observa cómo para la segunda modalidad comitiva –contraer obligaciones a cargo de la sociedad– no se prevé expresamente este elemento normativo, lo que ha llevado a algún autor a manifestar la conveniencia de extender este carácter fraudulento a ambas conductas. Otros autores han calificado esta mención como una innecesaria reiteración, pues la exigencia típica de obrar con “abuso de las funciones propias del cargo” ya alude a una administración abusiva y contraria al principio de confianza”. Lo que en nuestro Código penal Federal, se sancionaría con el tipo penal de abuso de confianza previsto en el artículo 382.

existen especiales problemas en fundar los deberes extrapenales en los deberes de lealtad y fidelidad derivados del art. 127 de la LSA. Dichos deberes, que obligan al administrador a actuar siempre en favor del interés social, con independencia de que por cuestiones formales no se puede considera *de iure* administrador a todos los efectos”²⁹. Por lo que considera GALLEGO SOLER, “las anteriores afirmaciones han de servir para afirmar que cualquier persona que desempeñe la función de administración societaria, con independencia de las vicisitudes formales que acompañen a su consideración como administrador, es susceptible de realizar un injusto extrapenal generador de responsabilidad personal”³⁰.

²⁹ El concepto de administrador de hecho como criterio de imputación de la autoría en Derecho penal, en Derecho penal de la empresa, Corcoy Bidaloso (Directora), Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, p. 164.

³⁰ El concepto de administrador, p. 165.

PROPUESTA

PRIMERA.- La propuesta metodológica, que se ha llevado a lo largo del presente trabajo, consiste primeramente en establecer una línea de investigación del principio de confianza, con parámetros filosófico-sociológico y jurídico-penal, con aplicación en la tipicidad. Con lo cual, no se debe confundir la concreción del tipo objetivo de la participación desarrollado en páginas anteriores con la problemática del principio de confianza. El principio de confianza tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con respecto a las conductas previas, relacionadas con el tipo objetivo, y que afecta a los supuestos dolosos e imprudentes. Además la imputación objetiva tiene relevancia para eliminar la imputación a título de autoría como la imputación a título de participación. En páginas anteriores me he preocupado por delimitar la problemática de los requisitos objetivos de los deberes de cuidado. Esta distinción entre cuestiones relacionadas con el tipo objetivo y cuestiones subjetivas (deber de cuidado con respecto a terceras personas) tiene importantes consecuencias prácticas. **El principio de confianza sólo entra en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos de un tipo penal.**

SEGUNDA.- Como complemento a lo anterior, es sumamente importante reconocer a nivel jurisprudencial, que el principio de confianza, excluye la imputación objetiva del resultado producido por quien ha obrado al amparo de aquella confianza. De este modo, el principio de confianza constituye un criterio para determinar cuándo el sujeto debe controlar los riesgos procedentes de terceros o de la propia víctima. Es decir, **el principio de confianza sólo se necesita si únicamente el que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso.**

CONCLUSIONES

1. El dato lógico y conceptualmente previo al hecho de la relación social será la “comunicación”, concebida como **un proceso que transmite saber o información racional, con la peculiaridad de que en ocasiones no lo consiga** y provoquen un abandono, a los valores éticos-sociales contenidos en las normas jurídico penales como protectoras de bienes jurídicos y sus normas de determinación.
2. El confiar, esperar o ansiar que el resultado no se produzca a pesar de saber que se hace todo lo necesario para matar, lesionar o dañar es algo irracional que no se puede tener en cuenta subjetivamente, y, por el contrario, una vez que se tiene dicho conocimiento lo que el sujeto espere o confíe no aporta nada a la valoración de un hecho como injusto doloso.
3. Las normas son esquemas *simbólicos* de orientación que, en la medida en que se trata de normas jurídicas, determinan los caracteres fundamentales de la concreta configuración de la sociedad: *el contenido comunicativo-racional del Derecho penal*.
4. En las relaciones sociales que el Estado de Derecho, a través, del Derecho penal, pretende controlar los múltiples ámbitos de libertad (competencias), exigiéndole en primer lugar que conozca los mandatos normativos que establecen los parámetros de conducta a cada persona solo puede serle exigible aquello que atañe a su respectivo ámbito de libertad porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se pueden originar en la conducta de terceros.
5. Actualmente, se comprende que el Estado de Derecho queda configurado sobre la base del principio de autonomía, autorresponsabilidad o autodeterminación de los ciudadanos.
6. Considero que el proceso de las expectativas refuerza y consolida el sistema en contra de eventos y circunstancias peligrosas para su estructura; ese proceso permite al sistema mantener en alto el grado de reducción de complejidad y, por tanto, el orden que el sistema confiere al mundo, así las generalizaciones, con las cuales el sistema procura la seguridad, son necesarias para su estabilización en el mundo.
7. La misión de la pena será preventiva (positiva) en el mantenimiento de la norma de determinación, como modelo de orientación-racional en el

campo de acción de la –autonomía comunicativa–, de *ego* como de *alter* en los contactos sociales, quienes confiarán recíprocamente en los valores ético-sociales impuestos por las normas que determina el Estado en respuesta positiva y quien confirma la confianza entre las personas (*alter-ego*).

8. La legitimación material de las normas penales remite, en definitiva, al análisis de los criterios de identidad de una determinada sociedad. Éstos pueden fijarse mediante la adopción de un enfoque interno al sistema jurídico, como hacen las teorías constitucionalistas, o de un enfoque externo, como el que representan las convicciones sociales mayoritarias. En otros términos, no corresponde al bien jurídico una función crítica extrema al sistema jurídico-penal, sino sólo desde el principio de proporcionalidad, en cuanto sirva como instrumento par el mayor mantenimiento de la libertad bajo situaciones definidas y comprometidas con la aplicación del Derecho penal.
9. La imputación objetiva no sólo delimita la materia de prohibición, entendida como límite externo de la teoría de las normas, sino que ayuda a la formación del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta.
10. la falta de técnica legislativa aunado a la deficiencia de los medios probatorios que aplican en los procesos, son cada vez más deficientes ante la complejidad de los hechos que se presentan en los diferentes ámbitos de actividades profesionales, en los que las personas son acreedoras a una carga de responsabilidades por conductas imprudentes, que en último momento no les compete su imputación por quedar fuera de su rol, en función, a su esfera de organización, de manera que los demás no tengan que interferir en ello. Con ello, surgen cuatro principios que servirán para concretizar el juicio de imputación: 1. El riesgo permitido; 2. La prohibición de regreso; 3. La actuación a propio riesgo, y 4. El principio de confianza.
11. Con el principio de confianza, se pretende delimitar la actuación de unos participantes en este ámbito de actuación hasta donde comienza la esfera de otros: hacer posible, en definitiva, la división de trabajo. Es decir, en los supuestos de reparto de funciones propias de una empresa es tan importante el principio de confianza entre sujetos que trabajan al mismo nivel o un nivel equivalente (relación de iguales) como entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en 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). Sin embargo, no parece posible afirmar que este principio tenga relevancia como criterio delimitador del deber de conducta, sino que éste, más bien, queda incluido en la delimitación que, de la actuación de los sujetos en el tránsito, hace la norma de conducta que afecta a cada uno. Según entiendo, el principio de confianza supone, antes que la delimitación del deber de cuidado, un aspecto de la configuración de la norma de conducta. Esta norma, de carácter penal, le indica a cada sujeto que ocupa una determinada posición jurídica cómo debe actuar en un momento concreto y en relación con esa determinada posición jurídica.

12. El principio de confianza es válido frente a personas imputables, pero no frente a *inimputables*.
13. La excepción general al principio de confianza serán los *motivos objetivos concretos para sospechar de un comportamiento antijurídico de otra persona*. 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.

BIBLIOGRAFÍA.

ACHENBACH, Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, tecnos, Madrid, 1991, pp. 134 y ss.

ACKERMANN. Sobre la cuestión de la punibilidad del comportamiento homosexual masculino, Crimen y Sexualidad, Reus, Madrid,

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, Reflexiones entorno de la justicia penal, Colección Reflexiones Jurídicas, vol. 3, México, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, Los fines de la pena, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

AMELUNG, Kunt, Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de Roxin, El sistema moderno de Derecho penal (comp.) Schünemann (trad. Silva Sánchez), Madrid, 1991.

AMENGUAL COLL, Gabriel, La moralidad como derecho. Estudio sobre la moralidad en la filosofía del Derecho de Hegel, trota, Madrid, 2001.

AMUCHATEGUI REQUENA, Irma Griselda, Derecho Penal, Oxford, México, 2000.

ARISTÓTELES, Ética Nicomaquea, Porrúa, México, 2000.

ATIENZA, Manuel, Contribución a una teoría de la legislación, Civitas, Madrid, 1997

-El derecho y argumentación, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

AUSTIN, Cómo hacer cosas con palabras, Paidós, 5ª Edición, Barcelona, 1998.

BACIGALUPO, Enrique, La función del concepto de norma en la dogmática penal, Estudios de Derecho penal en Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1986.

BACIGALUPO, Silvina, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Bosch, Barcelona, 1997.

BARREIRO, Jorge, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, tecnos, Madrid, 1990.

BECK, Ulrich, La sociedad del riesgo, paídos, Madrid, 1996.

BERUMEN CAMPOS, Arturo, La performatividad penal de los medios de comunicación, Tendencias del Derecho Penal y la Política Criminal del Tercer Milenio, INACIPE, 2002. pp 19-30.

-La ética jurídica como redeterminación dialéctica del derecho natural, Cárdenas Editores, 2000.

-Análisis comunicativo del procedimiento penal en México, INACIPE, México, 2000.

- Apuntes de filosofía del derecho, Cárdenas Editores y Distribuidores, México, 2003.

BEST, H. /MICHEL VOB, Las deformaciones del Derecho penal por los servicios privados de seguridad, en La insostenible situación del Derecho penal, Comares, Granada, 2000.

BETEGON, La justificación del castigo, Universidad Complutense de Madrid, 1994.

BOTTKE, Responsabilidad por la no evitación de hechos punibles de subordinados en la empresa económica, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

BORJA JIMÉNEZ, Funcionalismo y acción. Tres ejemplos en las consideraciones de Jakobs, Roxin y Gimbernat, Estudios Penales, Santiago de Compostela, 1977.

CANCIO MELIA, Manuel, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Angel Editor, México. 2001.

-Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, Bosch, Barcelona, 1998.

-Algunas reflexiones sobre lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría de la acción e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.

CEREZO MIR, José, Curso de derecho penal español, parte general, II, Teoría jurídica del delito, tecnos, Madrid, 1999.

CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, Barcelona, 1989.

-Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código Penal Español: Delitos de peligro, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

-La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e *in dubio pro reo*- en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof.Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

DAZA GÓMEZ, Carlos, Evolución doctrinal del finalismo, RFDM, publicación bimestral, UNAM, 1997.

-Teoría general del delito, Cárdenas Editores, 1999.

-El funcionalismo hoy, Criminalia, 2000.

-Imputación a la víctima, en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof.Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

-Autoría y participación, RMJ, 2003.

- Los Tipos Culposos ¿Tipos Abiertos? Algunas consideraciones sobre el <<fin de protección de la norma>> en la acreditación del delito culposo. Libro Homenaje a Claus Roxin, INACIPE, 2003.

DÍAZ-ARANDA, Enrique, Dolo. Causalismo-Finalismo-Funcionalismo y la reforma penal en México, Porrúa, 2001.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Principios y garantías penales, en Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras jornadas sobre justicia penal "Fernando Castellanos Tena", UNAM, México, 2003.

-Código Penal Comentado, Porrúa, México, 2002.

-Código Federal de Procedimientos Penales, Porrúa, México, 2000.

-Derecho penal mexicano. La reforma de 1996, Porrúa, México, 1997.

DI GIORGI, Raffaele, Ciencia del Derecho y legitimación, Universidad Iberoamericana/Colección teoría social, México, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, Exigencias sociales y Política Criminal, Claves de la razón práctica, núm. 85, 1998.

-El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, 2001, pp. 107-130.

-La racionalidad de las leyes penales, Trotta, Madrid, 2000

-Un modelo dinámico de legislación penal, en DIEZ RIPOLLÉS/ROMEO CASABONA/GRACIA MARTÍN/HIGUERA GUIMERÁ (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof.Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

DUQUE, Félix, Historia de la filosofía moderna. La era crítica, Akal, Madrid, 1998.

DÜRING, Ingemar, Aristóteles. Exposición e interpretación de su pensamiento, Universidad Nacional autónoma de México, 1987.

ESTEVE PARDO, José, Técnica, riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental, Ariel, Barcelona, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, Límites de la participación criminal ¿existe una <<prohibición de regreso>> como límite general del tipo en derecho penal?, Comares, Granada, 1999.

-El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas, RDPC, UNED, 2ª Época, Marzo, 2000. pp. 93-138.

-Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, RDPCrim., 2ª Época, enero, No. 5, 2000, pp. 270-289;

-El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995, Colex, Madrid, 1997.

-¿Culpabilidad y punición de personas jurídicas?, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio de <<fin de protección de la norma de cuidado>>, Bosch, Barcelona, 2001.

-El dolo eventual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

-Teoría de la imputación objetiva, Ángel editor, México, 2000.

FERRAJOLI, Luigi, El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

-Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid,

FIGUEROA, VELÁZQUES, Rogelio Miguel, El delito de lavado de dinero en el Derecho penal mexicano, Porrúa, México, 2001.

- El lavado de dinero procedente del narcotráfico. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal mexicano, Criminalia, 2000.

- El grado de accesoriadad en el delito de lavado cometido por miembros de la delincuencia organizada, RMJ, PGR, 2000.

FRANCO GUZMÁN, Ricardo, Delito e injusto, Escuela Nacional de Jurisprudencia, Seminario de Derecho penal, México, 1950.

-La subjetividad en la ilicitud, 1ed., Ed. U. M. Cajica, Puebla, 1959.

-Necesidad de unificar la legislación penal, en Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras jornadas sobre justicia penal "Fernando Castellanos Tena", UNAM, México, 2003.

FRITZ, El Derecho penal sexual en la actualidad. Sexualidad y Crimen, Reus, Madrid.

FRISCH, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995.

-La teoría de la imputación objetiva. Estado actual de la cuestión, en Estado actual de la cuestión, civitas, Madrid, 2002.

-Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división de trabajo. Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

DE LA GANDARA VALLEJO, Betriz, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Editorial Colex, Madrid, 1995.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997;

GIL GIL, Alicia, Prevención general positiva y función ético-social del Derecho penal, en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, La causalidad en el derecho penal, ADPCP, tomo XV, 1962,

- ¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general. Son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas), Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 356-370.
- ¿Qué es la imputación objetiva?, en Estudios de Derecho penal, tecnos, Madrid, 1990.
- Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Bosch, Barcelona, 1992.

GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, Raúl, La teoría del bien jurídico en el derecho penal, Pereznieto Editores, México, 1996.

- La responsabilidad penal de los médicos y demás profesionales en ciencias de la salud. El delito de omisión en la actividad médica, RMJ, 2000.
- El delito imprudente en la actividad curativa, RMJ, 2000

GRACIA MARTÍN, Luis, La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español, Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995.

- ¿Qué es modernización del Derecho penal?, en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002
- Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, tirant lo blanch, Valencia, 2003.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, Tesis, Promociones jurídicas y culturales, S.C., México, 1991.

HABERMAS, Jürgen, Facticidad y validez, Trotta, Madrid, 1999.

- La lógica de las ciencias sociales, Tecnos, Madrid, 1988.
- Teoría de acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social, Taurus, Madrid, 2001.
- Teoría de acción comunicativa, II, Crítica al funcionalismo, Taurus, Madrid, 2001.

HASSEMER, Wilfried, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal, tirant lo blanch, Valencia, 2000.

- Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno, ADPCP, 1992.
- Crítica al derecho penal de hoy, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1998

HEGEL, G. W. F., Filosofía del derecho, trad. Angélica Mendoza de Monterio, Juan Pablos Editor, México, 1998.

- Lecciones sobre la historia de la filosofía II, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.

IZUZQUIZA, Ignacio, La sociedad sin hombres -Niklas Luhmann o la teoría como escándalo-, Anthropos, Barcelona, 1990.

JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

- Representación del autor e imputación objetiva, Estudios penales, Civitas, Madrid, 1998.
- Bases para una teoría funcional del derecho penal, Lima, 2000.
- La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- Sociedad norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional, civitas, Madrid, 1998.
- Derecho penal, parte general, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- Sobre la génesis de la obligación jurídica, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1999.
- El delito imprudente, Estudios penales, Civitas, Madrid, 1998.
- ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en

Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-Personalidad y exclusión en derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Responsabilidad penal en supuestos de adopción colectiva de acuerdos, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

-Sobre la teoría de la pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

-Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal, Estudios penales, Civitas, Madrid, 1998.

-¿Punibilidad de las personas jurídicas?, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

Observaciones sobre la imputación objetiva, Dogmática penal moderna. Estudios compilados, Porrúa, 2002.

-Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos, Estudios penales, Civitas, Madrid, 1998.

-Sobre la teoría de la pena, Universidad Externado de Colombia, Bogotá,

-La teoría de la prohibición de regreso en los delitos de resultado, La prohibición de regreso en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

-Sobre el concepto de delito contra la persona, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-El concepto jurídico penal de acción, Estudios penales, Civitas, Madrid, 1998.

-Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma, Estudios compilados, Porrúa, 2002.

-La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 619-642.

KAUFMANN, Armin, Problemas del conocimiento jurídico ejemplificado en el derecho penal, en NPP, núm. 2, año, 2, Buenos Aires.

-Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna, Buenos Aires, 1977.

-¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?, ADPCP, 1985.

KAUFMANN, Arthur, Concepción hermenéutica del método jurídico, PD, 35, Pamplona, 1996.

-Filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

KINDHÄUSER, La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

KUHLEN, Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Fundamento y límites del deber de garantía del empresario, Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann, BOE, Madrid, 1995.

LESCH, Heiko, Intervención delictiva e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

LOMBANA VILLABA, Medios de comunicación y derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

LOPEZ DIAZ, Claudia, Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. 1996.

LOPEZ PEREGRIN, Ma. Carmen, La complicidad en el delito, tirant lo blanch, Valencia, 1997.

LUHMANN, Niklas, Sistema jurídico y Dogmática jurídica, centro de estudios constitucionales, Madrid, 1974.

- Sistemas sociales,
- Sociología del riesgo, Universidad Iberoamericana/Universidad de Guadalajara, 1992.
- Confianza, Universidad Iberoamericana/Anthropos, México, 1996.
- El Derecho de la sociedad, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- Introducción a la teoría de los sistemas, Universidad Iberoamericana/Colección teoría social, México, 2002.
- Sociología del Derecho, RCJ, México, 1998.
- La comunicación jurídica, RR, México.
- Sociedad y sistema: la ambición de la teoría, Paidós, Barcelona, 1997.

LUNA CASTRO, José Nieves, El concepto de tipo penal en México. Un estudio actual sobre las repercusiones de su aplicación en la legislación nacional, Porrúa, México. 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, Curso de Derecho penal. Parte general I, Editorial Universitarias, S.A. Madrid, 1996.

Función simbólica del Derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 131-139.

MAIWALD, Winfred, De la capacidad de rendimiento del riesgo permitido para la sistemática del Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho penal mexicano, Porrúa, 1998.

MCCARTHY, Thomas, La teoría crítica de Jürgen Habermas, tecnos, Madrid, 1998;

MANCERA ESPINOZA, Miguel, ¿Elementos del tipo o cuerpo del delito?, Criminalia, 1998,

- La comisión por omisión en el nuevo Código Penal para el Distrito Federal, una nueva propuesta, en Análisis del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. Terceras jornadas sobre justicia penal "Fernando Castellanos Tena", UNAM, México, 2003.

- Autoría y participación en el Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, en Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, CEPOLCRIM, México, 2003.

MANSO PORTO, Teresa, La consumación en los delitos contra el medio ambiente: comparación de los modelos colombiano, español y alemán, El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario, Riesgo permitido por legitimación histórica, El funcionalismo en Derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs, Tomo II,. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-La recepción del finalismo en España: algunas consideraciones de carácter metodológico, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº. 5, 2001.

-El principio de confianza en derecho penal, manuscrito, inédito, 2003.

MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, -El tipo penal, Universidad Autónoma de México, 1992.

-Derecho penal, parte general, trillas, 1999.

-La fundamentación básica del Derecho Penal, Criminalia, Año, LXV, No. 2, Mayo-Ago., 1999. 3-55.

-El derecho penal y la globalización, Porrúa, 2002.

-El pensamiento jurídico de Jakobs y la teoría sociológica de Luhmann, RFDM, 1999, pp. 105-133.

-El pensamiento de Welzel en el finalismo, Revista Art Iuris, 1999

-Delitos bancarios, Porrúa, 2000.

-La antijuridicidad en Derecho penal, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- Filosofía del derecho, trillas, México, 1996.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado, EDERSA, Madrid, 1992.

MENDOZA BUERGO, Blanca, EL derecho penal en la sociedad del riesgo, civitas, Madrid, 2001.

-Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto, Comares, Granada, 2001.

MIR PUIG, Santiago, Introducción a las bases del derecho penal, Bosch, Barcelona

-Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje al profesor Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales/Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 580-617.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Derecho penal y control social, temis, Bogotá, Colombia, 1999.

-Derecho penal y control social, Temis, Bogotá, Colombia, 1998

-Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica, Revista Penal, número 9, enero, Salamanca, 2002.

MÜSSIG, Bernd, Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del

bien jurídico crítica hacia el sistema, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

NOZICK, Robert, La naturaleza de la racionalidad, paidós, Madrid, 1995.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, Regreso al pasado mediante el nuevo Código Penal, en Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, CEPOLCRIM, México, 2003.

PAREDES CASTAÑON, José Manuel, El riesgo permitido en el Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas), Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

PEÑARANDA RAMOS/ SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELÍA, Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs, en Estudios de Derecho penal, UAM ediciones/civitas, Madrid, 1997

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

PÉREZ CEPEDA, Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación, Revista Penal, número 9, enero, Salamanca, 2002.

PÉREZ DAZA, Abraham, El Derecho penal ante la globalización, Revista Tepantlato, México, 2002

- Consideraciones sobre el tipo objetivo, Revista del Poder Judicial de la Federación, México, 2003.

PÉREZ DAZA, Alfonso, Introducción al Derecho penal, México, 2002.

PÉREZ MANZANO, Mercedes, La impunidad de la participación imprudente en el Código penal de 1995, Revista de Derecho penal y criminología, 2ª época, número extraordinario, UNED; Madrid, 2000. pp. 139-170.

PEREZ PINZON, Álvaro Orlando, El funcionalismo en la sociología actual, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, Teoría del delito, UNAM, México. 1998.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, Derecho penal parte general, tomo II, Teoría jurídica del delito, volumen I, Bosch, Barcelona, 2000.

-Fundamentos dogmáticos del moderno derecho penal, Porrúa, México, 2001.

-Naturaleza del deber jurídico y función ético-social en el derecho penal, en DIEZ RIPOLLÉS, et al, (Eds.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof.Dr. D. J. Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002.

POLAINO ORTS, Miguel, Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto, en Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003

PUPPE, Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

-La imputación objetiva, Comares, Granada, 2000.

PUY MUÑOZ/LÓPEZ MORENO (coordinadores), Manual de filosofía del derecho, Colex, Madrid, 2000.

QUINTERO, María Eloisa, El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad, en Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

QUINTINO ZEPEDA, Rúben, *Identidad y sistema penal*, México, 2003, tesis inédita.

- *Perspectivas penales*, México, 2000

- *Diccionario Jurídico*, México, 2001

RAGUÈS Y VALLÈS, Ramón, *Dolo y culpa*, en *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, CEPOLCRIM, México, 2003.

- *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.

RAYO MARES, Juan Carlos, *Principios y bases dogmáticos y políticos criminales para la nueva legislación penal del Distrito Federal*, en *Criminalia*, Mayo-Agosto, México, 1999.

REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Temis, Bogotá, Colombia, 1996.

El concepto de imputación objetiva, en *Revista de Derecho Penal*, México, 2002.

ROBLES, *El derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, cuadernos civitas, Madrid, 1998.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente*, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, tecnos, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<Caso de la colza>>*, *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, Córdoba, 1992.

ROXIN, Claus, El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo, Dogmática Penal y Política Criminal, IDEMSA, Lima, 1998.

-Derecho penal, parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, 1997.

-Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes, Problemas básicos de Derecho penal, Reus, Madrid, 1976.

-La imputación objetiva en derecho penal, IDEMSA, Lima, 1997.

-Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal, Problemas básicos del Derecho penal, Reus, Madrid, 1976.

Finalidad e imputación objetiva, CPC, 48, Madrid, 1990.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, Causalidad e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998

RUEDA MARTÍN, María de los Ángeles, La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto), Bosch, Barcelona, 2001.

-Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, Revista Penal, número 9, enero, Salamanca, 2002.

SANCINETTI, Marcelo, Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

-Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva, en Estudios sobre la teoría de la teoría de la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

-Teoría del delito y disvalor de la acción, Buenos Aires, 1991.

SANCHEZ GARCIA DE PAZ, El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal, Valladolid, 1999.

SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier, Delito de infracción de deber, Libro homenaje a Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

-Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

-Delito de infracción de deber y participación delictiva, Marcial Pons, Madrid, 2002.

SCHULZ, Lorenz, De la aceleración de las condiciones de vida. Reflexiones sobre la reacción adecuada del Derecho penal, en La insostenible situación del Derecho penal, Comares, Granada, 1999.

SCHÜMANN, Responsabilidad individual en la gestión de empresas. Observaciones sobre la <<Sentencia Erdal>> del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, (Coord. S. Mir Puig- D. M. Luzón Peña) Bosch, Barcelona, 1996.

SCHÜNEMANN, Bernd, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales, tecnos, Madrid, 1991.

-Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Universidad Externado de Colombia, Colombia. 1996.

-La culpabilidad estado de la cuestión, en Sobre el estado de la teoría del delito, Civitas, Madrid, 2000.

-Reglas de la técnica en Derecho penal, ADPCP, Madrid, 1994.

-Imputación objetiva, conferencia dictada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, México.

-La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal, Anuario de Derecho Penal, Madrid, 1991.

-Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania, en GIMBERNAT, E.; SCHÜNEMANN, B. ; WOLTER, J. (edits), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Madrid, 1994.

-La función de la delimitación de injusto y culpabilidad, en Silva Sánchez (coord. ed. española), Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Bosch, Barcelona 1995.

-Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA, en Mir Puig Santiago (edit), Problemas jurídico penales del SIDA, Bosch, Barcelona, 1993.

-La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 643-663.

SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SERRANO PIEDECASAS, Conocimientos científico y fundamentos del derecho penal, Lima, 1999.

SILVA MEZA, Juan, Las reformas de 1994 al Código Penal, Criminalia, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2 ed. Civitas, Madrid, 2001.

-Aproximación al derecho penal contemporáneo, Bosch, Barcelona, 1992.

-“Aberratio Ictus” e imputación objetiva, en Instituciones de Derecho penal, Ángel editores, México, 2002.

-Medicinas alternativas e imprudencia médica, Bosch, Barcelona, 1999.

-El derecho penal del medio ambiente, tirant lo blanch, Valencia, -¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas, Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 559-575.

- Informe sobre las discusiones, en Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), civitas, Madrid, 2000

TORIO LÓPEZ, Ángel, Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma, EpenCr X, Santiago de Compostela, 1987.

VIVES ANTÓN, Tomás, Fundamentos del sistema penal, tirant lo blanch, Valencia, 1996.

WELZEL, Hans, Derecho penal alemán, Santiago de Chile,

-El nuevo sistema del Derecho penal. una introducción a la doctrina de la acción finalista, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964.

-Introducción a la filosofía del derecho. derecho natural y justicia material, Aguilar, Madrid, 1971.

-Estudios sobre el sistema de derecho penal, Estudios de Derecho penal, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

-Causalidad y acción, Estudios de Derecho penal, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

-Derecho penal y filosofía, Estudios de Derecho penal, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

WOLTER, Jürgen, La imputación objetiva y el sistema moderno del Derecho penal, en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter (ed). Omisión e imputación objetiva en derecho penal. Jornadas Hispano-Alemanas de derecho penal homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor <<honoris causa>> por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Hacia un realismo jurídico penal marginal, Monte Avlia Editores Latinoamericanos, Caracas, 1993

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas, Barcelona, 2000.